

A-692-86

A-692-86

Algonquin Mercantile Corporation (*Appellant*)
(*Plaintiff*)

v.

Dart Industries Canada Limited (*Respondent*)
(*Defendant*)

INDEXED AS: ALGONQUIN MERCANTILE CORP. v. DART INDUSTRIES CANADA LTD.

Court of Appeal, Heald, Hugessen and MacGuigan JJ.—Toronto, May 25, 26, 27, 28, 29; Ottawa, June 17, 1987.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Statutory authority to award interest on damages sustained as result of interlocutory injunction — Damages and interest sought, as required by s. 20 Federal Court Act, "under authority of Act of Parliament", here Industrial Design Act — Injunction and undertaking to pay damages equitable remedies acting in aid of law — Provincial legislation applicable to award of pre- and post-judgment interest.

Equity — Pre-judgment interest — Time having come to align equity and law, in light of legislative trend in Canada towards allowing pre-judgment interest — Trend reflecting current public policy — Such reinterpretation of common law in accord with authorities — No need for Court to await federal legislation.

Practice — Interest — Interlocutory injunction — Undertaking to pay damages — Jurisdiction to award interest found in s. 20 Federal Court Act — Damages and interest remedies sought under Act of Parliament, here Industrial Design Act — Undertaking and interlocutory injunction equitable remedies applied in aid of statute — Defendant entitled to full compensation, including interest — Time having come to align law and equity given legislative trend in Canada towards allowing pre-judgment interest — Application of provincial legislation to determine amount of pre- and post-judgment interest.

Practice — Costs — Application to increase party and party costs on basis of new taxation R. 344 dismissed — New taxation Rules not applicable where R. 346.1(2) notice filed.

Industrial design — Electric griddle — Infringement proceedings — Plaintiff granted interlocutory injunction —

Algonquin Mercantile Corporation (*appelante*)
(*demanderesse*)

a c.

Dart Industries Canada Limited (*intimée*) (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ: ALGONQUIN MERCANTILE CORP. c. DART INDUSTRIES CANADA LTD.

Cour d'appel, juges Heald, Hugessen et MacGuigan—Toronto, 25, 26, 27, 28, 29 mai; Ottawa, 17 juin 1987.

Compétence de la Cour fédérale — Division de première instance — Compétence statutaire pour adjuger un intérêt relativement à des dommages résultant d'une décision d'accorder une injonction interlocutoire — Le montant des dommages et de l'intérêt est sollicité «en vertu d'une loi du Parlement», en l'espèce la Loi sur les dessins industriels, ainsi que l'exige l'art. 20 de la Loi sur la Cour fédérale — L'injonction et l'engagement de payer des dommages-intérêts sont des redressements d'equity qui viennent en aide à la loi — Les dispositions législatives provinciales sont applicables à l'intérêt relatif à la période antérieure et à la période subséquente au jugement.

Equity — Intérêt relatif à la période précédant le jugement — Le moment est venu d'uniformiser la common law et l'equity, à la lumière de la tendance législative canadienne vers l'adjudication d'un intérêt avant jugement — Cette tendance reflète la politique générale actuelle — Cette nouvelle interprétation de la common law est en harmonie avec la jurisprudence — La Cour n'est pas tenue d'attendre que des dispositions législatives fédérales soient édictées.

Pratique — Intérêts — Injonction interlocutoire — Engagement à payer des dommages-intérêts — La compétence permettant l'adjudication de dommages-intérêts est conférée par l'art. 20 de la Loi sur la Cour fédérale — L'indemnité et l'intérêt en question sont des redressements sollicités en vertu d'une loi du Parlement du Canada, la Loi sur les dessins industriels — L'engagement à payer des dommages-intérêts et l'injonction interlocutoire sont des redressements invoquant l'equity qui s'appliquent pour venir en aide à la loi — La défenderesse a droit à une indemnisation complète, ce qui implique le versement des intérêts — Le moment est venu d'uniformiser la common law et l'equity, à la lumière de la tendance législative vers l'adjudication des intérêts avant jugement qui se dégage au Canada — La loi provinciale est appliquée afin de déterminer le montant de l'intérêt préalable et de l'intérêt subséquent au jugement.

Pratique — Frais et dépens — La demande d'augmentation des frais adjugés entre parties fondée sur la nouvelle Règle 344 sur la taxation est rejetée — Les nouvelles règles sur la taxation ne s'appliquent pas lorsque l'avis prévu à la Règle 346.1(2) est déposé.

Dessins industriels — Plaque chauffante électrique — Procédure en contrefaçon — Une injonction interlocutoire a été

Undertaking to pay damages — Losing case — Assessment of defendant's damages — "Cannibalization" — Appeal by plaintiff to increase effect thereof from 15% to 35% dismissed — Evidence conflicting — Wrong for Trial Judge to substitute own opinion for that of Prothonotary who concluded to absence of "cannibalization" — Cross-appeal allowed.

This is an appeal from a decision of Addy J. which confirmed all but one of the findings made by the Prothonotary on a reference to determine damages. The reference was ordered by Mahoney J. after he had dismissed plaintiff's action under the *Industrial Design Act* and dissolved an interlocutory injunction in plaintiff's favour which had prevented defendant from marketing its small appliance "Family Griddle with Warmer" in competition with plaintiff's "Breakfast Nook". Plaintiff had given the usual undertaking to pay damages in being granted the interlocutory injunction.

In his report, the Prothonotary did not recommend any reduction of defendant's damages due to "cannibalization", being of the view that the circumstances of the case did not demonstrate the existence of such a phenomenon. Addy J. found that there had been no evidence that "cannibalization" would not have occurred. He assessed its effect as being 15% of the defendant's actual sales of flat griddles during the year of injunction and the year following and reduced the defendant's damages accordingly. The appellant supports Addy J.'s findings of "cannibalization" but seeks to increase its effect from 15% to 35%. The defendant cross-appeals to have the findings of the Prothonotary restored. With respect to the question of interest, the appellant argues that Addy J. erred in awarding pre-judgment interest on the basis of section 36 of the *Ontario Judicature Act*, and post-judgment interest pursuant to section 137 of the *Courts of Justice Act* of Ontario.

Held, the appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed. The award of the referee should be restored together with pre- and post-judgment interest thereon as awarded by the Trial Judge.

It was for the plaintiff to establish the existence of "cannibalization" not for the defendant to show that it would not have occurred. The evidence on the issue was conflicting. In those circumstances, it was wrong for the Trial Judge to substitute his view as to the probabilities of the existence of "cannibalization" for that of the Prothonotary. The cross-appeal should therefore succeed and the figure for lost sales for the year of the injunction and the following year should be restored to that found by the Prothonotary.

The question, whether the Federal Court has statutory authority to award interest, should be answered in the affirmative. Section 20 of the *Federal Court Act* confers upon the Trial

accordée à la demanderesse — Elle s'est engagée à payer des dommages-intérêts — Elle a perdu dans l'instance — Évaluation des dommages-intérêts de la défendresse — «Auto-concurrence» — L'appel de la demanderesse sollicitant que l'appréciation de l'effet de celle-ci soit portée de 15 à 35 % est a rejeté — Éléments de preuve contradictoires — Le juge de première instance a eu tort de substituer sa propre opinion à celle du protonotaire qui avait conclu à l'absence d'une «auto-concurrence» — Appel incident accueilli.

Appel est interjeté d'une décision du juge Addy qui a confirmé à tous égards sauf un les conclusions tirées par le protonotaire dans le cadre d'un renvoi relatif à l'appréciation de dommages-intérêts. Ce renvoi a été ordonné par le juge Mahoney après qu'il eut rejeté l'action de la demanderesse fondée sur la *Loi sur les dessins industriels* et mis fin à une injonction interlocutoire prononcée en faveur de la demanderesse qui avait empêché la défenderesse de commercialiser son petit appareil ménager appelé «Family Griddle with Warmer» en faisant concurrence au «Breakfast Nook» de la demanderesse. La demanderesse, conformément à la pratique habituelle, s'était engagée à payer des dommages-intérêts au moment où l'injonction interlocutoire lui serait accordée.

Dans son rapport, le protonotaire n'a pas recommandé la diminution des dommages-intérêts de la défenderesse fondés sur l'«auto-concurrence», étant d'avis que les circonstances de l'espèce n'établissaient pas l'existence d'un tel phénomène. Le juge Addy a conclu qu'aucune preuve n'indiquait l'absence d'auto-concurrence. Il a évalué l'effet de celle-ci à 15 % des ventes de plaques chauffantes plates effectivement réalisées au cours de l'année de l'injonction ainsi que de l'année suivante, et il a réduit les dommages-intérêts de la défenderesse en conséquence. L'appelante appuie les conclusions d'auto-concurrence du juge Addy tout en sollicitant que l'appréciation de son effet soit portée de 15 à 35 %. La défenderesse, dans un appel incident, demande le rétablissement des conclusions du protonotaire. Relativement à la question de l'intérêt, l'appelante soutient que le juge Addy s'est trompé en accordant un intérêt pour la période précédant le jugement sur le fondement de l'article 36 de la *Judicature Act* l'Ontario, ainsi qu'un intérêt pour la période subséquente au jugement conformément à l'article 137 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté et l'appel incident devrait être accueilli. Le montant adjugé par l'arbitre devrait être rétabli et assorti d'intérêts adjugés par le juge de première instance relativement à la période préalable et à la période postérieure au jugement.

Il incombait à la demanderesse d'établir l'existence de l'«auto-concurrence» et il n'appartenait pas à la défenderesse d'en établir l'absence. Les éléments de preuve visant cette question étaient contradictoires. Dans ces circonstances, le juge de première instance a eu tort de substituer sa propre appréciation des probabilités relatives à l'existence de l'«auto-concurrence» à celle du protonotaire. L'appel incident devrait donc être accueilli et le montant accordé par le protonotaire pour la perte des ventes subie au cours de l'année de l'injonction ainsi que de l'année subséquente devrait être rétabli.

La question de savoir si la Cour fédérale possède la compétence statutaire pour adjuger des intérêts devrait recevoir une réponse affirmative. L'article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale*

Division concurrent jurisdiction in cases where a remedy is sought under an Act of Parliament respecting any industrial design. The plaintiff sought its interlocutory injunction under the *Industrial Design Act*. Since the granting of the interlocutory injunction was conditional upon the plaintiff's undertaking to abide by any order the Court might make as to damages, it follows that the undertaking to pay damages has the same relationship to the *Industrial Design Act* as the injunction itself. Damages, including interest, are thus, as required by section 20, remedies sought "under the authority of" an Act of Parliament. Equity, invoked in both the injunction and the undertaking, operates in a statutory context, acting in aid of the law.

The Trial Judge's view that the issue of pre-judgment interest was to be governed by law rather than equity, could not be agreed with. Pre-judgment interest was required to compensate the defendant in respect of the loss it has sustained by reason of the injunction. The logic of the undertaking is for full compensation, which includes interest. The position adopted by a majority of Canadian common law jurisdictions towards the awarding of pre-judgment interest shows that "the time has come to align law and equity in this respect". This legislative trend represents current public policy, and this Court need not await a similar legislative initiative at the federal level to put an end to a judge-made limitation on the awarding of interest. Such a reinterpretation of the common law conforms with the Supreme Court of Canada decision in *Lewis v. Todd and McClure* where interest was seen as part of the award, and with the recent decision of this Court in *Canadian Broadcasting Corp. v. C.U.P.E.*

There being no provision in the *Federal Court Act* as to the rate of pre-judgment interest, it is necessary to rely on provincial law. The Trial Judge correctly looked to section 36 of the *Ontario Judicature Act* when he awarded pre-judgment interest from the time the interim injunction was granted until the date of the judgment, at the rate provided for in that section.

The Trial Judge also correctly applied section 137 of the *Ontario Courts of Justice Act* to determine the amount of post-judgment interest. Section 40 confers full judicial discretion as to post-judgment interest. Recourse to section 3 of the *Interest Act* is not necessary if "otherwise ordered by the Court" within the meaning of section 40. Moreover, the liberal interpretation given by the Supreme Court of Canada to section 3 authorizes a federally created court to apply a provincially legislated law on interest.

The defendant's application for an increase in respect of party-and-party costs based on new taxation Rule 344 had to be dismissed. The new taxation Rules do not apply when, within 90 days of their coming into force, a party to a proceeding commenced before that day files a notice that costs shall be

confère à la Division de première instance une compétence concurrente dans les cas où un redressement est recherché en vertu d'une loi du Parlement relativement à un dessin industriel. La demanderesse a sollicité son injonction interlocutoire sur le fondement de la *Loi sur les dessins industriels*. Comme l'injonction interlocutoire a été accordée à la demanderesse à la condition qu'elle s'engage à se conformer à toute ordonnance que pourrait rendre la Cour au sujet des dommages-intérêts, l'engagement de payer des dommages-intérêts est relié à la *Loi sur les dessins industriels* de la même façon que l'injonction elle-même. Les dommages-intérêts, notamment l'intérêt approprié, constituent donc, ainsi que l'exige l'article 20, des redressements sollicités «en vertu» d'une loi du Parlement. L'*equity*, qui a été invoquée à la fois dans l'injonction et dans l'engagement, agit dans un contexte statutaire en venant en aide à la loi.

La Cour ne peut souscrire à l'opinion du juge de première instance selon laquelle la question de l'intérêt préalable au jugement devait être régie par la loi plutôt que par l'*equity*. L'intérêt préalable au jugement devait être adjugé pour indemniser la défenderesse de sa perte subie en raison de l'injonction. En toute logique, l'engagement vise l'indemnisation complète, ce qui implique le versement des intérêts. Il ressort du point de vue de la majorité des juridictions canadiennes de *common law* voulant qu'un intérêt préalable au jugement soit accordé que «le moment est venu d'uniformiser la *common law* et l'*equity* à cet égard». Cette tendance législative reflète la politique générale actuelle, et cette Cour n'a pas à attendre qu'une initiative législative semblable soit prise au niveau fédéral pour mettre fin à une limite d'origine jurisprudentielle à l'adjudication des intérêts. Cette nouvelle interprétation de la *common law* est en harmonie avec la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lewis c. Todd et McClure*, où un intérêt a été considéré comme faisant partie du montant des dommages-intérêts alloués, et avec la décision prononcée récemment par cette Cour dans l'affaire *Société Radio-Canada c. S.C.F.P.*

Comme il n'existe aucune disposition dans la *Loi sur la Cour fédérale* qui fixe le taux de l'intérêt couru avant jugement, il est nécessaire d'avoir recours à la loi provinciale. Le juge de première instance a correctement considéré l'article 36 de la *Judicature Act* de l'Ontario lorsqu'il a accordé un intérêt préalable au jugement commençant à courir à compter du moment où l'injonction provisoire a été accordée et s'étendant jusqu'à la date du jugement, au taux prévu à cet article.

Le juge de première instance a également eu raison en appliquant l'article 137 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario pour déterminer le montant de l'intérêt postérieur au jugement. L'article 40 confère un plein pouvoir discrétionnaire relativement à l'intérêt couru après jugement. Il n'est point nécessaire d'avoir recours à l'article 3 de la *Loi sur l'intérêt* s'il en «est autrement ordonné par la Cour» au sens de l'article 40. De plus, l'interprétation libérale donnée par la Cour suprême du Canada à l'article 3 autorise une cour créée par le gouvernement fédéral à appliquer une loi provinciale sur l'intérêt.

La demande présentée par la défenderesse visant l'augmentation des frais et dépens entre parties sur le fondement de la nouvelle Règle 344 sur la taxation a dû être rejetée. Les nouvelles Règles relatives à la taxation ne s'appliquent pas lorsque, dans les 90 jours de leur entrée en vigueur, une partie à

determined without reference to the new rules: Rule 346.1(2). The plaintiff had filed such a notice within the transition period. The defendant can, however, have recourse to Rule 344(7), as it read prior to April 2, 1987, which permits a successful party to seek special directions as to costs within the delays prescribed by Rule 337(5).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Courts of Justice Act, S.O. 1984, c. 11, s. 137.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 20, 40, 44.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 337(2)(b),(5), 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2), (7), 346.1(2) (as added by SOR/87-221, s. 4), Tariff B (as am. *idem*, s. 8), s. 1(1)(h),(i).
Industrial Design Act, R.S.C. 1970, c. I-8.
Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 3.
Judicature Act, R.S.O. 1980, c. 223, s. 36.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Lewis v. Todd and McClure, [1980] 2 S.C.R. 694; *Canadian Broadcasting Corp. v. C.U.P.E.*, [1987] 3 F.C. 515 (C.A.); *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575 (C.A.); *R. v. Montreal Urban Community Transit Commission*, [1980] 2 F.C. 151 (C.A.); *Prince Albert Pulp Co. Ltd. et al. v. The Foundation Company of Canada, Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 200; *British Pacific Properties Ltd. v. Minister of Highways and Public Works*, [1980] 2 S.C.R. 283; (1980), 33 N.R. 98.

CONSIDERED:

Hoffmann-La Roche (F) & Co AG v Secretary of State for Trade and Industry, [1974] 2 All ER 1128 (H.L.); *The Pacifico v. Winslow Marine R. & Shipbuilding Co.*, [1925] 2 D.L.R. 162 (Ex. Ct.).

REFERRED TO:

American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., [1975] A.C. 396 (H.L.); *Delap v. Robinson et al.* (1898), 18 P. R. 231 (Ont.); *Teledyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

McGregor, H. *McGregor on Damages*, 13th ed. London: Sweet & Maxwell Limited, 1972.
 Saxe, D. "Judicial Discretion in the Calculation of Pre-judgment Interest" (1985-86), 6 *Advocate's Q.* 433.

une instance engagée avant cette date dépose un avis portant que les dépens seront déterminés sans tenir compte de ces nouvelles règles : la Règle 346.1(2). La demanderesse a déposé un tel avis au cours de la période de transition ainsi prévue. La défenderesse peut toutefois avoir recours aux dispositions de la Règle 344(7) en vigueur avant le 2 avril 1987, qui permettent à une partie ayant eu gain de cause de solliciter des directives spéciales à l'égard des dépens dans les délais prescrits à la Règle 337(5).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Judicature Act, R.S.O. 1980, chap. 223, art. 36.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 20, 40, 44.
Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 3.
Loi sur les dessins industriels, S.R.C. 1970, chap. I-8.
Loi sur les tribunaux judiciaires, S.O. 1984, chap. 11, art. 137.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 337(2)(b),(5), 344 (mod. par DORS/87-221, art. 2), (7), 346.1(2) (ajouté par DORS/87-221, art. 4), Tarif B (mod., *idem*, art. 8), art. 1(1)(h), i).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Lewis c. Todd et McClure, [1980] 2 R.C.S. 694; *Société Radio-Canada c. S.C.F.P.*, [1987] 3 C.F. 515 (C.A.); *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.); *R. c. La Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal*, [1980] 2 C.F. 151 (C.A.); *Prince Albert Pulp Co. Ltd et autre c. The Foundation Company of Canada, Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 200; *British Pacific Properties Ltd. c. Minister of Highways and Public Works*, [1980] 2 R.C.S. 283; (1980), 33 N.R. 98.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Hoffmann-La Roche (F) & Co AG v Secretary of State for Trade and Industry, [1974] 2 All ER 1128 (H.L.); *The Pacifico v. Winslow Marine R. & Shipbuilding Co.*, [1925] 2 D.L.R. 162 (C. de l'É.).

DÉCISIONS CITÉES:

American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., [1975] A.C. 396 (H.L.); *Delap v. Robinson et al.* (1898), 18 P. R. 231 (Ont.); *Teledyne Industries, Inc. et autre c. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

McGregor, H. *McGregor on Damages*, 13th ed. London : Sweet & Maxwell Limited, 1972.
 Saxe, D. «Judicial Discretion in the Calculation of Pre-judgment Interest» (1985-86), 6 *Advocate's Q.* 433.

COUNSEL:

Ronald E. Dimock and Gordon J. Zimmerman for appellant (plaintiff).
George A. Macklin, Q.C. and Anthony G. Creber for respondent (defendant).

SOLICITORS:

Sim, Hughes, Dimock, Toronto, for appellant (plaintiff).
Gowling & Henderson, Ottawa, for respondent (defendant).

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

This is an appeal from a decision of Addy J. ([1987] 2 F.C. 373 (reported as abridged); (1986), 12 C.P.R. (3d) 289) which confirmed (save in one respect) findings made by Preston, Prothonotary, on a reference to determine damages. The reference was ordered by Mahoney J. [[1984] 1 F.C. 246] after he had dismissed plaintiff's action under the *Industrial Design Act*¹ and dissolved an interlocutory injunction which plaintiff had obtained a little over a year earlier (March 12, 1982). The effect of that injunction had been to prevent defendant from marketing its new product, a home appliance known as the Family Griddle With Warmer ("FGWW"), in competition with the plaintiff's product, the Breakfast Nook ("BN"). At the time the interlocutory injunction was granted, plaintiff had given the usual undertaking to pay damages and this was the foundation for the reference ordered by Mahoney J. when he dissolved the injunction.

In his report ((1985), 8 C.P.R. (3d) 1), Preston, Prothonotary, exhaustively reviewed all the evidence he had heard and found, amongst other things, that during the time the injunction was in force defendant had suffered lost sales of 30 000 units of the FGWW; he further found that the effects of the injunction continued for about a year after it had been dissolved and estimated defendant's further losses during that period at 20 000

AVOCATS:

Ronald E. Dimock et Gordon J. Zimmerman pour l'appelante (demanderesse).
George A. Macklin, c.r. et Anthony G. Creber pour l'intimée (défenderesse).

PROCUREURS:

Sim, Hughes, Dimock, Toronto, pour l'appelante (demanderesse).
Gowling & Henderson, Ottawa, pour l'intimée (défenderesse).

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour

Appel est interjeté d'une décision du juge Addy ([1987] 2 C.F. 373 (publiée sous forme abrégée); (1986), 12 C.P.R. (3d) 289) qui a confirmé (à tous égards sauf un) les conclusions tirées par le protonotaire Preston dans le cadre d'un renvoi relatif à l'appréciation de dommages-intérêts. Ce renvoi a été ordonné par le juge Mahoney [[1984] 1 C.F. 246] après qu'il eut rejeté l'action de la demanderesse fondée sur la *Loi sur les dessins industriels*¹ et mis fin à une injonction interlocutoire obtenue par la demanderesse un peu plus d'un an plus tôt (le 12 mars 1982). Cette injonction avait eu pour effet d'empêcher la défenderesse de commercialiser son nouveau produit, un appareil ménager connu sous le nom de «Family Griddle With Warmer» («FGWW»), en faisant concurrence au produit de la demanderesse, le «Breakfast Nook» («BN»). Au moment où l'injonction interlocutoire était accordée, la demanderesse, conformément à la pratique habituelle, s'était engagée à payer des dommages-intérêts, et cet engagement a constitué le fondement sur lequel s'est appuyé le juge Mahoney pour ordonner un renvoi lors de la dissolution de l'injonction.

Dans son rapport ((1985), 8 C.P.R. (3d) 1), le protonotaire Preston a examiné de façon exhaustive toute la preuve qu'il avait entendue et conclu, entre autres, que la défenderesse avait perdu la vente de 30 000 FGWW pendant que l'injonction était en vigueur; il a également conclu que les effets de l'injonction se sont poursuivis environ un an après sa dissolution et il a évalué les pertes supplémentaires subies par la défenderesse au

¹ R.S.C. 1970, c. I-8.

¹ S.R.C. 1970, chap. I-8.

units. While those findings were vigorously attacked by plaintiff on the present appeal, we did not find it necessary to call on defendant to respond. The findings of Preston, Prothonotary, were carefully reviewed by Addy J. and were confirmed by him. There was evidence to support them. We sit now as a second appellate court faced with concurrent findings of facts in the courts below. The most that plaintiff has been able to show are certain minor anomalies or inconsistencies in Preston, Prothonotary's findings; that is almost inevitable in a case such as this, where one is attempting to reconstruct the variables of a hypothetical situation in a field as complex as the marketing of consumer products. It would take far more to persuade us to intervene, and we decline to do so.

In another part of his report, Preston, Prothonotary, refused to recommend any reduction in the amount of defendant's damages due to "substitution" or "cannibalization". That is the phenomenon whereby the sales of a new product are, to a greater or lesser extent, made at the expense of lost sales of an existing product from the same manufacturer. In concrete terms, in the present case it would mean that sales that the defendant would have made of its new FGWW in the year of the injunction and the year following would have displaced some of the sales it, in fact, made in those years of its older, flat griddle lines.

In his report, Preston, Prothonotary, said [at page 37]:

Also, during the injunction, it was stated that the sale of West Bend's [defendant] other griddles were stronger than would have been the case if the FGWW had been on the market in 1982. The theory of cannibalization or draw in my view is not appropriate. The buyer in the market-place is looking for either a flat griddle or a griddle with a warming device. In 1982, the evidence shows, that a buyer intent on purchasing a griddle with warmer was not interested in the West Bend line of griddles without a warming device.

In the judgment now under appeal, Addy J. disagreed. After reviewing all the evidence, he said [at page 308 C.P.R.]:

cours de cette période à 20 000 pièces. Bien que ces conclusions aient été vigoureusement contestées par la demanderesse dans le cadre du présent appel, nous n'avons pas considéré nécessaire de demander à la défenderesse de fournir une réponse. Les conclusions du protonotaire Preston ont été attentivement examinées par le juge Addy et celui-ci les a confirmées. Elles étaient appuyées par des éléments de preuve. Siégeant maintenant en qualité de seconde cour d'appel, nous sommes en présence de conclusions de fait concurrentes des tribunaux visés. Le demandeur a, tout au plus, pu établir l'existence de certaines anomalies ou contradictions dans les conclusions du protonotaire Preston; elles sont presque inévitables dans les affaires où, comme en l'espèce, l'on tente de reproduire les variables d'une situation hypothétique dans un domaine aussi complexe que celui de la commercialisation des produits de consommation. Il nous en faudrait bien plus pour nous convaincre d'intervenir, et nous refusons de le faire.

Dans une autre partie de son rapport, le protonotaire Preston a refusé de recommander la diminution des dommages-intérêts dus à la défenderesse, en raison de la [TRADUCTION] «substitution» ou de [TRADUCTION] l'«auto-concurrence». Ce phénomène est celui selon lequel les ventes d'un nouveau produit sont plus ou moins effectuées au détriment de celles d'un produit existant du même fabricant. Concrètement, en l'espèce, les ventes que la défenderesse aurait effectuées de sa nouvelle FGWW au cours de l'année de l'injonction et pendant l'année suivante auraient remplacé certaines des ventes des modèles plus anciens de ses plaques chauffantes plates.

Dans son rapport, le protonotaire Preston a dit [à la page 37]:

De même, on a déclaré que, durant l'injonction, la vente par West Bend [défenderesse] d'autres plaques chauffantes était plus forte que ce qu'elle n'aurait été si le FGWW avait été sur le marché en 1982. À mon avis, la théorie de l'auto-concurrence ou du gain, n'est pas indiquée. L'acheteur, sur le marché, recherche soit une plaque chauffante plate, soit une plaque chauffante munie d'un dispositif de réchaud. La preuve révèle que, en 1982, l'acheteur dont l'intention était d'acheter une plaque chauffante avec réchaud n'était pas intéressé à la gamme des plaques chauffantes de West Bend, sans un dispositif de réchaud.

Dans le jugement porté en appel, le juge Addy a exprimé son désaccord avec cette assertion. Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, il a dit [à la page 308 C.P.R.]:

To summarize: There is no direct factual evidence nor any unqualified opinion evidence to the effect that "cannibalization" would not have occurred, the defendant's expert, Dr. Tigert, admitted that it could have occurred at the levels of both retailers and individual buyers and all other evidence on the subject points to the probability of its existence.

He then went on to assess the effect of cannibalization as being fifteen per cent of the defendant's actual sales of flat griddles during the year of the injunction and the year following and, after the appropriate calculations, reduced defendant's damages accordingly.

On the appeal, the plaintiff supports Addy J.'s findings of cannibalization but seeks to increase its effect from fifteen per cent to thirty-five per cent. The defendant cross-appeals and asks that we restore the findings of Preston, Prothonotary.

With great respect, we think the Trial Judge has committed an error in principle and that the cross-appeal must therefore succeed. The existence of the phenomenon of cannibalization is not self-evident. Indeed, on an *a priori* basis it seems at least as likely that any loss of defendant's flat griddle sales had taken place by "draw" in favour of plaintiff's BN, which had been successful on the market since 1979 and that, if the FGWW had been sold as planned in 1982, it would have impacted primarily on the BN. Be that as it may, however, the existence of cannibalization was a question which was introduced into the debate as a result of plaintiff's allegations. Accordingly, it was for plaintiff to prove it, not for defendant to show, as the Trial Judge said, that it "would not have occurred". The evidence on the point was conflicting and, in those circumstances, we think it was wrong for Addy J. to substitute his view on the probabilities for that which had been reached by Preston, Prothonotary. The cross-appeal should therefore succeed and the figure for lost sales for the year of the injunction and the year following should be restored to that found by Preston, Prothonotary.

By agreement of counsel all questions on interest before the Prothonotary were deferred for

En résumé, aucune preuve factuelle directe ni aucun témoignage d'opinion catégorique n'indique l'absence «d'auto-concurrence», l'expert de la défenderesse, M. Tigert, a reconnu que celle-ci aurait pu se produire à la fois au niveau des détaillants et à celui des acheteurs, et tous les autres éléments de preuve sur ce sujet indiquent qu'elle a probablement eu lieu.

Il a ensuite évalué l'effet de l'auto-concurrence à 15 % des ventes de plaques chauffantes plates effectivement réalisées par la défenderesse au cours de l'année de l'injonction ainsi que de l'année suivante, et, après avoir effectué les calculs qui s'imposaient, il a réduit les dommages-intérêts de la défenderesse en conséquence.

Dans le cadre de l'appel, la demanderesse appuie les conclusions d'auto-concurrence du juge Addy tout en sollicitant que l'appréciation de leur effet soit portée de 15 à 35 %. La défenderesse, dans un appel incident, demande le rétablissement des conclusions du protonotaire Preston.

Avec déférence, nous sommes d'avis que le juge de première instance a commis une erreur de droit et que l'appel incident doit être accueilli. La présence de l'auto-concurrence n'est pas évidente en soi. En fait, il semble, à première vue, au moins tout aussi probable que les pertes de ventes de la plaque chauffante plate de la défenderesse ont été occasionnées par un [TRADUCTION] «gain» réalisé par le BN de la demanderesse, qui était populaire sur le marché depuis 1979, et que la vente de la FGWW, eût-elle eu lieu comme prévu en 1982, aurait principalement touché le BN. Quoi qu'il en soit, la question de l'existence de l'auto-concurrence s'étant posée à la suite des allégations de la demanderesse, c'est celle-ci qui devait en établir l'existence, et il n'appartenait pas à la défenderesse d'établir «l'absence» d'auto-concurrence ainsi que l'a dit le juge de première instance. Les éléments de preuve visant cette question étaient contradictoires et, dans les circonstances, nous sommes d'avis que le juge Addy a eu tort de substituer sa propre appréciation des probabilités à celle à laquelle était parvenu le protonotaire Preston. L'appel incident devrait donc être accueilli et le montant accordé par le protonotaire Preston pour la perte de ventes subie au cours de l'année de l'injonction ainsi que de l'année subséquente devrait être rétabli.

Les avocats des parties se sont entendus pour que toutes les questions relatives à l'intérêt dont

argument. On these questions, then, there is only the decision of the Trial Judge. Addy J. held that pre-judgment interest should be awarded, and he determined that the proper amount of pre-judgment interest was \$379,096.43. He calculated post-judgment interest from the date of judgment on the total of the damages plus the pre-judgment interest and costs since they all constitute money owing under an order, with the rate to be fixed in accordance with section 137 of the *Courts of Justice Act*, 1984, of Ontario.²

The plaintiff argued that the Trial Judge erred in awarding any pre-judgment interest since (a) the undertaking and subsequent court orders only provided for the payment of damages; (b) this Court has no jurisdiction to apply section 36 of the *Ontario Judicature Act*;³ (c) section 36 of the *Judicature Act* by its terms does not apply in this case.

He also argued that, if pre-judgment interest can be awarded at all, the Trial Judge erred by awarding interest prior to the date damages and interest were claimed and by selecting an inappropriate rate pursuant to section 36 of the *Ontario Judicature Act*.

He further contended that the Trial Judge erred in awarding post-judgment interest pursuant to the *Ontario Courts of Justice Act* and also in setting an excessive rate of post-judgment interest.

The first question to arise is whether the Federal Court has jurisdiction to consider the awarding of interest in such a case. Section 20 of the *Federal Court Act*⁴ provides that the Trial Division has concurrent jurisdiction with the provincial courts in matters of industrial design. The relevant part

était saisi le protonotaire soient reportées pour être débattues. En conséquence, seule la décision du juge de première instance tranche ces questions. Le juge Addy a conclu qu'un intérêt, qu'il a évalué à 379 096,43 \$, devait être accordé pour la période précédant le jugement. Il a calculé l'intérêt relatif à la période postérieure au jugement à partir de la date du jugement sur le total des dommages-intérêts adjugés plus l'intérêt antérieur au jugement et les dépens puisque tous ces montants constituaient une somme d'argent due aux termes d'une ordonnance; le taux de l'intérêt accordé devait être fixé conformément à l'article 137 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de 1984 de l'Ontario.²

La demanderesse a prétendu que le juge de première instance s'était trompé en accordant quelque intérêt que ce soit pour la période précédant le jugement puisque: (a) l'engagement et les ordonnances subséquentes des tribunaux ne prévoyaient que le paiement des dommages-intérêts; (b) cette Cour n'est pas habilitée à appliquer l'article 36 de la *Judicature Act* de l'Ontario³; (c) l'article 36 de la *Judicature Act*, libellé comme il l'est, ne s'applique pas à la présente espèce.

Elle a également prétendu que, en supposant qu'un intérêt avant jugement puisse être accordé, le juge de première instance s'était trompé en adjugeant un intérêt pour une période précédant la date à laquelle les dommages-intérêts et l'intérêt ont été réclamés ainsi qu'en choisissant un taux inapproprié fondé sur l'article 36 de la *Judicature Act* de l'Ontario.

Elle a également soutenu que le juge de première instance avait erré en accordant un intérêt postérieur au jugement conformément à la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario et, également, en calculant cet intérêt selon un taux excessif.

La première question qui se pose est celle de savoir si la Cour fédérale est compétente à examiner l'adjudication d'intérêts dans un litige comme celui en l'espèce. L'article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale*⁴ prévoit que la Division de première instance a une compétence concurrente avec celle des

² S.O. 1984, c. 11.

³ R.S.O. 1980, c. 223.

⁴ R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

² S.O. 1984, chap. 11.

³ R.S.O. 1980, chap. 223.

⁴ S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10.

of section 20 reads as follows:

20. The Trial Division . . .

. . . has concurrent jurisdiction in all other cases in which a remedy is sought under the authority of any Act of the Parliament of Canada or at law or in equity, respecting any . . . industrial design.

The plaintiff sought its interlocutory injunction under the *Industrial Design Act*, as is clear from paragraph 4 of its statement of claim (Appeal Book, page 2):

By virtue of the registration of said Industrial Design, and the provisions of the Industrial Design Act R.S.C. 1970, c. I-8 for a period of (5) years from February 11, 1980 to February 11, 1985 and upon renewal for a further five years thereafter, the Plaintiff has the exclusive right in Canada to apply, for the purposes of sale, the industrial design to a cooking apparatus and to publish, sell or expose for sale or use, a cooking apparatus incorporating or having applied thereto the said industrial design and to restrain others from applying the said industrial design, or a fraudulent imitation thereof to a cooking apparatus and from selling or exposing for sale or using the same. [Emphasis added.]

The plaintiff's undertaking to abide by any order the Court might make as to damages was nothing less than a condition of the granting of the interlocutory injunction, as appears from the order of Collier J. of March 12, 1982, granting the injunction:

ORDER:

1. The plaintiff, having undertaken to abide by any order this Court may make as to damages, in case it should afterwards be of the opinion the defendant has by reason of this order, sustained damages which the plaintiff ought to pay

(a) The defendant, by itself, or its officers, servants, workmen, agents and employees, is hereby restrained, until the trial of this action, or until further order, from

(i) manufacturing, using, exposing or offering for sale a combination griddle and oven incorporating or having applied thereto the industrial design of Registration No. 46557, or any imitation thereof.

(ii) manufacturing, using, exposing or offering for sale and selling a combination griddle with warmer exemplified by the griddle with warmer in the photograph as shown in Schedule "B" of the Statement of Claim in this action.

tribunaux provinciaux en ce qui regarde les questions relatives aux dessins industriels. La partie pertinente de l'article 20 est ainsi libellée:

20. La Division de première instance . . .

. . . a compétence concurrente dans tous les autres cas où l'on cherche à obtenir un redressement en vertu d'une loi du Parlement du Canada, ou de toute autre règle de droit relativement à . . . un dessin industriel.

La demanderesse a sollicité son injonction interlocutoire sur le fondement de la *Loi sur les dessins industriels*, ainsi qu'il ressort clairement du paragraphe 4 de sa déclaration (Dossier d'appel, à la page 2):

[TRADUCTION] En vertu de l'enregistrement dudit dessin industriel ainsi que des dispositions de la Loi sur les dessins industriels S.R.C. 1970, chap. I-8, pour une période de cinq (5) ans s'étendant du 11 février 1980 au 11 février 1985 et, sur renouvellement, pour une autre période de cinq ans, la demanderesse possède, au Canada, le droit exclusif d'appliquer, à des fins de vente, ce dessin industriel à un appareil de cuisson ainsi que de publier, vendre ou offrir en vente ou utiliser un appareil de cuisson qui comporte ou sur lequel est appliqué ledit dessin industriel et d'empêcher que d'autres personnes appliquent ledit dessin industriel, ou une imitation frauduleuse de celui-ci à un appareil de cuisson et vendre ou offre en vente ou utilise un tel appareil. [C'est moi qui souligne.]

L'engagement de la demanderesse de se conformer à toute ordonnance que pourrait rendre la Cour au sujet des dommages-intérêts n'était rien d'autre qu'une condition de la délivrance de l'injonction interlocutoire, ainsi qu'il ressort de l'ordonnance du juge Collier accordant l'injonction en date du 12 mars 1982:

ORDONNANCE:

1. La demanderesse s'étant engagée à se conformer à toute ordonnance pouvant être prononcée par cette Cour relativement à des dommages-intérêts dans l'éventualité où celle-ci conclurait que la défenderesse a, à cause de la présente ordonnance, subi des dommages dont elle devrait être indemnisée par la demanderesse:

(a) Par les présentes, il est interdit à la défenderesse, directement ou par l'intermédiaire de ses cadres, employés ou mandataires, jusqu'à l'instruction de la présente action ou jusqu'à ce que soit prononcée une autre ordonnance, de faire ce qui suit:

(i) Fabriquer, utiliser, exposer ou offrir en vente une plaque chauffante combinée à un four qui comporte ou sur laquelle est appliqué le dessin industriel enregistré sous le numéro 46557 ou une imitation de ce dessin.

(ii) Fabriquer, utiliser, exposer ou offrir en vente et vendre une plaque chauffante combinée à un réchaud, appareil qui se trouve illustré par la plaque chauffante avec réchaud figurant sur la photographie apparaissant à l'annexe «B» de la déclaration présentée dans cette action.

2. The costs of this motion are in the cause. [Emphasis added.]

Such a practice is exactly that set out by Lord Diplock in *Hoffmann-La Roche (F) & Co AG v Secretary of State for Trade and Industry*, [1974] 2 All ER 1128 (H.L.), at pages 1149-1150:

The practice of exacting an undertaking as to damages from a plaintiff to whom an interim injunction is granted originated during the Vice-Chancellorship of Sir James Knight Bruce who held that office from 1841 to 1851. At first it applied only to injunctions granted *ex parte*, but after 1860 the practice was extended to all interlocutory injunctions. By the end of the century the insertion of such an undertaking in all orders for interim injunctions granted in litigation between subject and subject had become a matter of course.

The advantages of this practice in any suit for the protection or enforcement of personal or proprietary rights are plain enough. An interim injunction is a temporary and exceptional remedy which is available before the rights of the parties have been finally determined and, in the case of an *ex parte* injunction even before the court had been apprised of the nature of the defendant's case. To justify the grant of such a remedy the plaintiff must satisfy the court first that there is a strong *prima facie* case that he will be entitled to a final order restraining the defendant from doing what he is threatening to do, and secondly that he will suffer irreparable injury which cannot be compensated by a subsequent award of damages in the action, if the defendant is not prevented from doing it between the date of the application for the interim injunction and the date of the final order made on trial of the action. Nevertheless, at the time of the application it is not possible for the court to be absolutely certain that the plaintiff will succeed at the trial in establishing his legal right to restrain the defendant from doing what he is threatening to do. If he should fail to do so the defendant may have suffered loss as a result of having been prevented from doing it while the interim injunction was in force; and any loss is likely to be *damnum absque injuria* for which he could not recover damages from the plaintiff at common law. So unless some other means is provided in this event for compensating the defendant for his loss there is a risk that injustice may be done.

It is to mitigate this risk that the court refuses to grant an interim injunction unless the plaintiff is willing to furnish an undertaking by himself or by some other willing and responsible person—

'to abide by any order the Court may make as to damages in case the Court shall hereafter be of opinion that the Defendant shall have sustained any damages by reason of this order [sc the interim injunction] which the Plaintiff ought to pay.'

The court has no power to compel an applicant for an interim injunction to furnish an undertaking as to damages. All it can do is to refuse the application if he declines to do so. The undertaking is not given to the defendant but to the court itself.

2. Les frais relatifs à la présente requête suivront l'issue du litige. [C'est moi qui souligne.]

Une telle pratique correspond en tout point à celle dont il est fait état par lord Diplock dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche (F) & Co AG v Secretary of State for Trade and Industry*, [1974] 2 All ER 1128 (H.L.), aux pages 1149 et 1150:

[TRADUCTION] La pratique consistant à exiger d'un demandeur à qui une injonction provisoire est accordée un engagement relatif à des dommages-intérêts éventuels est née au cours de la vice-chancellerie de Sir James Knight Bruce, qui s'est étendue de 1841 à 1851. Tout d'abord, elle ne s'est appliquée qu'aux injonctions accordées *ex parte*; cependant, après 1860, cette pratique a été étendue à toutes les injonctions interlocutoires. Vers la fin du siècle, l'insertion d'un tel engagement allait de soi dans toutes les ordonnances d'injonctions provisoires accordées dans le cadre de litiges entre particuliers.

Les avantages découlant d'une telle pratique dans toute action visant à protéger ou à faire valoir des droits personnels ou des droits de propriété sont assez clairs. Une injonction provisoire est un redressement temporaire et exceptionnel offert avant la détermination définitive des droits des parties et, dans le cas d'une injonction *ex parte*, avant même que la Cour ait été informée de la nature de la cause du défendeur. Pour établir qu'un tel redressement est justifié, le demandeur doit convaincre le tribunal, premièrement, qu'il existe une forte apparence de droit qu'il devrait se voir accorder une ordonnance interdisant au défendeur de faire ce qu'il menace de faire, et deuxièmement, qu'il subira un préjudice irréparable ne pouvant être compensé par une adjudication subséquente de dommages-intérêts dans le cadre de l'action si le défendeur n'est pas empêché de faire ce qu'il menace de faire entre la date de la demande d'injonction provisoire et la date de l'ordonnance définitive prononcée au terme de l'instruction de l'action. Néanmoins, au stade de la requête, la cour ne peut avoir la certitude que le demandeur réussira au procès à justifier de son droit d'empêcher le défendeur de faire ce qu'il menace de faire. Advenant son insuccès, le défendeur pourrait avoir subi une perte, du fait de cette interdiction, tout au long de l'injonction temporaire; et toute perte est probablement un *damnum absque injuria*, pour laquelle il ne pourrait recouvrer de dommages-intérêts du demandeur, en *common law*. À moins d'un autre moyen d'indemniser, dans ce cas, le défendeur de sa perte, il y a donc risque d'injustice.

C'est pour atténuer ce risque que le tribunal refuse d'accorder une injonction temporaire, à moins que le demandeur ne consente à produire un engagement, en son nom ou au nom de toute autre personne consentante responsable,

"de se conformer à toute ordonnance que le tribunal pourrait émettre quant aux dommages, au cas où il en arrivait ultérieurement à la conclusion que le défendeur aura subi un dommage quelconque, du fait de cette ordonnance [soit l'injonction temporaire], que le demandeur devra rembourser".

La cour n'est pas habilitée à contraindre la personne qui demande une injonction provisoire à s'engager à verser des dommages-intérêts. Tout ce qu'elle peut faire c'est de refuser l'injonction si le requérant ne consent pas à fournir l'engage-

Non-performance of it is contempt of court, not breach of contract, and attracts the remedies available for contempts; but the court exacts the undertaking for the defendant's benefit.

(Since the House of Lords decision in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396, at pages 407-408, it has been generally considered that the *prima facie* case required of a plaintiff for an interim injunction might be somewhat less than strong, but such a lessening in the strength of the plaintiff's case only increases the importance of the undertaking as to damages.)

The plaintiff argued that, since the undertaking was thus given to the Court rather than to the defendant, and since non-performance would have been contempt of court rather than breach of contract, it was not given pursuant to any statute, and that accordingly there was no statutory authority as required by section 20 of the *Federal Court Act*.

It is true that the undertaking is not a contract, but it is, as Boyd C. stated in *Delap v. Robinson et al.* (1898), 18 P. R. 231 (Ont.), "the price of an interlocutory injunction . . . a condition of granting an injunction." It therefore has the same relationship to the *Industrial Design Act* as the injunction itself, which was sought by the plaintiff, in the words of his statement of claim, "by virtue of . . . the provisions of the Industrial Design Act". Damages, including interest to the extent appropriate, are thus, as required by section 20, remedies sought "under the authority of" an Act of the Parliament of Canada. Equity, invoked in both the injunction and the undertaking, may be said to operate in a statutory context, acting in aid of the law. The fact that, in the event of default, a court may have to fall back on its inherent powers to enforce the undertaking may be an exercise in necessity, in order to maintain the rule of law, but cannot be taken to deprive undertakings as to damages in their normal interpretation of their statutory reference.

ment. Ce dernier est pris non pas envers le défendeur mais envers la cour elle-même. Son inexécution constitue un outrage au tribunal et non pas une inexécution de contrat, et elle donne ouverture aux recours prévus en cas d'outrage; mais la cour exige que l'engagement soit fourni pour le bénéfice du défendeur.

(Depuis la décision rendue par la Chambre des lords dans l'affaire *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396, aux pages 407 et 408, il a été généralement considéré que le demandeur qui sollicite une injonction provisoire n'avait pas à faire preuve d'une très forte apparence de droit, ce qui ne fait cependant qu'accroître l'importance de l'engagement relatif aux dommages-intérêts.)

La demanderesse a soutenu que l'engagement visé n'avait pas été donné conformément à une loi puisqu'il avait été fourni à la Cour plutôt qu'à la défenderesse et puisque la non-exécution de cet engagement aurait constitué un outrage au tribunal plutôt qu'un bris de contrat; en conséquence, a-t-elle soutenu, le fondement statutaire exigé par l'article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale* se trouve absent.

S'il est vrai que l'engagement visé ne constitue pas un contrat, il constitue néanmoins, ainsi que l'a déclaré le chancelier Boyd dans l'affaire *Delap v. Robinson et al.* (1898), 18 P. R. 231 (Ont), [TRADUCTION] «le prix d'une injonction interlocutoire . . . une condition fixée pour la délivrance d'une injonction». Cet engagement est donc relié à la *Loi sur les dessins industriels* de la même façon que l'injonction elle-même, qui a été sollicitée par la demanderesse, selon les termes de sa déclaration, [TRADUCTION] «en vertu . . . des dispositions de la Loi sur les dessins industriels». Les dommages-intérêts, notamment l'intérêt approprié, constituent donc, ainsi que l'exige l'article 20, des redressements sollicités «en vertu» d'une loi du Parlement du Canada. On peut dire que l'*equity*, qui a été invoquée à la fois dans l'injonction et dans l'engagement, agit dans un contexte statutaire en venant en aide à la loi. Il peut être nécessaire à une cour, pour le maintien de la suprématie du droit, de faire appel à ses pouvoirs inhérents pour faire exécuter un engagement non respecté; il ne s'ensuit cependant pas que l'interprétation normale des engagements relatifs aux dommages-intérêts doit avoir lieu sans faire référence aux lois visées.

With threshold jurisdiction established under section 20 of the *Federal Court Act*, the next question is as to whether interest may be awarded on the damages from the time the interim injunction was obtained.

The Trial Judge was of the view that this question must be governed by law rather than by equity, *supra*, at pages 397 F.C.; 316 C.P.R.:

It seems clear however in the case at bar that principles of equity are not involved. The payment or non-payment of interest remains entirely a question of law, since the damages arise out of an undertaking. The mere fact that the undertaking did not constitute a true contract at law or that it related to the granting of an interlocutory injunction which is an equitable remedy, does not, in my view, change the essential element that the damages are directly attributable to a formal promise and not to any equitable principle and that they are to be calculated as if they were being granted upon a contract to indemnify (see *Hoffman-LaRoche (F) & Co AG v. Secretary of State for Trade and Industry* ([1974] 2 All E.R. 1128 (H.L.)).

However, this is not so obvious to us. The injunction itself is not provided for by the *Industrial Design Act*, but only by section 44 of the *Federal Court Act*. Yet it was, we think rightly, said by the plaintiff to be sought "by virtue of . . . the provisions of the Industrial Design Act" because it was applied, as equitable relief, in aid of the statute. The same would appear to be true of the undertaking.

In equity there is no doubt that pre-judgment interest can be awarded. In fact, admiralty law took its rule awarding pre-judgment interest directly from equity. As it was put by McLean J. in *The Pacifico v. Winslow Marine R. & Shipbuilding Co.*, [1925] 2 D.L.R. 162 (Ex. Ct.), at page 167:

The principle adopted by the Admiralty Court in its equitable jurisdiction, as stated by Sir Robert Phillimore in *The Northumbria* (1869), 3 A. & E. 5, and as founded upon the civil law, is that interest was always due to the obligee when payment was delayed by the obligor, and that, whether the obligation arose *ex contractu* or *ex delicto*. It seems that the view adopted by the Admiralty Court has been, that the person liable in debt or damages, having kept the sum which ought to have been paid to the claimant, ought to be held to have received it for the

La compétence préliminaire de la Cour se trouvant établie par l'article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la question qui se pose à présent est celle de savoir si un intérêt sur les dommages-intérêts peut être adjugé à compter de la délivrance de l'injonction provisoire.

Le juge de première instance était d'avis que cette question devait être régie par la loi plutôt que par l'*equity* (*supra*, aux pages 397 C.F.; 316 C.P.R.):

Il semble toutefois évident en l'espèce que les principes d'*equity* ne sont pas en cause. Le paiement ou le non-paiement d'un intérêt demeure une question de droit, les dommages-intérêts ayant découlé d'un engagement. Le simple fait que l'engagement n'était pas un véritable contrat au sens de la loi ou qu'il se rapportait à la décision d'accorder une injonction interlocutoire qui constitue un recours en *equity* ne change pas, à mon avis, l'aspect essentiel de l'affaire, c'est-à-dire que les dommages-intérêts découlent directement d'une promesse formelle et non d'un principe d'*equity* et qu'ils doivent être calculés comme s'ils étaient accordés en vertu d'un contrat d'indemnisation (voir l'arrêt *Hoffman-LaRoche (F) & Co AG v. Secretary of State for Trade and Industry* ([1974] 2 All E.R. 1128 (H.L.)).

Pour nous, toutefois, une telle conclusion ne ressort pas à l'évidence. L'injonction elle-même n'est pas prévue à la *Loi sur les dessins industriels*, mais seulement à l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La demanderesse a cependant dit, à notre avis avec raison, qu'elle en demandait la délivrance «en vertu . . . des dispositions de la Loi sur les dessins industriels» parce que ce recours, à titre de redressement fondé sur l'*equity*, pouvait venir en aide à la Loi. Il semblerait que l'on puisse dire la même chose de l'engagement.

Il ne fait aucun doute qu'un intérêt visant la période préalable au jugement puisse être accordé selon l'*equity*. En fait, le droit maritime a directement tiré de l'*equity* le principe fondant l'adjudication d'un intérêt pour la période antérieure au jugement. Comme l'a dit le juge McLean dans l'affaire *The Pacifico v. Winslow Marine R. & Shipbuilding Co.*, [1925] 2 D.L.R. 162 (C. de l'É.), à la page 167:

[TRADUCTION] Le principe adopté par la Cour d'amirauté, statuant en *equity*, énoncé par Sir Robert Phillimore dans *The Northumbria* (1869) 3 A. & E. 5, et tiré du droit civil, est que le créancier a toujours droit aux intérêts lorsque le débiteur a différé le paiement, que l'obligation résulte d'un contrat ou d'un délit. Il semble que le point de vue adopté par la Cour d'amirauté a été que la personne responsable d'une dette ou de dommages, ayant retenu la somme à payer au demandeur, devrait être considérée comme l'ayant reçue pour le compte de

person to which the principal is payable. Damages and interest under the civil law is the loss which a person has sustained, or the gain he has missed.

It has been generally thought that there was only a very limited right at common law to interest as damages, principally in relation to liquidated damages. *McGregor on Damages*, 13th ed., 1972, at page 318, paragraph 435, puts it this way:

Today's overall position is therefore this. Statute apart, there is a right at common law to interest as damages in a very limited range of contractual claims, primarily connected with a failure to pay money, and also generally in claims in Admiralty; in addition, statute now requires the court to award interest as damages in claims arising out of personal injury and wrongful death. In all other cases resort must be made to the general discretionary power to award interest which statute has conferred on the courts, a discretionary power which may be due for more frequent exercise now that the awarding of interest, by being made mandatory in a central area of litigation, has achieved a greater degree of prominence in the lives of the courts.

It appears to us that, even if the question were to be considered at common law rather than in equity, there is in the case at bar an intermediate situation where pre-judgment interest is required to compensate or make the defendant whole from the loss it has suffered by reason of the injunction. The logic of the undertaking is for full compensation, which must needs include interest.

Moreover, we believe the time has come to align law and equity in this respect, especially in the light of the inexorable movement in Canadian jurisdictions to pre-judgment interest. As Dianne Saxe has recently written, "Judicial Discretion in the Calculation of Prejudgment Interest" (1985-86), 6 *Advocate's Q.* 433, at page 443:

In the majority of Canadian common law jurisdictions pre-judgment interest is no longer a privilege but a right. Judicial discretion in the awarding of interest must now be used to tailor interest awards to a plaintiff's true loss . . .

celui à qui le principal est payable. Les dommages et les intérêts, en vertu du droit civil, sont la perte qu'une personne a subie ou le gain qu'elle a manqué de réaliser.

^a On a généralement cru qu'il n'existait, en *common law*, qu'un droit très limité à l'adjudication d'un intérêt au chapitre des dommages-intérêts, principalement des dommages-intérêts conventionnels. L'auteur de *McGregor on Damages*, ^b 13^e éd., 1972, à la page 318, paragraphe 435, énonce ce point de vue de la manière suivante:

[TRADUCTION] L'état actuel du droit, de façon générale, est donc le suivant. Indépendamment du droit statutaire, la *common law* prévoit un droit à un intérêt au chapitre des ^c dommages-intérêts pour un éventail très limité de demandes fondées sur les contrats, principalement celles qui sont reliées au défaut de payer une somme d'argent, et également, de façon générale, dans les actions relevant du droit maritime; de plus, le droit statutaire oblige maintenant les tribunaux à assortir d'un ^d intérêt les dommages-intérêts accordés dans des actions visant des blessures corporelles ou une mort résultant d'un acte délictuel. Dans tous les autres cas, on doit avoir recours au pouvoir ^e discrétionnaire général conféré aux tribunaux par le droit statutaire, un pouvoir dont l'exercice pourrait devenir un peu plus fréquent maintenant que l'adjudication d'un intérêt, en devenant obligatoire pour une importante catégorie de litiges, a acquis une importance accrue dans la vie des tribunaux.

^f Il nous semble que, même si la question était examinée selon la *common law* plutôt que selon l'*equity*, l'espèce présente une situation intermédiaire dans laquelle un intérêt doit être adjugé pour une période préalable au jugement afin d'indemniser la défenderesse ou de compenser la perte que celle-ci a subie en raison de l'injonction. En toute logique, l'engagement vise l'indemnisation ^g complète, qui implique le versement des intérêts.

De plus, nous sommes d'avis que le moment est venu d'uniformiser la *common law* et l'*equity* à cet ^h égard, particulièrement à la lumière de la tendance inexorable vers l'adjudication d'un intérêt avant jugement qui se dégage dans les ressorts canadiens. Comme l'a écrit récemment Dianne Saxe dans l'article intitulé «Judicial Discretion in the Calculation of Prejudgment Interest» (1985-86), 6 ⁱ *Advocate's Q.* 433, à la page 443:

[TRADUCTION] Dans la majorité des ressorts canadiens de *common law*, les intérêts relatifs à la période précédant le jugement ne constituent plus un privilège mais un droit. Les ^j tribunaux doivent à présent exercer le pouvoir discrétionnaire qui leur est conféré relativement à l'adjudication de tels intérêts pour ajuster les intérêts accordés à la perte réellement subie par le demandeur . . .

We take this legislative tide to be a faithful representation of current public policy, and we see no reason why this Court must await a similar legislative initiative at the federal level to put an end to a judge-made limitation on the awarding of interest which is clearly no longer seen to be good public policy. We believe such a reinterpretation of the common law is in accord with the concept recognized by the Supreme Court of Canada in *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694, at page 717, of interest as part of the award. It is also in keeping with this Court's recent decision in *Canadian Broadcasting Corp. v. C.U.P.E.*, [1987] 3 F.C. 515 (C.A.).

There is, of course, no provision in the *Federal Court Act* as to the rate of pre-judgment interest, and for that it is necessary to have recourse to provincial law. Such a proceeding has been specifically approved by this Court: *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575 (C.A.); *R. v. Montreal Urban Community Transit Commission*, [1980] 2 F.C. 151 (C.A.). Addy J. therefore correctly looked to section 36 of the *Ontario Judicature Act*.

It may be that the defendant would be better off to claim for interest in equity, which Addy J. believed in *Teledyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.), at page 223, would be the going rate compounded semi-annually or annually. But, since it did not cross-appeal on the matter, it cannot now seek recovery on that basis.

In our view Addy J. in the case at bar correctly interpreted section 36 of the *Judicature Act* as to the time of commencement, the period of calculation and the rate itself, *supra*, at pages 397-400 F.C.; 316-318 C.P.R.:

The action for infringement of design was instituted by the plaintiff on the 9th of February 1982. However, the defendant's right to or claim for damages did not originate or arise at that

Nous considérons que cette vague législative reflète fidèlement la politique générale actuelle, et nous ne voyons pas pourquoi cette Cour devrait attendre qu'une initiative législative semblable soit prise au niveau fédéral pour mettre fin à une limite d'origine jurisprudentielle à l'adjudication d'un intérêt qui, de façon évidente, n'est plus considérée comme une politique générale valable. Nous sommes d'opinion que cette nouvelle interprétation de la *common law* s'accorde avec le concept reconnu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694, à la page 717, selon lequel l'intérêt fait partie du montant des dommages-intérêts alloués. Elle est également conforme à la décision récente rendue par notre Cour dans l'affaire *Société Radio-Canada c. S.C.F.P.*, [1987] 3 C.F. 515 (C.A.).

Il n'existe, évidemment, aucune disposition dans la *Loi sur la Cour fédérale* qui fixe le taux de l'intérêt couru avant jugement; aussi est-il nécessaire d'avoir recours à la loi provinciale. Notre Cour a expressément approuvé cette manière de procéder dans les arrêts suivants: *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.); *R. c. La Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal*, [1980] 2 C.F. 151 (C.A.). Le juge Addy a donc eu raison de se référer à l'article 36 de la *Judicature Act* de l'Ontario.

La défenderesse ferait peut-être mieux de réclamer l'intérêt applicable selon l'*equity*, qui, de l'avis du juge Addy dans l'affaire *Teledyne Industries, Inc. et autre c. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 223, serait fixé au taux courant établi semestriellement ou annuellement. Cependant, n'ayant interjeté aucun appel incident relativement à cette question, elle ne peut à présent solliciter le recouvrement des intérêts sur un tel fondement.

Selon nous, en l'espèce, le juge Addy a correctement interprété l'article 36 de la *Judicature Act* en ce qui a trait au moment à compter duquel des intérêts sont dus, à l'étendue de cette période et au taux lui-même, *supra*, aux pages 397 à 400 C.F.; 316 à 318 C.P.R.:

L'action en contrefaçon de dessin industriel a été intentée par la demanderesse le 9 février 1982. Le droit de la défenderesse à des dommages-intérêts n'a toutefois pas pris naissance à cette

time. Indeed, the right never existed at all until the undertaking was given by the plaintiff and the damages only began to arise at that time by reason of the imposition of the interlocutory injunction. Furthermore, it seems that the right is not based on the action at all but merely on the undertaking which was given in the course of the action. When applying paragraph 36(3)(a) to the facts of the case, it does not matter whether we consider that the prime rate should be that of the month immediately preceding the action, that is January 1982, or of the month immediately preceding the undertaking, that is February 1982, because in each case the prime rate was 16.5%. This should therefore be considered the governing rate.

As to the period of calculation, since the damages are clearly unliquidated, the date that the undertaking requested by the defendant and imposed by the Court, namely the 12th of March 1982, must be regarded as the date for which the interest is to run in accordance with subparagraph 36(3)(b)(ii). It is true that no written notice of the claim was given to the plaintiff at the time, but the formal undertaking of that party given to the Court and the acceptance of that undertaking by the Court as a pre-condition to granting the injunction must necessarily be considered a much more solemn, formal and effective notice of the defendant's claim than any mere written notice could ever be.

The injunction remained in place from the 12th of March 1982, until the 28th of March 1983. There was of course no damage at the outset of that period: it accumulated throughout, until it attained, on the last day, a total of \$365,438. Considering the provisions of subsection 36(6), I consider that it would be just in those circumstances to strike an average and apply 1/2 of the governing rate, that is 8.25%, to the full amount of \$365,438 for the period ending on the 28th of March 1983. Thereafter the full rate of 16.5% should apply on that loss until my judgment is rendered in this matter and post-judgment interest rates are applied. Similarly for the sum of \$256,468.75, being the post-injunction damages incurred during the period which was limited to one year by the referee, that is the 28th of March 1983 until the 28th of March 1984, the damage should be averaged by applying 1/2 of the rate for the whole of that period. Thereafter the rate of 16.5% would prevail on that amount until judgment.

The freight and advertising charges of \$1,097 which were due from the 31st of March 1982 will bear interest from that date at 8.25% to the date of judgment. I have deliberately treated this last mentioned amount, which in fact represents special damages, without applying either the full rate of interest nor the method of calculation provided for in subsections (3) and (4) of section 36 of the Ontario *Judicature Act* [R.S.O. 1980, c. 223] in view of the fact that the amount was fully agreed upon and also, constitutes an extremely minimal amount having regard to the total amount of general damages involved.

The next issue concerns post-judgment interest, on which section 40 of the *Federal Court Act* provides:

date. En fait, ce droit n'a existé qu'à partir du moment où la demanderesse a pris l'engagement d'indemniser la défenderesse et les dommages-intérêts n'ont commencé à courir qu'à compter de l'injonction interlocutoire. Il semble en outre que ce droit ne repose aucunement sur l'action mais simplement sur l'engagement qui a été pris au cours de ladite action. Lorsqu'on applique l'alinéa 36(3)a) aux faits de l'espèce, il importe peu de savoir si le taux préférentiel devrait être celui du mois qui a immédiatement précédé le début de l'action, soit le mois de janvier 1982, ou celui du mois qui a immédiatement précédé la date de l'engagement, soit le mois de février 1982, parce que dans chaque cas le taux préférentiel était de 16,5%. On devrait donc considérer que c'est ce taux qui s'applique.

Pour ce qui est de la période du calcul de l'intérêt, étant donné qu'il s'agit manifestement de dommages-intérêts non déterminés, on doit considérer que la date à laquelle l'engagement a été demandé par la défenderesse et imposé par la Cour, soit le 12 mars 1982, constitue la date à laquelle l'intérêt doit commencer à courir conformément au sous-alinéa 36(3)b)(ii). Il est vrai qu'à ce moment-là la réclamation n'avait pas été notifiée par écrit à la demanderesse, mais il faut nécessairement considérer que l'engagement formel fourni par cette partie à la Cour et qui devait être accepté par cette dernière comme condition préalable pour que l'injonction soit accordée était un avis beaucoup plus formel et valable qu'un simple avis écrit.

L'injonction a été en vigueur du 12 mars 1982 au 28 mars 1983. Aucuns dommages-intérêts n'étaient évidemment dus au début de cette période; ils se sont accumulés pendant celle-ci jusqu'à ce qu'ils totalisent 365 438 \$ le dernier jour. Compte tenu des dispositions du paragraphe 36(6), j'estime qu'il serait juste dans les circonstances d'établir une moyenne et d'appliquer la moitié du taux applicable, soit 8,25 %, au montant total de 365 438 \$ pour la période se terminant le 28 mars 1983. Par la suite, il faudrait appliquer à cette perte le taux intégral de 16,5 % jusqu'à ce que j'aie rendu mon jugement en l'espèce et que les taux d'intérêt postérieurs au jugement soient appliqués. Quant à la somme de 256 468,75 \$ qui représente les dommages-intérêts alloués après l'injonction pendant la période qui a été limitée à un an par l'arbitre, soit du 28 mars 1983 au 28 mars 1984, il faudrait faire la moyenne de ces dommages-intérêts en appliquant la moitié du taux pour l'ensemble de cette période. Par la suite, le taux de 16,5 % s'appliquera à cette somme jusqu'au jugement.

Les frais de transport et de publicité s'élevant à 1 097 \$ et qui étaient dus à compter du 31 mars 1982, porteront intérêt au taux de 8,25 % à compter de cette date jusqu'au jugement. J'ai délibérément traité cette dernière somme, qui en fait représente des dommages-intérêts spéciaux, sans appliquer le taux d'intérêt intégral ni la méthode de calcul prévue aux paragraphes (3) et (4) de l'article 36 de la *Judicature Act* de l'Ontario [R.S.O. 1980, chap. 223], précitée, parce que cette somme a été acceptée par les parties et qu'elle est minime compte tenu du montant total des dommages-intérêts en cause.

La question qui se pose à présent a trait à l'intérêt postérieur au jugement. L'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale* dit à ce sujet:

40. Unless otherwise ordered by the Court, a judgment, including a judgment against the Crown, bears interest from the time of giving the judgment at the rate prescribed by section 3 of the *Interest Act*.

Section 3 of the *Interest Act*⁵ in turn provides:

3. Except as to liabilities existing immediately before the 7th day of July 1900, whenever any interest is payable by the agreement of parties or by law, and no rate is fixed by such agreement or by law, the rate of interest shall be five per cent per annum.

The courts have given a liberal interpretation to section 3. In *Prince Albert Pulp Co. Ltd. et al. v. The Foundation Company of Canada, Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 200, at page 211, Martland J. said for the Court:

It would appear to me that s. 3 is intended to apply where parties to an agreement have stipulated for the payment of interest, but no rate has been provided for, or where by law it is directed that interest be paid, but no rate has been set. The *Toronto Railway* case [[1906] A.C. 117], decided that a Court may allow interest where payment of a just debt has been improperly withheld, and it is fair and equitable that the debtor should make compensation by payment of interest, "at such rate as the Court may think right". Where a Court, in its judgment, has awarded interest on this principle, the rate which it fixes is payable by law and the rate is fixed by law. In such a case the section would not be applicable.

A similar view was expressed by Laskin C.J. for the Court in *British Pacific Properties Ltd. v. Minister of Highways and Public Works*, [1980] 2 S.C.R. 283, at pages 289-290; (1980), 33 N.R. 98, at page 104:

I find no reason to distinguish an award of interest at a specified rate made by a trial judge acting under statutory authority and an award of interest at a specified rate made by arbitrators in fixing compensation for expropriated land pursuant to statutory authority. In both cases, the interest is payable by law and the rate is fixed by law, so as to escape the limited rate prescribed by s. 3 of the *Interest Act*. Whether a statute under which interest is payable (as, for example, upon an award of compensation or in respect of a debt), itself prescribes the rate or remits the award and the rate to a judge or to an adjudicator or adjudicative agency or provides a rate formula, the rate arises under law and is, accordingly, fixed by law. I would apply a liberal construction to the words "fixed by law" so as to embrace the establishment of a rate of interest by virtue of a statute or under its provisions when the resulting rate is a binding one upon those affected by it. I would regard s. 3 of the *Interest Act* as applicable only when there is no

40. A moins qu'il n'en soit autrement ordonné par la Cour, un jugement, notamment un jugement contre la Couronne, porte intérêt à compter du moment où le jugement est rendu au taux prescrit par l'article 3 de la *Loi sur l'intérêt*.

L'article 3 de la *Loi sur l'intérêt*⁵ dispose pour sa part:

3. Sauf à l'égard des obligations qui existaient immédiatement avant le 7 juillet 1900, chaque fois que de l'intérêt est exigible par convention entre les parties ou en vertu de la loi, et qu'il n'est pas fixé de taux en vertu de cette convention ni par la loi, le taux de l'intérêt est de cinq pour cent par an.

Les tribunaux ont donné une interprétation libérale à l'article 3. Dans l'arrêt *Prince Albert Pulp Co. Ltd. et autre c. The Foundation Company of Canada, Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 200, à la page 211, le juge Martland a dit au nom de la Cour:

L'article 3 me paraît s'appliquer lorsque les parties à une convention ont convenu du versement d'un intérêt sans en fixer le taux, ou lorsque la loi porte qu'un intérêt sera versé sans préciser le taux. Dans l'arrêt *Toronto Railway* [[1906] A.C. 117], on a statué qu'une cour peut accorder un intérêt lorsque le paiement d'une juste dette a été indûment retenu et qu'il est juste et équitable que le débiteur dédommage le créancier en lui versant un intérêt [TRADUCTION] «à un taux qu'elle (la Cour) juge convenable». Lorsque par jugement, une cour accorde un intérêt conformément à ce principe, le taux qu'elle impose se trouve fixé par la loi et c'est celle-ci qui le fixe. Dans ce cas, l'article en question ne s'applique pas.

Le juge en chef Laskin, parlant au nom de la Cour dans l'arrêt *British Pacific Properties Ltd. c. Minister of Highways and Public Works*, [1980] 2 R.C.S. 283, aux pages 289-290; (1980), 33 N.R. 98, à la page 104, a exprimé une opinion semblable à celle-là:

A mon avis, rien ne justifie une distinction entre un intérêt accordé à un taux spécifié par un juge de première instance en vertu d'un pouvoir prévu par la loi et un intérêt accordé à un taux spécifié par des arbitres qui fixent une indemnité d'expropriation conformément à un pouvoir prévu par la loi. Dans les deux cas, l'intérêt est exigible en vertu de la loi et le taux est fixé par la loi, ce qui permet d'échapper au taux limité prescrit par l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt*. Qu'un intérêt soit versé (comme par exemple à l'égard d'une indemnité ou d'une dette) en vertu d'une loi qui prévoit elle-même le taux ou qui renvoie la détermination de l'indemnité et du taux à un juge, à un arbitre ou à un conseil d'arbitrage ou qui fournit une méthode de calcul du taux, il reste que le taux découle de la loi et est par conséquent fixé par la loi. J'estime qu'il faut donner une interprétation large à l'expression «fixé par la loi» de manière à englober la fixation d'un taux d'intérêt en vertu de la loi ou conforme à ses dispositions lorsque le taux qui en découle lie

⁵ R.S.C. 1970, c. I-18.

⁵ S.R.C. 1970, chap. I-18.

provision made in an applicable statute or in an agreement and no mechanism is provided by which a rate can be fixed.

The result of these cases is that section 3 of the *Interest Act* does not limit statutorily established judicial discretion with respect to post-judgment interest. Given the Supreme Court's liberal interpretation of the provision, it should not matter if it is a federally created Court applying a provincially legislated law on interest. This suffices with respect to any constitutional argument.

With regard to the interpretation of section 40 of the *Federal Court Act*, the wording of that section itself establishes full judicial discretion as to post-judgment interest; a recourse to section 3 of the *Interest Act* is not necessary if "otherwise ordered by the Court". We believe Addy J. had it right when he said, *supra*, at pages 401-402 F.C.; 319 C.P.R.:

In my view, section 40 of the *Federal Court Act* merely governs where the Court has not chosen to set any post-judgment interest. Where, however, it has decided to do so, then it may apply the regular post-judgment rate of the province whose laws govern the liability and, in addition, the court in such cases should normally apply that rate unless some particular circumstances exist which would justify a variation from the statutorily fixed provincial rate. This principle applies *a fortiori* where the case is one where the Federal Court and the appropriate Provincial Court share concurrent jurisdiction over the subject matter, in order, as previously stated, to avoid applicable substantive law from being determined by the choice of tribunal.

The learned Trial Judge was therefore correct in our view in turning for guidance to the relevant provincial law, in this instance section 137 of the *Courts of Justice Act*, 1984, of Ontario, and also in his interpretation of that law.

In sum, we would not vary the Trial Judge's award with respect to either pre-judgment or post-judgment interest.

At the conclusion of the hearing of this appeal, counsel for the defendant made an application for an increase in respect of party-party costs. He submitted that pursuant to the provisions of new

toutes les parties en cause. A mon avis, l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* ne s'applique qu'en l'absence de dispositions dans une loi applicable ou dans une convention et qu'aucun mécanisme n'est prévu pour fixer le taux.

a Il découle de ces arrêts que l'article 3 de la *Loi sur l'intérêt* ne restreint pas les pouvoirs discrétionnaires conférés par les lois aux tribunaux relativement à l'intérêt couru après jugement. Considérant l'interprétation libérale donnée par la Cour suprême à cette disposition, le fait qu'une Cour créée par le gouvernement fédéral applique une loi provinciale sur l'intérêt ne devrait rien y changer. La conclusion qui précède décide de tout argument fondé sur l'aspect constitutionnel de cette question.

c On constate, en interprétant l'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale*, que le libellé de cette disposition même confère à la Cour un plein pouvoir discrétionnaire relativement à l'intérêt couru après jugement; il n'est point nécessaire d'avoir recours à l'article 3 de la *Loi sur l'intérêt* s'il en est «autrement ordonné par la Cour». Nous sommes d'avis que le juge Addy a eu raison de dire, *supra*, aux pages 401-402 C.F.; 319 C.P.R.:

e À mon avis, l'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne s'applique que lorsque la Cour a choisi de ne pas fixer l'intérêt postérieur au jugement. Lorsqu'elle a cependant décidé de le faire, la cour peut alors appliquer le taux d'intérêt ordinaire postérieur au jugement qui est en vigueur dans la province dont les dispositions législatives déterminent l'assujettissement et elle devrait normalement appliquer ce taux dans de tels cas à moins qu'il n'existe des circonstances particulières qui permettraient d'y déroger. Ce principe s'applique *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'un cas où la Cour fédérale et la cour appropriée d'une province ont compétence concurrente pour connaître d'une affaire, afin d'éviter, comme je l'ai déjà dit, que les règles de fond applicables soient choisies en fonction du tribunal.

h Le juge de première instance a donc, selon nous, eu raison de se guider sur la loi provinciale pertinente, en l'espèce l'article 137 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, 1984, de l'Ontario, et a correctement interprété cette Loi.

i Bref, nous ne modifierions point le montant adjugé par le juge de première instance en ce qui regarde l'intérêt couru soit avant soit après le jugement.

À la fin de l'audition du présent appel, l'avocat de la défenderesse a présenté une demande visant l'augmentation des frais et dépens entre parties. Il a prétendu que, en vertu des dispositions de la

taxation Rule 344⁶ (effective April 2, 1987 [SOR/87-221, s. 2]) the Court would be justified, in the circumstances of this case, in exercising the discretion vested in it by directing the taxing officer to substantially increase the amounts specified in Tariff B [SOR/87-221, s. 8] with respect to the preparation for the hearing in the Court of Appeal (new Tariff B—item 1(1)(h)) and with respect to conduct of the hearing in the Court of Appeal (new Tariff B—item 1(1)(i)).

⁶ *Rule 344.* (1) The Court shall have full discretionary power over payment of the costs of all parties involved in any proceeding, the amount and allocation of those costs and determining the persons by whom they are to be paid.

(2) Costs may be awarded to or against the Crown.

(3) In exercising its discretionary power pursuant to subsection (1) the Court may consider

- (a) the result of the proceeding;
- (b) the amounts claimed and the amounts recovered;
- (c) the importance of the issues;
- (d) the apportionment of liability;
- (e) any confession of judgment under Rule 405 and the amount thereof;
- (f) any payment of money into Court under Rules 441 *et seq* and the amount of that payment;
- (g) any offer of settlement made in writing;
- (h) any offer of contribution made pursuant to Rule 1732 that is brought to its attention pursuant to a reserved right to do so;
- (i) the volume of work;
- (j) the complexity of the issues;
- (k) the conduct of any party that tended to shorten or to lengthen unnecessarily the duration of the proceeding;
- (l) the denial of or the neglect or refusal of any party to admit anything that should have been admitted;
- (m) whether any stage in the proceedings was,
 - (i) improper, vexatious, or unnecessary, or
 - (ii) taken through negligence, mistake or excessive caution;
- (n) whether or not two or more parties should be allowed more than one set of costs, where they defended the proceeding by different counsel or where, although they defended the proceeding by the same counsel, they separated their defence unnecessarily;
- (o) whether two or more parties, represented by the same counsel, initiated separate proceedings unnecessarily; and
- (p) any other matter relevant to the question of costs.

nouvelle Règle 344⁶ (entrée en vigueur le 2 avril 1987 [DORS/87-221, art. 2]) relative à la taxation, la Cour serait justifiée, dans les circonstances de l'espèce, d'exercer la discrétion qui lui est conférée en ordonnant à l'officier taxateur d'accroître de façon importante les montants précisés au tarif B [DORS/87-221 art. 8] à l'égard de la préparation de l'audition devant la Cour d'appel (nouveau tarif B—poste 1(1)h)) et à l'égard de l'audition elle-même devant la Cour d'appel (nouveau tarif B—poste 1(1)i)).

⁶ *Règle 344.* (1) La Cour a entière discrétion pour adjuger les frais et dépens aux parties à une instance, pour en déterminer la somme, pour les répartir et pour désigner les personnes qui doivent les supporter.

(2) Les dépens peuvent être adjugés à la Couronne ou contre elle.

(3) En exerçant sa discrétion conformément au paragraphe (1), la Cour peut tenir compte:

- a) du résultat de l'instance;
- b) des sommes réclamées et des sommes recouvrées;
- c) de l'importance des questions en litige;
- d) du partage de la responsabilité;
- e) de toute confession de jugement faite en vertu de la règle 405 et de la somme y afférente;
- f) de toute consignation d'argent à la Cour en vertu des règles 441 et suivantes et du montant de cette consignation;
- g) de toute offre de règlement présentée par écrit;
- h) de toute offre de contribution, faite en vertu de la règle 1732, qui est portée à l'attention de la Cour par une partie exerçant un droit réservé à cette fin;
- i) de la charge de travail;
- j) de la complexité des questions en litige;
- k) de la conduite d'une partie qui aurait abrégé ou prolongé inutilement la durée de l'instance;
- l) de la dénégation d'un fait par une partie ou de sa négligence ou son refus de l'admettre, lorsque ce fait aurait dû être admis;
- m) de la question de savoir si une procédure:
 - (i) était inappropriée, vexatoire ou inutile, ou
 - (ii) a été accomplie de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection;
- n) de la question de savoir si on devrait accorder plus d'un mémoire de frais lorsque deux ou plusieurs parties sont représentées par différents avocats ou lorsque, étant représentées par le même avocat, elles ont séparé leur défense sans raison valable;
- o) de la question de savoir si deux ou plusieurs parties représentées par le même avocat ont engagé des instances distinctes sans raison valable; et
- p) de toute autre question pouvant influencer sur la détermination des dépens.

In support of this request, counsel submitted that paragraphs (a),(b),(c),(e),(i) and (j) of Rule 344(3) were relevant to this appeal and a consideration of these circumstances by the Court would justify a substantial increase in items 1(1)(h) and 1(1)(i) in new Tariff B referred to *supra*.

Counsel for the plaintiff, however, referred to the provisions of Rule 346.1(2) (also effective April 2, 1987 [SOR/87-221, s. 4]) which reads:

Rule 346.1 ...

(2) The new taxation rules do not apply where, within 90 days after the coming into force of the new taxation rules, any party to a proceeding commenced before that day files with the Court a notice that the costs shall be determined without reference to the new taxation rules.

As noted, *supra*, the new taxation rules came into force on April 2, 1987. We are advised by the Registry that counsel for the plaintiff filed the notice contemplated by Rule 346.1(2) *supra*, on June 2, 1987. Since that notice was filed well within the transition time period set out in Rule 346.1(2) *supra*, it follows that the costs herein fall to be determined without reference to the new taxation Rules.

Counsel for the defendant submitted further, however, that even under the old Rules respecting costs, the defendant was entitled to increased costs. In our view, the proper procedure in such circumstances would be to follow the provisions of subsection (7) of Rule 344 as it read prior to April 2, 1987:

Rule 344. ...

(7) Any party may

(a) after judgment has been pronounced within the time allowed by Rule 337(5) to move the Court to reconsider the pronouncement, or

(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. An application under this paragraph in the Court of Appeal shall be made before the Chief Justice or a judge nominated by him but either party may apply to a Court composed of at least three judges to review a decision so obtained.

À l'appui de sa demande, cet avocat a prétendu que les alinéas a),b),c),e),i) et j) de la Règle 344(3) étaient pertinents au présent appel et que la Cour trouvera justifiée, si elle examine les circonstances dont ils font état, une augmentation importante des montants alloués sous les postes 1(1)h) et 1(1)i) du nouveau tarif B mentionnés ci-haut.

L'avocat de la demanderesse, toutefois, a fait référence aux dispositions de la Règle 346.1(2) (également entrée en vigueur le 2 avril 1987 [DORS/87-221, art. 4]), qui est ainsi libellée:

Règle 346.1 ...

(2) Les nouvelles règles sur la taxation ne s'appliquent pas lorsque, dans les 90 jours suivant la date de leur entrée en vigueur, une partie à une instance engagée avant cette date dépose devant la Cour un avis portant que les dépens seront déterminés sans tenir compte des nouvelles règles sur la taxation.

Ainsi qu'il a déjà été noté, les nouvelles règles sur la taxation sont entrées en vigueur le 2 avril 1987. Le greffe de la Cour nous informe que l'avocat de la demanderesse a déposé l'avis prévu à la Règle 346.1(2) précitée le 2 juin 1987. Cet avis ayant clairement été déposé au cours de la période de transition établie à la Règle 346.1(2) précitée, les dépens en l'espèce doivent être déterminés sans tenir compte des nouvelles Règles sur la taxation.

L'avocat de la défenderesse a toutefois également prétendu que même les anciennes Règles sur les dépens lui donnaient droit à des dépens accrus. Selon nous, dans de telles circonstances, il y aurait lieu de suivre les dispositions du paragraphe (7) de la Règle 344 en vigueur avant le 2 avril 1987:

Règle 344. ...

(7) Une partie peut

a) après le prononcé du jugement, dans le délai accordé par la Règle 337(5) pour requérir la Cour d'examiner de nouveau le prononcé du jugement, ou

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. Une demande faite à la Cour d'appel en vertu du présent alinéa doit être faite devant le juge en chef ou un juge désigné par lui, mais l'une ou l'autre partie peut demander à un tribunal composé d'au moins trois juges de la Cour d'examiner une décision ainsi obtenue.

Having regard to the provisions of that subsection, we see no reason why the normal practice should not be followed in this appeal. That practice permits a successful party, if so advised, to seek special directions with respect to costs pursuant to Rules 344(7) and 337(5) and within the time delays prescribed by Rule 337(5).

For all of the above reasons, the appeal of the plaintiff should be dismissed with costs while the cross-appeal of the defendant should be allowed with costs and the award of the referee restored together with pre- and post-judgment interest thereon as awarded by the Trial Judge. Pursuant to Rule 337(2)(b), counsel for the defendant may prepare a draft of an appropriate judgment to implement the Court's conclusions herein and move for judgment accordingly.

Considérant les dispositions de ce paragraphe, nous ne voyons pas pourquoi la pratique normale ne serait pas suivie dans le cadre du présent appel. Selon cette pratique, la partie ayant eu gain de cause, et avisée en ce sens, peut, dans les délais prescrits à la Règle 337(5), solliciter des directives spéciales à l'égard des dépens conformément aux Règles 344(7) et 337(5).

Pour tous les motifs qui précèdent, l'appel de la demanderesse devrait être rejeté avec dépens tandis que l'appel incident interjeté par la défenderesse devrait être accueilli avec dépens et le montant adjugé par l'arbitre devrait être rétabli et assorti de l'intérêt adjugé par le juge de première instance relativement à la période préalable et à la période postérieure au jugement. En vertu de la Règle 337(2)b), l'avocat de la défenderesse peut préparer un projet de jugement approprié pour donner effet aux conclusions tirées par la Cour en l'espèce et demander que ce jugement soit prononcé.