

A-85-01  
2002 FCA 417

A-85-01  
2002 CAF 417

**Consorzio del Prosciutto di Parma** (*Appellant*)

v.

**Maple Leaf Meats Inc.** (*Respondent*)

*INDEXED AS: CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI PARMA v. MAPLE LEAF MEATS INC. (C.A.)*

Court of Appeal, Décary, Rothstein and Nadon JJ.A.—  
Ottawa, October 28, 2002.

*Practice — Costs — Motion for increased costs under Federal Court Rules, 1998, r. 403 — Application of r. 403 in context of Court of Appeal judgment — Numerous issues raised on appeal involving complex facts, expert evidence (Décary J.A. dissenting) in part — Amount of work required of respondent's counsel justifying increased costs — Increased costs so awarded party-and-party costs.*

This was a motion for increased costs under rule 403 of the *Federal Court Rules, 1998* whereby the respondent asked the Court to award a lump sum of \$40,000 party-and-party costs. McKeown J. dismissed the application under section 57 of the *Trade-Marks Act* to expunge from the Register of Trade-Marks the respondent's mark "Parma" and asked the parties to make written submissions should they not agree on costs. The appellant filed a notice of appeal with respect to that order. Subsequently McKeown J. awarded the "costs to the Respondent (Maple Leaf) on a party and party basis, to be assessed at the high end of Column 3". The appellant filed a second notice of appeal. The first appeal was dismissed with costs and the second was dismissed without costs. The respondent made the within motion in the first appeal, alleging that the appeal had raised complex questions of fact and, in particular, complex matters relevant to survey evidence. The appellant asked that the motion be dismissed with costs.

*Held* (Décary J.A. dissenting in part), the motion should be allowed to the extent that the respondent should be awarded party-and-party costs of \$25,000.

*Per* Rothstein J.A. (Nadon J.A. concurring): A motion under rule 403 must be considered a statutorily sanctioned

**Consorzio del Prosciutto di Parma** (*appelante*)

c.

**Maple Leaf Meats Inc.** (*intimée*)

*RÉPERTORIÉ: CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI PARMA c. MAPLE LEAF MEATS INC. (C.A.)*

Cour d'appel, juges Décary, Rothstein et Nadon, J.C.A.—  
Ottawa, 28 octobre 2002.

*Pratique — Frais et dépens — Requête demandant des dépens supplémentaires en vertu de la règle 403 des Règles de la Cour fédérale (1998) — Application de la règle 403 dans le contexte du jugement de la Cour d'appel — Nombreuses questions soulevées en appel comportant des faits complexes, des témoignages d'experts (juge Décary, J.C.A., dissident en partie) — La quantité de travail nécessaire de la part des avocats de l'intimée justifiait l'octroi de dépens supplémentaires — Dépens supplémentaires accordés sur la base des dépens partie-partie.*

Il s'agit d'une requête demandant des dépens supplémentaires en vertu de la règle 403 des *Règles de la Cour fédérale, 1998*, par laquelle l'intimée a demandé à la Cour de lui adjuger des dépens partie-partie au montant de 40 000 \$. Le juge McKeown avait rejeté la demande présentée en vertu de l'article 57 de la *Loi sur les marques de commerce* pour faire radier du registre des marques de commerce la marque «Parma» de l'intimée et avait demandé aux parties de déposer des observations écrites si elles ne s'entendaient pas sur les dépens. L'appelante a déposé un avis d'appel à l'égard de cette ordonnance. Par la suite, le juge McKeown a adjugé les «dépens à l'intimée (Maple Leaf) sur une base de frais entre parties, devant être taxés selon la valeur la plus élevée de la colonne 3». L'appelante a déposé un second avis d'appel. Le premier appel a été rejeté avec dépens et le second a été rejeté sans dépens. L'intimée a déposé la présente requête liée au premier appel, soutenant que l'appel avait soulevé des questions de fait complexes et, en particulier, des affaires complexes se rapportant à la preuve par sondage. L'appelante a demandé le rejet de la requête avec dépens.

*Arrêt* (le juge Décary, J.C.A. dissident en partie), la requête est accueillie dans la mesure où l'intimée a droit à des dépens partie-partie au montant de 25 000 \$.

Le juge Rothstein, J.C.A. (avec l'accord du juge Nadon J.C.A.): Une requête déposée en vertu de la règle 403 doit être

procedure for the amendment or variation of a judgment. In that context, the panel of the Appeal Division who decided the matter should decide a motion under rule 403, unless it is impracticable or impossible, in which case the Chief Justice may designate another judge or panel to decide the matter. A motion under rule 403 is for directions to an assessment officer. Nothing in rule 403 precludes the panel of the Appeal Division from making a lump-sum award of costs and directing the assessment officer to assess costs on that basis.

The respondent should be awarded increased costs. Where, as here, numerous issues are raised on appeal involving complex facts and expert evidence, the amount of work required of respondent's counsel justified increased costs. Such costs are party-and-party costs. They do not indemnify the successful party for its solicitor-client costs and they are not intended to punish the unsuccessful party for inappropriate conduct. An award of party-and-party costs is not an exact science. It is only an estimate of the amount the Court considers appropriate as a contribution towards the successful party's solicitor-client costs, not rigid adherence to column III of the table to Tariff B which is, itself, arbitrary. The first principle in the adjudication of costs is that the Court has "full discretionary power" as to the amount of costs. Column III of Tariff B is a default provision. Only when the Court does not make a specific order otherwise will costs be assessed in accordance with column III of Tariff B. The Court, therefore, does have discretion to depart from the Tariff, especially where it considers an award of costs according to the Tariff to be unsatisfactory. The award of costs is a matter of judgment as to what is appropriate and not an accounting exercise. The respondent was awarded party-and-party costs of \$25,000, inclusive of fees, disbursements and GST and the costs of this motion.

*Per Décaré J.A. (dissenting in part):* Any motion under rule 403 for directions to be given to the assessment officer that purports to modify the basis for assessment and/or the applicable column is a motion seeking to vary the order of the Court. Since the "directions" would modify the order of the Court, they must be given by the same panel that made the original order. Rule 403(3) is intended for the Trial Division. It should not be interpreted in the context of Court of Appeal judgment so as to confer jurisdiction on the judge "who signed the judgment", rather than the full panel. Any variation of the award of costs is a variation of the judgment and a single judge has no jurisdiction to vary a judgment of the Court. The

considérée comme une procédure sanctionnée par la loi en vue de la modification d'un jugement. Dans ce contexte, la formation de la Section d'appel qui a tranché la question doit décider de la requête présentée en vertu de la règle 403, à moins que cela ne soit impraticable ou impossible, auquel cas, le juge en chef peut désigner un autre juge ou une autre formation pour trancher la question. Une requête présentée en vertu de la règle 403 demande que des directives soient données à l'officier taxateur. Rien dans cette règle n'empêche la formation de la Section d'appel d'adjuger des dépens sous forme de montant forfaitaire et d'ordonner à l'officier taxateur de taxer les dépens sur cette base.

L'intimée doit se voir adjuger des dépens supplémentaires. Lorsque, comme en l'espèce, de nombreuses questions sont soulevées en appel et qu'elles comportent des faits complexes ainsi que des témoignages d'expert, la quantité de travail requis de la part des avocats de l'intimée justifiait une augmentation des dépens. Lesdits dépens sont des dépens partie-partie. Ils ne dédommagent pas la partie qui a obtenu gain de cause de ses dépens avocat-client et ils ne visent pas à punir la partie déboutée pour son comportement non approprié. Une adjudication de dépens partie-partie ne constitue pas un exercice exact. Il ne s'agit que d'une estimation du montant que la Cour juge approprié à titre de contribution aux dépens avocat-client de la partie qui a obtenu gain de cause et non d'une stricte observation de la colonne III du tableau du tarif B qui est, en lui-même, arbitraire. Selon le principe premier de l'adjudication des dépens, la Cour a «entière discrétion» quant au montant des dépens. La colonne III du tarif B représente une disposition applicable par défaut. Ce n'est que lorsque la Cour ne rend pas une ordonnance précise que les dépens seront taxés conformément à la colonne III du tarif B. Par conséquent, la Cour peut, à sa discrétion, ne pas tenir compte du tarif, particulièrement lorsqu'elle est d'avis qu'une adjudication des dépens conformément au tarif n'est pas satisfaisante. L'adjudication des dépens est une question de jugement en ce qui concerne les éléments appropriés, et non un exercice comptable. L'intimée a droit à des dépens partie-partie de 25 000 \$, y compris les frais, les débours, la TPS et les dépens de la présente requête.

*Le juge Décaré, J.C.A. (dissent en partie):* Toute requête présentée en vertu de la règle 403, demandant que des directives soient données à l'officier taxateur, et qui est réputée modifier le fondement de la taxation ou de la colonne applicable, est une requête qui vise la modification de l'ordonnance rendue par la Cour. Comme les «directives» modifieraient l'ordonnance de la Cour, elles doivent être données par la même formation qui a rendu l'ordonnance initiale. Le paragraphe 403(3) des Règles concerne la Section de première instance. Il ne devrait pas être interprété, dans le contexte d'un jugement rendu par la Cour d'appel, de façon à donner compétence au juge «qui a signé le jugement» plutôt qu'à

Rules must be interpreted in context. Where they fail to distinguish between the Trial Division and the Court of Appeal, any literal interpretation which leads to a fundamental misunderstanding of the appeal process should be avoided. It does not appear from its minutes that the attention of the Rules Committee was drawn to the issue of quorum.

The Supreme Court of Canada has made it clear that awarding costs on a solicitor-and-client basis (which are the costs actually incurred by a litigant) remains exceptional and is generally associated with reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties. The factors listed in subsection 400(3) were largely inapplicable. The issues were typical of those argued in trade-mark appeals and none of them involved particularly complex issues of fact and law. The appeal was conducted in the usual manner and no allegation was made that it was conducted improperly by counsel for the appellant. That costs were assessed at the upper end of column III in the Trial Division was relevant but not determinative with respect to the process in the Court of Appeal. That the respondent won on appeal militated in favour of costs being awarded to it, not in favour of higher costs. There was nothing unusual in the result achieved by the respondent. That "a substantial amount of work" was conducted does not necessarily lead to the conclusion that all the work done was necessary or that the losing party should automatically be made liable for the billing rates the winning party was prepared to pay to its own counsel. However, the work done in preparation for the hearing of the appeal should be taken into account. The Court always retains its discretion under subsection 400(4) to award "a lump sum in lieu of, or in addition to, any assessed costs", but such discretion should be exercised in exceptional cases only and in a manner that can be proportionally related to the Tariff. This case was not exceptional. Arbitrary use of the Court's discretion would run contrary to the principle of judicial comity. The attribution of lump sums far exceeding the amounts permissible under Tariff B in order to compensate for part of the actual costs incurred by a litigant in a non-exceptional case is likely to lead to an undermining of the Tariff, as well as unpredictability, arbitrariness and unfairness in costs awards. The ability to estimate the cost of litigation plays an important role in one's access to the courts. Any substantial change in the Court's practice should be left to the Rules Committee. The assessment officer should be directed, under rule 403, to assess the costs on appeal in the form of a lump sum of \$10,000 inclusive of fees and disbursements.

toute la formation. Toute modification de l'adjudication des dépens constitue une modification du jugement et un juge siégeant seul n'a pas la compétence voulue pour modifier un jugement rendu par la Cour. Les règles doivent être interprétées selon le contexte. Lorsqu'elles n'établissent pas de distinction entre la Section de première instance et la Section d'appel, toute interprétation littérale qui entraînerait un malentendu fondamental du processus d'appel devrait être évitée. Il ne ressort pas du procès-verbal du Comité des règles que l'attention de ce dernier a été attirée sur la question du quorum.

La Cour suprême du Canada a précisé que l'adjudication de dépens sur la base avocat-client (qui sont, en fait, les dépens réellement engagés par une partie) demeure exceptionnelle et qu'elle est en général associée à une conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties. Les facteurs énumérés au paragraphe 400(3) des Règles étaient en grande partie inapplicables. Les questions soulevées étaient typiques de celles invoquées dans des appels concernant des marques de commerce et aucune d'elles ne visait des questions particulièrement complexes de fait et de droit. L'appel a été entendu de la manière habituelle, et aucune allégation relative à la conduite incorrecte de l'avocat de l'appelante n'a été formulée. Le fait que les dépens ont été taxés selon la valeur maximale de la colonne III en Section de première instance était pertinent mais, en aucune façon, déterminant en ce qui concerne la procédure se déroulant devant la Cour d'appel. Le fait que l'intimée ait obtenu gain de cause en appel militait en faveur de l'adjudication des dépens à cette dernière et non en faveur de dépens plus élevés. Il n'y avait rien d'inhabituel en ce qui concerne le résultat obtenu par l'intimée. Le fait qu'une «quantité considérable de travail» ait été accomplie ne mène pas nécessairement à la conclusion que tout le travail était nécessaire ou que la partie déboutée devrait automatiquement être tenue responsable des taux de facturation que la partie qui a obtenu gain de cause était prête à payer à son propre avocat. Cependant, le travail accompli lors de la préparation de l'audition de l'appel devrait être considéré. La Cour conserve toujours son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 400(4) d'adjuger «une somme globale au lieu ou en sus des dépens taxés», mais un tel pouvoir discrétionnaire ne devrait être exercé que dans des cas exceptionnels et d'une manière proportionnelle au tarif. Le présent cas n'était pas exceptionnel. Le recours arbitraire au pouvoir discrétionnaire de la Cour serait contraire au principe de la courtoisie judiciaire. L'attribution de montants forfaitaires largement supérieurs aux montants autorisés en vertu du tarif B afin de compenser en partie les dépens réels engagés par une partie dans un cas qui n'est pas exceptionnel aurait probablement pour effet de saper le tarif, ce qui à son tour entraînerait probablement des dépens imprévisibles, arbitraires et, en bout de ligne, inéquitable. La capacité à estimer le coût d'un litige joue un rôle important lorsque l'on s'adresse aux tribunaux. Tout changement important des pratiques de la Cour devrait

être laissé au Comité des règles. Il est ordonné à l'officier taxateur, en vertu de la règle 403, de taxer les dépens en appel sous la forme d'un montant forfaitaire de 10 000 \$, y compris les frais et les débours.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 16(2) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 2), 45.1 (as enacted *idem*, s. 13), 46(1)(g).

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 344(7) (am. by SOR/87-221, s. 2), 346, Tariff B (as am. by SOR/87-221, s. 8; 95-282, s. 5).

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 2 "Court", 3, 56, 397, 399, 400, 403, 407, Tariff B, Column III.

*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 57.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Hamilton Marine & Engineering Ltd. v. CSL Group Inc.* (1995), 99 F.T.R. 285 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Sim & McBurney v. Buttino Investments Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 512; 221 N.R. 209 (F.C.A.); *Conorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc.*, [2001] 2 F.C. 536; (2001), 11 C.P.R. (4th) 48; 205 F.T.R. 176 (T.D.); *affd* (2002), 18 C.P.R. (4th) 414; 291 N.R. 305 (F.C.A.); *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1979] 1 F.C. 801; [1977] C.T.C. 283; (1977), 77 DTC 5198; 16 N.R. 38 (C.A.); *Wihksne v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 356; [2002] F.C.J. No. 1394 (C.A.) (QL).

##### REFERRED TO:

*Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*, [1999] 2 F.C. 175; (1998), 85 C.P.R. (3d) 219 (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

MOTION for increased costs under rule 403 of the *Federal Court Rules, 1998* whereby the respondent requested a lump sum of \$40,000 party-and-party costs. Motion allowed to the extent that the respondent was awarded party-and-party costs of \$25,000.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 16(2) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 2), 45.1 (édicte, *idem*, art. 13), 46(1)g).

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 57.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 344(7) (mod. par DORS/87-221, art. 2), 346, tarif B (mod. par DORS/87-221, art. 8; 95-282, art. 5).

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 2 «Cour», 3, 56, 397, 399, 400, 403, 407, tarif B, colonne III.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Hamilton Marine & Engineering Ltd. c. CSL Group Inc.* (1995), 99 F.T.R. 285 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Sim & McBurney c. Buttino Investments Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 512; 221 N.R. 209 (C.A.F.); *Conorzio del Prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc.*, [2001] 2 C.F. 536; (2001), 11 C.P.R. (4th) 48; 205 F.T.R. 176 (1<sup>re</sup> inst.); *conf. par* (2002), 18 C.P.R. (4th) 414; 291 N.R. 305 (C.A.F.); *Smerchanski c. Ministre du Revenu national*, [1979] 1 C.F. 801; [1977] C.T.C. 283; (1977), 77 DTC 5198; 16 N.R. 38 (C.A.); *Wihksne c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 356; [2002] F.C.J. n° 1394 (C.A.) (QL).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, [1999] 2 C.F. 175; (1998), 85 C.P.R. (3d) 219 (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

REQUÊTE demandant des dépens supplémentaires en vertu de la règle 403 des *Règles de la Cour fédérale, 1998*, par laquelle l'intimée a réclamé des dépens partie-partie au montant de 40 000 \$. Requête accueillie dans la mesure où l'intimée a droit à des dépens partie-partie au montant de 25 000 \$.

## WRITTEN REPRESENTATIONS BY:

*Brian D. Edmonds* for appellant.  
*James H. Buchan and A. Kelly Gill* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for appellant.  
*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Toronto, for respondent.

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

[1] ROTHSTEIN J.A.: This is a motion for increased costs under rule 403 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106. The material filed indicates that the respondent incurred solicitor-and-client fees and disbursements, including GST, of \$80,707.59. The respondent asked the Court to award a lump sum of \$40,000 party-and-party costs.

[2] Rule 403 provides:

**403.** (1) A party may request that directions be given to the assessment officer respecting any matter referred to in rule 400,

(a) by serving and filing a notice of motion within 30 days after judgment has been pronounced; or

(b) in a motion for judgment under subsection 394(2).

(2) A motion may be brought under paragraph (1)(a) whether or not the judgment included an order concerning costs.

(3) A motion under paragraph (1)(a) shall be brought before the judge or prothonotary who signed the judgment.

[3] A preliminary question is whether the words of subsection 403(3) permit the motion to be determined by the judge who signed the judgment, or whether it should be decided by the panel that heard the appeal. I am of the view that interpreted in context, subsection 403(3) intends that a motion brought under rule 403 be decided by the panel of the Appeal Division who heard the appeal. Paragraph 403(1)(a) provides for a motion for directions after judgment has been pronounced.

## OBSERVATIONS ÉCRITES DÉPOSÉES PAR:

*Brian D. Edmonds* pour l'appelante.  
*James H. Buchan et A. Kelly Gill* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, pour l'appelante.  
*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Toronto, pour l'intimée.

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

[1] LEJUGEROTHSTEIN, J.C.A.: Il s'agit d'une requête demandant des dépens supplémentaires en vertu de la règle 403 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* DORS/98-106. Les documents déposés indiquent que l'intimée a engagé des dépens avocat-client et des débours, y compris la TPS, de 80 707,59 \$. L'intimée a demandé que la Cour lui adjuge un montant forfaitaire de 40 000 \$ à titre de dépens partie-partie.

[2] La règle 403 prévoit ce qui suit:

**403.** (1) Une partie peut demander que des directives soient données à l'officier taxateur au sujet des questions visées à la règle 400:

a) soit en signifiant et en déposant un avis de requête dans les 30 jours suivant le prononcé du jugement;

b) soit par voie de requête au moment de la présentation de la requête pour jugement selon le paragraphe 394(2).

(2) La requête visée à l'alinéa (1)a) peut être présentée que le jugement comporte ou non une ordonnance sur les dépens.

(3) La requête visée à l'alinéa (1)a) est présentée au juge ou au protonotaire qui a signé le jugement.

[3] Une question préliminaire consiste à se demander si les mots du paragraphe 403(3) permettent au juge qui a signé le jugement de statuer sur la requête ou si c'est la formation qui a entendu l'appel qui devrait le faire. Je suis d'avis que, selon son contexte, le paragraphe 403(3) a pour objectif de permettre qu'une requête présentée en vertu de la règle 403 soit décidée par la formation de la Section d'appel qui a entendu l'appel. L'alinéa 403(1)a) prévoit qu'une requête demandant des directives peut-

Subsection 403(2) provides that a motion for directions under subsection 403(1) may be brought even if the judgment that has been pronounced did not include an order concerning costs. Therefore, a motion under rule 403 must be considered a statutorily sanctioned procedure for the amendment or variation of a judgment. In that context, the panel that decided the matter should decide a motion under rule 403, unless it is impracticable or impossible, in which case, pursuant to rule 3, the Chief Justice may designate another judge or panel to decide the matter.

[4] A motion under rule 403 is for directions to an assessment officer. Nothing in rule 403 precludes the prothonotary or judge of the Trial Division or panel of the Appeal Division from directing the assessment officer to assess increased costs on the basis of a lump-sum award. Therefore, I interpret rule 403 as permitting the panel of the Appeal Division to make a lump-sum award of costs as is requested in this motion and direct the assessment officer to assess costs on that basis.

[5] The respondent has submitted that 12 issues were raised on appeal and each required a full response. The issues involved complex questions of fact, including having to deal with expert evidence and survey methodology. The argument in the appeal lasted close to a whole day.

[6] I am satisfied in the circumstances of this case, that the respondent should be awarded increased costs. This is an intellectual property matter involving sophisticated clients. Where, as here, numerous issues are raised on appeal and the issues involve complex facts and expert evidence, the amount of work required of respondent's counsel justifies increased costs. To the argument that the complexity of this case was no greater than that of most intellectual property cases that come before this Court, I would say that such cases frequently present complex facts and give rise to difficult issues.

être présentée suivant le prononcé du jugement. L'alinéa 403(2) prévoit qu'une requête demandant des directives en vertu du paragraphe 403(1) peut être présentée même si le jugement qui a été prononcé ne comportait pas d'ordonnance sur les dépens. Par conséquent, une requête déposée en vertu de la règle 403 doit être considérée comme une procédure sanctionnée par la loi en vue de la modification d'un jugement. Dans ce contexte, la formation qui a tranché la question devrait décider de la requête déposée en vertu de la règle 403, à moins que cela ne soit impraticable ou impossible, auquel cas, en vertu de la règle 3, le juge en chef peut désigner un autre juge ou une autre formation pour trancher la question.

[4] Une requête présentée en vertu de la règle 403 demande que des directives soient données à l'officier taxateur. Rien dans cette règle n'empêche le prothonotaire, le juge de la Section de première instance ou la formation de la Section d'appel d'ordonner à l'officier taxateur d'augmenter les dépens en adjugeant un montant forfaitaire. Par conséquent, selon mon interprétation, la règle 403 permet à la formation de la Section d'appel d'adjuger des dépens sous forme de montant forfaitaire comme il est demandé dans la présente requête et d'ordonner à l'officier taxateur de taxer les dépens sur cette base.

[5] L'intimée a soutenu que 12 questions avaient été soulevées en appel et que chacune d'elles nécessitait une réponse complète. Il s'agissait de questions de fait complexes, dont le témoignage d'expert et les méthodes d'enquête. L'argumentation en appel a duré près d'une journée complète.

[6] Je suis convaincu, dans les circonstances de l'affaire, que l'intimée devrait se voir adjuger des dépens supplémentaires. Il s'agit d'un cas de propriété intellectuelle concernant des clients avertis. Lorsque, comme en l'espèce, de nombreuses questions sont soulevées en appel et qu'elles comportent des faits complexes ainsi que des témoignages d'expert, la quantité de travail requis de la part des avocats de l'intimée justifie une augmentation des dépens. Pour ce qui est de l'argument selon lequel la complexité de l'affaire n'était pas supérieure à celle de la plupart des cas de propriété intellectuelle qui sont entendus par cette Cour, je dirai que ces affaires présentent souvent des

[7] The increased costs to be awarded are party-and-party costs. They do not indemnify the successful party for its solicitor-client costs and they are not intended to punish the unsuccessful party for inappropriate conduct.

[8] An award of party-and-party costs is not an exercise in exact science. It is only an estimate of the amount the Court considers appropriate as a contribution towards the successful party's solicitor-client costs (or, in unusual circumstances, the unsuccessful party's solicitor-and-client costs). Under rule 407, where the parties do not seek increased costs, costs will be assessed in accordance with column III of the table to Tariff B. Even where increased costs are sought, the Court, in its discretion, may find that costs according to column III provide appropriate party-and-party compensation.

[9] However, the objective is to award an appropriate contribution towards solicitor-client costs, not rigid adherence to column III of the table to Tariff B which is, itself, arbitrary. Subsection 400(1) makes it clear that the first principle in the adjudication of costs is that the Court has "full discretionary power" as to the amount of costs. In exercising its discretion, the Court may fix the costs by reference to Tariff B or may depart from it. Column III of Tariff B is a default provision. It is only when the Court does not make a specific order otherwise that costs will be assessed in accordance with column III of Tariff B.

[10] The Court, therefore, does have discretion to depart from the Tariff, especially where it considers an award of costs according to the Tariff to be unsatisfactory. Further, the amount of solicitor-and-client costs, while not determinative of an appropriate party-and-party contribution, may be taken into account when the Court considers it appropriate to do so. Discretion should be prudently exercised. However, it must be borne in mind that the award of costs is a matter of judgment as to what is appropriate and not an

faits complexes et qu'elles entraînent des questions difficiles.

[7] Les dépens supplémentaires à être adjugés sont des dépens partie-partie. Ils ne dédommagent pas la partie qui a obtenu gain de cause de ses dépens avocat-client et ils ne visent pas à punir la partie déboutée pour son comportement non approprié.

[8] Une adjudication de dépens partie-partie ne constitue pas un exercice exact. Il ne s'agit que d'une estimation du montant que la Cour juge approprié à titre de contribution aux dépens avocat-client de la partie qui a obtenu gain de cause (ou, de façon inhabituelle, à ceux de la partie déboutée). En vertu de la règle 407, lorsque les parties ne cherchent pas à obtenir des dépens supplémentaires, les dépens seront taxés conformément à la colonne III du tableau du tarif B. Même lorsque l'on demande des dépens supplémentaires, la Cour, à sa discrétion, peut conclure que les dépens adjugés selon la colonne III constituent un dédommagement suffisant quant aux dépens partie-partie.

[9] Cependant, l'objectif consiste à contribuer d'une manière appropriée aux dépens avocat-client et non à observer strictement la colonne III du tableau du tarif B qui, en lui-même, est arbitraire. Le paragraphe 400(1) précise que, suivant le principe premier de l'adjudication des dépens, la Cour a «entière discrétion» quant au montant des dépens. En exerçant son pouvoir discrétionnaire, la Cour peut fixer les dépens en se fondant sur le tarif B ou en s'en éloignant. La colonne III du tarif B représente une disposition applicable par défaut. Ce n'est que lorsque la Cour ne rend pas une ordonnance précise que les dépens seront taxés conformément à la colonne III du tarif B.

[10] Par conséquent, la Cour peut, à sa discrétion, ne pas tenir compte du tarif, particulièrement lorsqu'elle est d'avis qu'une adjudication des dépens conformément au tarif n'est pas satisfaisante. En outre, le montant des dépens avocat-client, bien qu'il ne détermine pas la contribution appropriée des dépens partie-partie, peut être considéré par la Cour si cette dernière le juge approprié. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec prudence. Toutefois, on doit garder à l'esprit que l'adjudication des dépens est une question de jugement

accounting exercise.

[11] I think this approach is consistent in today's context with the observations of Nadon J. (as he then was) in *Hamilton Marine & Engineering Ltd. v. CSL Group Inc.* (1995), 99 F.T.R. 285 (F.C.T.D.), at paragraph 22:

I indicated to counsel during the hearing that there was no doubt that, in most cases, the fees provided in Tariff B were not sufficient to fully compensate a successful party. I also indicated to counsel during the hearing that, in my view, the tariff necessarily had to remain the rule and that an increase of the tariff fee was the exception. By that I mean that the discretion given to the Court to increase the tariff amounts pursuant to rule 344(1) and (6) of the *Federal Court Rules* was not to be exercised lightly. Put another way, the fact that the successful party's legal costs were far superior to the amounts to which that party was entitled under the tariff, was not in itself a factor for allowing an increase in those fees.

[12] One advantage of a lump-sum award of costs is the saving in costs to the parties that would otherwise be incurred in the assessment process. However, a lump-sum award of costs may not be appropriate in all cases. Nor, of course, is any panel of the Appeal Division or prothonotary or judge of the Trial Division bound to award a lump sum of costs merely because that is requested. Nonetheless, I would suggest that it would be good practice for counsel to be prepared to address costs at the conclusion of proceedings in the event the matter is disposed of from the Bench and the Court elects to offer to fix costs on a lump-sum basis at that time.

[13] In the circumstances of this case, and having regard to the submissions of both parties, I would award the respondent party-and-party costs of \$25,000, inclusive of fees, disbursements and GST and the costs of this motion, and direct the assessment officer to assess costs accordingly.

NADON J.A.: I agree.

en ce qui concerne les éléments appropriés, et non un exercice comptable.

[11] Je crois que cette approche est conforme, dans un contexte contemporain, aux observations du juge Nadon (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Hamilton Marine & Engineering Ltd. c. CSL Group Inc.* (1995), 99 F.T.R. 285 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 22:

J'ai indiqué aux avocats pendant l'audience qu'il ne faisait aucun doute que, dans la plupart des cas, les frais prévus au tarif B ne sont pas suffisants pour dédommager entièrement la partie qui a gain de cause. Je leur ai également indiqué qu'à mon avis le tarif doit nécessairement demeurer la règle et qu'une augmentation des frais prévus au tarif doit être l'exception. Je voulais dire que le pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour d'augmenter les sommes prévues au tarif, aux termes des paragraphes 344(1) et (6) des *Règles de la Cour fédérale*, ne doit pas être exercé à la légère. Autrement dit, le fait que les frais juridiques de la partie qui obtient gain de cause soient de beaucoup supérieurs aux sommes auxquelles cette partie a droit en vertu du tarif n'est pas en soi un facteur justifiant la majoration des frais prévus.

[12] L'économie que les parties réalisent en ce qui concerne les dépens, qui autrement seraient engagés dans le processus de la taxation, représente un avantage de l'adjudication de dépens sous forme d'un montant forfaitaire. Cependant, une telle adjudication peut ne pas être appropriée dans tous les cas. Bien entendu, une formation de la Section d'appel, un protonotaire ou un juge de la Section de première instance n'est pas non plus obligé d'accorder un montant forfaitaire simplement parce qu'on en fait la demande. Néanmoins, je pense que les avocats devraient être prêts à aborder des dépens à la conclusion de l'instance, dans l'éventualité où le litige serait tranché à l'audience et si la Cour choisissait d'offrir de fixer les dépens sous forme d'un montant forfaitaire à ce moment.

[13] Dans les circonstances de l'espèce et compte tenu des observations des deux parties, je suis d'avis que l'intimée a droit à des dépens partie-partie de 25 000 \$, y compris les frais, les débours, la TPS et les dépens de la présente requête, et que l'officier taxateur taxe les dépens en conséquence.

LE JUGE NADON, J.C.A.; Je souscris aux présents motifs.



[14] DÉCARY J.A. (dissenting in part): This is a motion by the respondent “for increased costs” made pursuant to rule 403 of the *Federal Court Rules, 1998* (the Rules). The motion was first submitted to me as the presiding member of the panel which had dismissed the appeal, but for reasons which I will shortly explain, the motion was then brought before the full panel who had heard the appeal. The within reasons were circulated to my colleagues first. In the end, for the reasons written by Rothstein J.A. with which Nadon J.A. agreed, the motion for increased costs is allowed for an amount far exceeding the one I am prepared to grant.

[15] There was a request for an oral hearing of this motion. The Chief Justice, on June 14, 2002, informed counsel that the request would be dealt with once the parties have filed their respective records. Having read the respective records, I have reached the conclusion that an oral hearing is not warranted.

[16] On January 25, 2001, McKeown J. dismissed the application by Consorzio del Prosciutto di Parma (Consorzio) under section 57 of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13] for expunging from the Register of Trade-marks Registration No. 179,637 for the mark “Parma”, owned by Maple Leaf Meats Inc. (Maple Leaf). In his reasons for judgment, reported at [2001] 2 F.C. 536, McKeown J. asked the parties to make written submissions should they not agree on costs.

[17] On February 21, 2001, Consorzio filed a notice of appeal with respect to the January 25, 2001 order. The Appeal Court file is A-85-01.

[18] Subsequently, the parties could not agree on costs and made written submissions. On May 2, 2001, McKeown J. awarded the “costs to the Respondent (Maple Leaf) on a party-and-party basis, to be assessed at the high end of Column 3”. On May 31, 2001, Consorzio filed a notice of appeal, Appeal Court file A-334-01. Maple Leaf did not file a cross-appeal.

[14] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. (dissident en partie): Il s’agit d’une requête déposée par l’intimée «pour obtenir des dépens supplémentaires» en vertu de la règle 403 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* (les règles). La requête a d’abord été déposée devant moi en ma qualité de membre président de la formation qui avait rejeté l’appel, mais, pour des raisons que j’expliquerai brièvement, la requête a ensuite été présentée devant la formation complète qui avait entendu l’appel. Les présents motifs ont d’abord fait le tour de mes collègues. En bout de ligne, pour les motifs rédigés par le juge Rothstein, J.C.A., auxquels a souscrit le juge Nadon, J.C.A., la requête pour dépens supplémentaires est accueillie pour un montant bien supérieur à celui que je suis disposé à accorder.

[15] On a demandé que la présente requête soit entendue. Le juge en chef a informé les avocats, le 14 juin 2002, que la requête serait examinée une fois que les parties auraient produit leurs dossiers respectifs. Ayant lu les dossiers respectifs, j’en suis venu à la conclusion qu’une audience n’était pas nécessaire.

[16] Le 25 janvier 2001, le juge McKeown a rejeté la demande de Consorzio del Prosciutto di Parma (Consorzio) présentée en vertu de l’article 57 de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13] pour faire radier du registre des marques de commerce l’enregistrement n° 179,637 de la marque «Parma», propriété de Maple Leaf Meats Inc. (Maple Leaf). Dans ses motifs de jugement, publiés à [2001] 2 C.F. 536, le juge McKeown a demandé aux parties de déposer des observations écrites si elles ne s’entendaient pas sur les dépens.

[17] Le 21 février 2001, Consorzio a déposé un avis d’appel à l’égard de l’ordonnance du 25 janvier 2001. Le numéro du dossier de la Cour d’appel est le A-85-01.

[18] Par la suite, les parties n’ont pu s’entendre sur les dépens et ont produit des observations écrites. Le 2 mai 2001, le juge McKeown a adjugé les [TRADUCTION] «dépens à l’intimée (Maple Leaf) sur une base de frais entre parties, devant être taxés selon la valeur la plus élevée de la colonne 3». Le 31 mai 2001, Consorzio a déposé un avis d’appel, dossier de la Cour d’appel A-334-01. Maple Leaf n’a pas déposé d’appel incident.

[19] On June 27, 2001, in file A-85-01, Létourneau J.A. ordered Consorzio to “pay into Court the sum of \$8500 as security for the Respondent’s [Maple Leaf] costs of the appeal”.

[20] Both appeals were heard on May 1, 2002. The Court disposed of both from the Bench after hearing each side. The appeal in file A-85-01 was “dismissed with costs” [(2002), 18 C.P.R. (4th) 414 (F.C.A.)]. The appeal in file A-334-01 was dismissed without costs.

[21] On July 5, 2002, Maple Leaf made the within motion in file A-85-01 seeking:

An Order pursuant to Rule 403 . . . allowing the Respondent’s costs in excess of Tariff B of the Rules, in the form of a lump sum amount of \$40,000.00 inclusive of fees and disbursements.

Leave was also sought to extend the time limit set out in paragraph 403(1)(a) for the filing of the motion. The extension of time was not contested by Consorzio and I am prepared to grant it.

[22] In support of the motion, the affidavit of one of Maple Leaf’s counsel alleged the following:

3. The Respondent is asking that the Court grant a lump sum award of \$40,000.00 inclusive of fees and disbursements for the Respondent’s costs, an award which is a reasonable assessment of the Respondent’s costs on a party-and-party scale.
4. Attached as Exhibit B to my affidavit is a draft Bill of costs which was prepared by my law clerk, Mr. Enis Davis, created from the invoices which my firm issued to the Respondent. The draft Bill of Costs has been prepared to show the actual fees incurred according to the categories of costs anticipated under the Tariff, as compared to the costs allowed under Columns III and V of Tariff B.
5. The total fees and disbursements, including GST, have been calculated to be \$80,707.59(Cdn). The Respondent is requesting a lump sum of \$40,000.00(Cdn).
6. On July 20, 2001, the Consorzio tendered into Court the amount of \$8500.00 as security for costs in this matter.

[19] Le 27 juin 2001, dans le dossier A-85-01, le juge Létourneau, J.C.A. a ordonné à Consorzio de [TRADUCTION] «verser à la Cour le montant de 8 500 \$ à titre de garantie pour les dépens d’appel de l’intimée [Maple Leaf]».

[20] Les deux appels ont été entendus le 1<sup>er</sup> mai 2002. La Cour a statué sur les deux appels, séance tenante, après avoir entendu chaque partie. L’appel relatif au dossier A-85-01 a été «rejeté avec dépens» [(2002), 18 C.P.R. (4th) 414 (C.A.F.)]. L’appel interjeté dans le dossier A-334-01 a été rejeté sans dépens.

[21] Le 5 juillet 2002, Maple Leaf a déposé la présente requête dans le dossier A-85-01 demandant:

[TRADUCTION] Une ordonnance en vertu de l’article 403 des Règles [ . . . ] accordant à l’intimée des dépens supérieurs au tarif B des Règles, sous la forme d’un montant forfaitaire de 40 000 \$, y compris les frais et les débours.

On a également demandé la permission de prolonger le délai établi à l’alinéa 403(1)a) des Règles pour le dépôt de la requête. La prolongation du délai n’a pas été contestée par Consorzio, et je suis prêt à l’accorder.

[22] Au soutien de la requête, l’affidavit de l’un des avocats de Maple Leaf alléguait ce qui suit:

[TRADUCTION]

3. L’intimée demande que la Cour accorde un montant forfaitaire de 40 000 \$, y compris les frais et les débours pour les dépens de l’intimée, une adjudication qui constitue une évaluation raisonnable des dépens partie-partie de l’intimée.
4. Joint à titre d’annexe B de mon affidavit se trouve un projet de mémoire de frais qui a été préparé par mon clerc, M. Enis Davis, à partir des factures que mon cabinet avait envoyées à l’intimée. Le projet de mémoire de frais a été préparé afin d’indiquer les frais réels engagés selon les catégories de dépens prévus au tarif, comparativement aux dépens accordés en vertu des colonnes III et V du tarif B.
5. Les frais et les débours totaux, y compris la TPS, ont été évalués à 80 707,59 \$CAN. L’intimée demande un montant forfaitaire de 40 000 \$CAN.
6. Le 20 juillet 2001, Consorzio a déposé en Cour le montant de 8 500 \$ à titre de garantie pour les dépens en

This amount matches an award of costs based on Column III of Tariff B, or 10.5% of the actual fees and disbursements incurred by the Respondent.

7. As the facts set out below describe in greater detail, an award of costs in the order of \$40,000.00 is a reasonable party-and-party award in this case.

#### **Role of Counsel**

8. Counsel of record for Maple Leaf is Gowling Lafleur Henderson LLP. The principal lawyers were myself and Kelly Gill. A substantial amount of work was conducted in 2001 in respect of the preparation, research and filing of the Memorandum of Fact and Law. The bulk of the work was conducted in 2002 in respect of the preparation for the hearing of the appeal.
9. I played an active role as the primary counsel for Maple Leaf in the Appeal and in the supervision of the preparation of the Memorandum of Fact and Law and legal research. My billing rate was \$300.00 per hour in 2001 and \$350.00 per hour in 2002.
10. Mr. Gill was also involved with the supervision and preparation of the Memorandum of Fact and Law, legal research and appeal issues relating to the extensive survey evidence which was advanced on appeal. Mr. Gill's billing rate was \$420 in 2002.

#### **Number of Issues Raised on Appeal**

11. The Consorzio raised 12 discreet issues on appeal. A copy of the Notice of Appeal is attached as Exhibit C to this my affidavit.
12. Given the number of issues raised on Appeal, each warranted a full response from Maple Leaf and the preparation for the appeal hearing.

#### **Complexity of Issues**

13. The Appeal raised complex questions of fact and, in particular, complex matters relevant to survey evidence. The survey evidence consisted of three expert witnesses involving technical matters of survey methodology, examination on the questionnaires, etc.

#### **Legal Issues not Abandoned at Appeal**

14. No legal issues were abandoned on appeal, as is reflected on the numerous matters raised in the Notice of Appeal.

l'espèce. Ce montant correspond à une adjudication des dépens fondée sur la colonne III du tarif B ou à 10,5 p. 100 des frais et débours réels engagés par l'intimée.

7. Tel que les faits établis ci-dessous l'indiquent en détail, une adjudication des dépens de l'ordre de 40 000 \$ constitue une adjudication raisonnable des dépens partie-partie en l'espèce.

#### **Rôle des avocats**

8. Les avocats inscrits au dossier pour Maple Leaf sont Gowling Lafleur Henderson, s.r.l.; les avocats principaux sont Kelly Gill et moi-même. Une quantité considérable de travail a été réalisée en 2001 pour la préparation, la recherche et le dépôt du mémoire des faits et du droit. La majeure partie du travail de préparation de l'audition de l'appel a été effectuée en 2002.
9. J'ai joué un rôle actif à titre d'avocat principal de Maple Leaf dans le cadre de l'appel et de la supervision de la préparation du mémoire des faits et du droit et de la recherche juridique. Mon taux de facturation était de 300 \$ l'heure en 2001 et de 350 \$ l'heure en 2002.
10. M. Gill a également participé à la supervision et à la préparation du mémoire des faits et du droit, à la recherche juridique et aux questions d'appel relatives à la preuve par sondage détaillée qui a été présentée en appel. Le taux de facturation de M. Gill était de 420 \$ en 2002.

#### **Nombre de questions soulevées en appel**

11. Consorzio a soulevé douze questions distinctes en appel. Une copie de l'avis d'appel est jointe à titre d'annexe C à mon affidavit.
12. Compte tenu du nombre de questions soulevées en appel, chacune d'entre elles nécessitait une réponse complète de Maple Leaf et une préparation en vue de l'audition de l'appel.

#### **Complexité des questions**

13. L'appel a soulevé des questions de fait complexes et, en particulier, se rapportant à la preuve par sondage. Cette dernière était fournie par trois témoins experts s'intéressant aux questions techniques des méthodes d'enquêtes, des interrogatoires au moyen de questionnaires, etc.

#### **Questions juridiques non abandonnées en appel**

14. Aucune question juridique n'a été abandonnée en appel comme l'indiquent les nombreuses questions soulevées dans l'avis d'appel.

**The Result**

15. The Court found in favour of the Respondent by dismissing the Appeal with costs.

[23] On July 15, 2002, Consorzio filed its response. It comes as no surprise that it asked that the motion be dismissed with costs.

[24] In the course of these reasons, I will be referring to rule 397, subsections 400(1), 400(3), 400(4), 400(5) and 400(6), rules 403 and 407. They read as follows:

**397.** (1) Within 10 days after the making of an order, or within such other time as the Court may allow, a party may serve and file a notice of motion to request that the Court, as constituted at the time the order was made, reconsider its terms on the ground that

(a) the order does not accord with any reasons given for it; or

(b) a matter that should have been dealt with has been overlooked or accidentally omitted.

(2) Clerical mistakes, errors or omissions in an order may at any time be corrected by the Court.

...

**400.** (1) The Court shall have full discretionary power over the amount and allocation of costs and the determination of by whom they are to be paid.

...

(3) In exercising its discretion under subsection (1), the Court may consider

(a) the result of the proceeding;

(b) the amounts claimed and the amounts recovered;

(c) the importance and complexity of the issues;

(d) the apportionment of liability;

(e) any written offer to settle;

(f) any offer to contribute made under rule 421;

(g) the amount of work;

**Le résultat**

15. La Cour a tranché en faveur de l'intimée en rejetant l'appel avec dépens.

[23] Le 15 juillet 2002, Consorzio a produit sa réponse. Il n'est pas étonnant qu'elle ait demandé le rejet de la requête avec dépens.

[24] Dans le cadre des présents motifs, je ferai mention des règles 397, 403 et 407 et des paragraphes 400(1), 400(3), 400(4), 400(5) et 400(6) des Règles. Ils sont ainsi rédigés:

**397.** (1) Dans les 10 jours après qu'une ordonnance a été rendue ou dans tout autre délai accordé par la Cour, une partie peut signifier et déposer un avis de requête demandant à la Cour qui a rendu l'ordonnance, telle qu'elle était constituée à ce moment, d'en examiner de nouveau les termes, mais seulement pour l'une ou l'autre des raisons suivantes:

a) l'ordonnance ne concorde pas avec les motifs qui, le cas échéant, ont été donnés pour la justifier;

b) une question qui aurait dû être traitée a été oubliée ou omise involontairement.

(2) Les fautes de transcription, les erreurs et les omissions contenues dans les ordonnances peuvent être corrigées à tout moment par la Cour.

[. . .]

**400.** (1) La Cour a entière discrétion pour déterminer le montant des dépens, les répartir et désigner les personnes qui doivent les payer.

[. . .]

(3) Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe (1), la Cour peut tenir compte de l'un ou de l'autre des facteurs suivants:

a) le résultat de l'instance;

b) les sommes réclamées et les sommes recouvrées;

c) l'importance et la complexité des questions en litige;

d) le partage de la responsabilité;

e) toute offre écrite de règlement;

f) toute offre de contribution faite en vertu de la règle 421;

g) la charge de travail;

- (*h*) whether the public interest in having the proceeding litigated justifies a particular award of costs;
- (*i*) any conduct of a party that tended to shorten or unnecessarily lengthen the duration of the proceeding;
- (*j*) the failure by a party to admit anything that should have been admitted or to serve a request to admit;
- (*k*) whether any step in the proceeding was
- (i) improper, vexatious or unnecessary, or
- (ii) taken through negligence, mistake or excessive caution;
- (*l*) whether more than one set of costs should be allowed, where two or more parties were represented by different solicitors or were represented by the same solicitor but separated their defence unnecessarily;
- (*m*) whether two or more parties, represented by the same solicitor, initiated separate proceedings unnecessarily;
- (*n*) whether a party who was successful in an action exaggerated a claim, including a counter-claim or third party claim, to avoid the operation of rules 292 to 299; and
- (*o*) any other matter that it considers relevant.
- (4) The Court may fix all or part of any costs by reference to Tariff B and may award a lump sum in lieu of, or in addition to, any assessed costs.
- (5) Where the Court orders that costs be assessed in accordance with Tariff B, the Court may direct that the assessment be performed under a specific column or combination of columns of the table to that Tariff.
- (6) Notwithstanding any other provision of these Rules, the Court may
- (*a*) award or refuse costs in respect of a particular issue or step in a proceeding;
- (*b*) award assessed costs or a percentage of assessed costs up to and including a specified step in a proceeding;
- (*c*) award all or part of costs on a solicitor-and-client basis; or
- (*h*) le fait que l'intérêt public dans la résolution judiciaire de l'instance justifie une adjudication particulière de dépens;
- (*i*) la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abrèger ou de prolonger inutilement la durée de l'instance;
- (*j*) le défaut de la part d'une partie de signifier une demande visée à la règle 255 ou de reconnaître ce qui aurait dû être admis;
- (*k*) la question de savoir si une mesure prise au cours de l'instance, selon le cas:
- (i) était inappropriée, vexatoire ou inutile;
- (ii) a été entreprise de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection;
- (*l*) la question de savoir si plus d'un mémoire de dépens devrait être accordé lorsque deux ou plusieurs parties sont représentées par différents avocats ou lorsque, étant représentées par le même avocat, elles ont scindé inutilement leur défense;
- (*m*) la question de savoir si deux ou plusieurs parties représentées par le même avocat ont engagé inutilement des instances distinctes;
- (*n*) la question de savoir si la partie qui a eu gain de cause dans une action a exagéré le montant de sa réclamation, notamment celle indiquée dans la demande reconventionnelle ou la mise en cause, pour éviter l'application des règles 292 à 299;
- (*o*) toute autre question qu'elle juge pertinente.
- (4) La Cour peut fixer tout ou partie des dépens en se reportant au tarif B et adjuger une somme globale au lieu ou en sus des dépens taxés.
- (5) Dans le cas où la Cour ordonne que les dépens soient taxés conformément au tarif B, elle peut donner des directives prescrivant que la taxation soit faite selon une colonne déterminée ou une combinaison de colonnes du tableau de ce tarif.
- (6) Malgré tout autre disposition des présentes règles, la Cour peut:
- (*a*) adjuger ou refuser d'adjuger les dépens à l'égard d'une question litigieuse ou d'une procédure particulières;
- (*b*) adjuger l'ensemble ou un pourcentage des dépens taxés, jusqu'à une étape précise de l'instance;
- (*c*) adjuger tout ou partie des dépens sur une base avocat-client;

(d) award costs against a successful party.

...

**403.** (1) A party may request that directions be given to the assessment officer respecting any matter referred to in rule 400,

(a) by serving and filing a notice of motion within 30 days after judgment has been pronounced; or

(b) in a motion for judgment under subsection 394(2).

(2) A motion may be brought under paragraph (1)(a) whether or not the judgment included an order concerning costs.

(3) A motion under paragraph (1)(a) shall be brought before the judge or prothonotary who signed the judgment.

...

**407.** Unless the Court orders otherwise, party-and-party costs shall be assessed in accordance with column III of the table to Tariff B.

[25] The motion, as I have mentioned previously, is made under rule 403. Yet, the order sought is not that the Court give directions to the assessment officer, but that the Court allow “the Respondent’s costs in excess of Tariff B of the Rules, in the form of a lump sum amount of \$40,000.00 inclusive of fees and disbursements”. The motion, it seems to me, is akin to a motion for reconsideration under rule 397, to be made to the Court “as constituted at the time the order was made”. Such a motion would fail because the grounds alleged by the respondent do not come within those enumerated at rule 397. As was noted by Jactett C.J. in *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1979] 1 F.C. 801 (C.A.), at page 803:

...where this Court gives judgment for costs to be taxed, it cannot subsequently substitute a lump sum unless by way of reconsideration of the judgment for a reason that falls within one of the classes of cases to be found in Rule 337(5) or (6). *This is not such a case.*

[26] I am, however, prepared to consider this motion as being one made under subsection 403(3) for direc-

d) condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause.

[. . .]

**403.** (1) Une partie peut demander que des directives soient données à l’officier taxateur au sujet des questions visées à la règle 400:

a) soit en signifiant et en déposant un avis de requête dans les 30 jours suivant le prononcé du jugement;

b) soit par voie de requête au moment de la présentation de la requête pour jugement selon le paragraphe 394(2).

(2) La requête visée à l’alinéa (1)a) peut être présentée que le jugement comporte ou non une ordonnance sur les dépens.

(3) La requête visée à l’alinéa (1)a) est présentée au juge ou au protonotaire qui a signé le jugement.

[. . .]

**407.** Sauf ordonnance contraire de la Cour, les dépens partie-partie sont taxés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B.

[25] La requête, comme je l’ai mentionné plus tôt, est présentée en vertu de la règle 403. Pourtant, l’ordonnance recherchée ne demande pas à la Cour de donner des directives à l’officier taxateur, mais plutôt d’accorder [TRADUCTION] «à l’intimée des dépens supérieurs au tarif B des Règles, sous la forme d’un montant forfaitaire de 40 000 \$, y compris les frais et les débours». La requête, à mon avis, ressemble à une requête pour réexamen en vertu de la règle 397 à être présentée devant la Cour «telle qu’elle était constituée à ce moment [de l’ordonnance]». Une telle requête serait rejetée parce que les motifs invoqués par l’intimée ne font pas partie de ceux énumérés à la règle 397. Comme l’a fait remarquer le juge en chef Jactett dans l’arrêt *Smerchanski c. Ministre du Revenu national*, [1979] 1 C.F. 801 (C.A.), à la page 803:

[. . .] si la Cour ordonne le paiement des dépens taxés, elle ne peut pas prescrire ensuite le paiement d’une somme globale à moins de procéder à un nouvel examen du jugement pour l’une des raisons énumérées aux Règles 337(5) et 337(6). *Tel n’est pas le cas en l’espèce.*

[26] Cependant, je suis disposé à examiner la requête comme si elle était présentée en vertu du paragra-

tions to the assessment officer.

### Jurisdiction

[27] It flows from rule 407 and subsection 400(5) that any order of this Court granting “costs” without qualification is implicitly an order granting costs on a party-and-party basis, to be assessed in accordance with column III of Tariff B.

[28] Therefore, any motion under rule 403 for directions to be given to the assessment officer that purports to modify the basis for assessment and/or the applicable column is in reality a motion seeking to vary the order of the Court. Since the “directions” would, for all practical purposes, modify the order of the Court, I am inclined to believe that the directions must be given by the same panel that made the original order.

[29] Subsection 403(3) directs that motions for directions “be brought before the judge or prothonotary who signed the judgment”. That Rule is obviously intended for the Trial Division. It ensures that the motion will be disposed of by the person who knows best the circumstances of the case, i.e., as the case may be, the prothonotary or the judge who heard the case and who, naturally, signed the judgment.

[30] With respect to the different view held in passing—the issue does not appear to have been raised before him—by my brother Strayer J.A., then sitting in chambers, in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*, [1999] 2 F.C. 175 (C.A.), at page 184, I am not prepared to interpret subsection 403(3), in the context of a judgment rendered by the Court of Appeal, in such a way as to confer jurisdiction on the judge “who signed the judgment”, i.e. to the presiding member of the panel, rather than to the full panel.

[31] Rule 403 is concerned with directions “respecting any matter referred to in rule 400”. Rule 400 deals with the discretionary power of “the Court” over the amount and allocation of costs. An award of costs in an

phe 403(3) des Règles en vue de donner des directives à l’officier taxateur.

### Compétence

[27] Il découle de la règle 407 et du paragraphe 400(5) des règles qu’une ordonnance de cette Cour accordant les «dépens» sans les qualifier constitue implicitement une ordonnance accordant des dépens partie-partie, à être taxés selon la colonne III du tarif B.

[28] Par conséquent, une requête présentée en vertu de la règle 403, demandant que des directives soient données à l’officier taxateur, et qui est réputée modifier le fondement de la taxation et/ou de la colonne applicable, est en réalité une requête qui vise la modification de l’ordonnance rendue par la Cour. Comme les «directives» modifieraient, en pratique, l’ordonnance de la Cour, j’ai tendance à croire que les directives doivent être données par la même formation qui a rendu l’ordonnance initiale.

[29] Le paragraphe 403(3) des règles exige qu’une requête pour directives soit «présentée au juge ou au protonotaire qui a signé le jugement». Ce paragraphe concerne de toute évidence la Section de première instance. Il veille à ce que la requête soit tranchée par la personne qui connaît le mieux les circonstances de l’affaire, c’est-à-dire, le cas échéant, le protonotaire ou le juge qui a entendu la cause et qui, naturellement, a signé le jugement.

[30] Pour ce qui est de l’opinion différente qu’a exprimée en passant—la question ne semble pas avoir été soulevée devant lui—mon collègue le juge Strayer, J.C.A., siégeant alors en chambre, dans l’arrêt *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, [1999] 2 C.F. 175 (C.A.), à la page 184, je ne suis pas disposé à interpréter le paragraphe 403(3) des règles, dans le contexte d’un jugement rendu par la Cour d’appel, de façon à donner compétence au juge «qui a signé le jugement», c’est-à-dire au membre président de la formation plutôt qu’à toute la formation.

[31] La règle 403 concerne les directives «au sujet des questions visées à la règle 400». La règle 400 traite du pouvoir discrétionnaire de «la Cour» pour déterminer le montant des dépens et les répartir. Une adjudication des

appeal on the merits (as opposed to an award made on a motion in the course of an appeal) is very much a part of the judgment which is made by the Court, i.e. by the panel hearing the appeal. Any variation of the award is a variation of the judgment and a single judge has no jurisdiction (unless a statute or perhaps the rules say otherwise) to vary a judgment of the Court.

[32] I appreciate that pursuant to rule 2, “Court”, “in respect of a motion, includes a single judge of the Court of the Appeal” and that it can be argued that a motion for directions under rule 403 can be ruled on by a single judge. Where, the argument goes, the Rules wanted a full panel to hear and decide a motion, they said it in express terms, as in rule 397 (reconsideration).

[33] I am not prepared to read rule 397 in this fashion. The words “as constituted at the time the order was made” were not included so as to require that the motion be heard by a panel of three judges, but they were included so as to require that the panel of three judges be the one that had heard the appeal.

[34] Neither am I prepared to give to the definition of “Court” in rule 2 such an absolute effect. The Rules have to be interpreted in context. Where the context suggests that a motion should be heard by a panel of three judges, common sense should prevail. Rule 399, for example, which deals with the setting aside or variance of an order, does not require the motion to be brought before a panel of three judges. Yet, no one would suggest a judge can, alone, set aside or vary a judgment of the Court of Appeal. Clearly, in my view, where the Rules fail to distinguish between the Trial Division and the Court of Appeal, any literal interpretation which leads to a fundamental misunderstanding of the appeal process should be avoided.

[35] To find otherwise would lead to an awkward situation. When the Court of Appeal omits, for example, to rule on costs even though they were sought, a party

dépens dans le cadre d’un appel sur le fond (par opposition à une adjudication faisant suite à une requête dans le cadre d’un appel) fait vraiment partie du jugement qui est rendu par la Cour, c’est-à-dire la formation qui entend l’appel. Toute modification de l’adjudication constitue une modification du jugement et un juge siégeant seul n’a pas la compétence value (à moins qu’une loi ou peut-être les règles indiquent le contraire) pour modifier un jugement rendu par la Cour.

[32] Je me rends compte que, selon la règle 2, «Cour» comprend, «dans le cas d’une requête, un juge de la Cour d’appel siégeant seul» et on peut soutenir qu’un juge siégeant seul peut rendre une décision à l’égard d’une requête pour directives en vertu de la règle 403. Il est dit que, lorsque les Règles exigent qu’une formation complète entende et tranche une requête, elles le prévoient en termes explicites, comme dans la règle 397 (réexamen).

[33] Je ne suis pas disposé à interpréter la règle 397 de cette façon. Les mots «telle qu’elle était constituée à ce moment [de l’ordonnance]» n’ont pas été ajoutés de façon à exiger que la requête soit entendue par une formation de trois juges, mais pour que la formation de trois juges soit celle qui a entendu l’appel.

[34] Je ne suis pas non plus disposé à accorder à la définition de «Cour» de la règle 2 un tel effet absolu. Les règles doivent être interprétées selon le contexte. Lorsque ce dernier donne à penser qu’une requête devrait être entendue par une formation de trois juges, le sens commun devrait prévaloir. La règle 399, par exemple, qui traite de l’annulation ou de la modification d’une ordonnance, n’exige pas que la requête soit présentée devant une formation de trois juges. Pourtant, personne ne laisse entendre qu’un juge peut, seul, annuler ou modifier un jugement de la Cour d’appel. De toute évidence, à mon avis, lorsque les règles n’établissent pas de distinction entre la Section de première instance et la Section d’appel, toute interprétation littérale qui entraînerait un malentendu fondamental du processus d’appel devrait être évitée.

[35] Conclure autrement entraînerait une situation difficile. Lorsque la Cour d’appel omet, par exemple, de se prononcer sur les dépens même si on les demandait,



would have the option of either bringing a motion for reconsideration under rule 397 before the same panel or bringing a motion under rule 403 before the presiding member of the panel. This simply cannot be.

[36] It is of interest to note that, under the former Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], Rule 344(7) [as am. by SOR/87-221, s. 2] contained a provision that dealt specifically with motions for directions in the Court of Appeal. It read as follows:

**Rule 344. (1) . . .**

(7) . . . An application under this subsection 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 the decision of the Chief Justice or the judge nominated by him.

[37] Rule 344(7) was replaced in the new Rules by subsection 403(3), *supra*, which makes no reference to the Court of Appeal. It does not appear from the minutes of the Rules Committee that the attention of the Committee was drawn to the issue of quorum. Had the Committee examined the issue, I have no doubt that it would have added, at the end of subsection 403(3), words such as: “, or, in the Court of Appeal, before the Court as constituted at the time the order was made”.

[38] I am therefore in total agreement with the following view expressed by Denault J.A., sitting as a single judge, in *Sim & McBurney v. Buttino Investments Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 512 (F.C.A.), at page 516, where he was examining former Rule 344:

I am of the view that “the Court” in Rule 344(1) to (7), insofar as the case is heard before the Appeal Division of this Court, refers to the panel as constituted of three judges. Jurisprudence has in fact interpreted this rule, with respect to cases heard before the Trial Division, as referring to the Trial Judge. (See *A/S Ornen v. “Duteous” (The)*, [1987] 3 F.C. D-10; *Poudrier v. The Queen* (1984), 27 A.C.W.S. (2d) 7 (F.C.T.D.); *Eastern Can. Towing Ltd. v. “Algoabay” (The)*, [1980] 2 F.C. 366 (T.D.)) Common sense calls for such an interpretation: the panel, constituted of three judges, is the one who knows the circumstances of the case and of the matters

une partie aurait la possibilité de présenter une requête en réexamen en vertu de la règle 397 devant la même formation ou de présenter une requête en vertu de la règle 403 devant le membre président de la formation. Cela ne peut simplement pas se faire.

[36] Il est intéressant de noter que, en vertu des anciennes Règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], la Règle 344(7) [mod. par DORS/87-224, art. 2] contenait une disposition qui traitait précisément des requêtes pour directives déposées devant la Cour d’appel. Elle était ainsi rédigée:

**Règle 344. (1) [ . . . ]**

(7) [ . . . ] Dans le cas d’une instance engagée devant la Cour d’appel, la requête visée au présent paragraphe doit être présentée au juge en chef ou à un juge qu’il désigne. Toute partie peut demander à un tribunal composé d’au moins trois juges de réviser la décision du juge en chef ou du juge qu’il a désigné.

[37] La Règle 344(7) a été remplacée par le nouveau paragraphe 403(3), précité, qui ne fait aucune référence à la Cour d’appel. Il ne ressort pas du procès-verbal du Comité des règles que l’attention de ce dernier a été attirée sur la question du quorum. Si le Comité avait examiné la question, je n’ai aucun doute qu’il aurait ajouté, à la fin du paragraphe 403(3), des mots comme [TRADUCTION] «ou, en Cour d’appel, devant la Cour telle qu’elle était constituée au moment où l’ordonnance a été rendue».

[38] Par conséquent, je souscris totalement à l’opinion suivante exprimée par le juge Denault, en tant que juge siégeant seul, dans l’arrêt *Sim & McBurney c. Buttino Investissements Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 512 (C.A.F.), à la page 516, où il examinait l’ancienne Règle 344:

Je suis d’avis que «la Cour» dont il est question aux règles 344(1) à (7) est une formation collégiale de trois juges de la Cour, lorsque l’affaire est entendue par la Section d’appel de notre Cour. Dans le cas des affaires instruites par la Section de première instance, ces dispositions a [*sic*] en fait été interprétées par les tribunaux comme désignant le juge ayant présidé l’instance (voir *A/S Ornen c. «Duteous» (Le)*, [1987] 3 C.F. D-10, *Poudrier c. La Reine*, (1984), 27 A.C.W.S. (2nd) 7 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Eastern Can. Towing Ltd. c. «Alzobay» (Le)*, [1987] 3 F.C. (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). La logique commande une telle interprétation: la formation collégiale, qui est composée de

set out in subsection 344(3) that are to be taken into account in awarding costs as well as in determining their quantum.

[39] Should there be any difficulty in reconstituting the panel, the Chief Justice can always, in the interest of the administration of justice, designate a panel differently constituted (see rules 3, 56; subsection 16(2) of the Act [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 2)]).

#### The merit of the motion

[40] Counsel for the respondent has filed an affidavit wherein it is alleged that the total fees and disbursements, in appeal, including taxes, amount to approximately \$80,000, approximately \$50,000 of which was devoted (as appears from clarifications since obtained from counsel) to the preparation of the appeal and approximately \$14,000 of which was devoted to the memorandum of fact and law.

[41] A quick look at the recent history of Tariff B is warranted at this stage.

[42] Prior to 1995, the Tariff consisted of fixed maximum values for specific services. That Tariff had led Chief Justice Jackett to make these comments in *Smerchanski* (*supra*), at pages 805-806:

. . . it does seem to be clear that party and party costs are not designed to constitute full compensation to the successful party for his solicitor and client costs. . . .

. . . It must be obvious that such items are so low in relation to what is involved in a very substantial proportion of the matters that come before the Court that they are not designed to provide complete compensation to the successful party for the costs incurred by him in the litigation. (Indeed, what is sought in this case is an increase that would still leave the successful party largely uncompensated for solicitor and client costs.) If Federal Court party and party costs are not designed to provide full reimbursement, as it seems to me, what is intended is that they be made up of the completely arbitrary amounts fixed by or in accordance with the rules subject to variations (where authorized) based on factors arising out of the conduct of the particular proceeding. As it seems to me, the vague basis put forward on behalf of the respondent would

trois juges, est celle qui est au courant des faits de l'affaire et des questions énumérées au paragraphe 344(3) dont il faut tenir compte pour adjuger les dépens et en déterminer le montant.

[39] S'il devait y avoir des difficultés à reconstituer la formation, le juge en chef peut toujours, dans l'intérêt de l'administration de la justice, désigner une formation différemment constituée (voir les règles 3 et 56 et le paragraphe 16(2) de la Loi [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 2)]).

#### Le bien-fondé de la requête

[40] L'avocat de l'intimée a produit un affidavit dans lequel il allègue que les frais et les débours totaux, en appel, y compris les taxes, s'élevaient à environ 80 000 \$, dont approximativement 50 000 \$ ont été consacrés (tel que le précisent les éclaircissements obtenus depuis de la part de l'avocat) à la préparation de l'appel, et dont approximativement 14 000 \$ ont été consacrés au mémoire des faits et du droit.

[41] Un bref survol de l'histoire récente du tarif B est justifié à cette étape-ci.

[42] Avant 1995, le tarif était composé de valeurs maximales fixes pour des services précis. Ce tarif avait amené le juge en chef Jackett à formuler les commentaires suivants dans l'arrêt *Smerchanski* (précité), aux pages 805 et 806:

[. . .] il semble clair, à mon sens, que les frais entre parties ne visent pas à indemniser intégralement la partie qui a gain de cause de ses frais extrajudiciaires [. . .]

Il est certain, selon moi, que ces frais sont si peu élevés par rapport aux sommes en litige dans la plupart des cas qu'ils ne dédommagent pas intégralement la partie qui a gain de cause des frais qu'elle a engagés dans le litige. (De fait, en l'espèce, on demande une augmentation qui n'indemniserait que très partiellement la partie qui a eu gain de cause de ses frais extrajudiciaires.) Si, ainsi que je le pense, les dépens entre parties en Cour fédérale ne sont pas destinés à indemniser intégralement la partie à laquelle ils seront versés, ils sont censés se limiter aux sommes tout à fait arbitraires prévues par les règles, sous réserve des modifications autorisées se fondant sur des facteurs relatifs au déroulement de la procédure dont il s'agit. À mon avis, le vague principe proposé par l'avocat de l'intimé obligerait très souvent la Cour à évaluer des facteurs

put the Court in the position, in a very substantial proportion of proceedings, of weighing imponderable factors, or factors that are not capable of determination, with a view to making an allowance of an undefined portion of solicitor and client costs. In my view, such an approach is not acceptable as a basis for exercising a judicial discretion under Tariff B and would open the way for an unseemly complication of our practice.

[43] On September 1, 1995, by Amending Order No. 17, SOR/95-282, s. 5, the 5-column structure of Tariff B came into effect, alleviating perhaps the concerns expressed earlier by Chief Justice Jackett. The Court as well as taxing officers were given more latitude under Tariff B, through both the use of five columns and the establishment within each column of a wide range of units the value of which was initially set at \$100 each. That value was to be reviewed every year by the Chief Justice according to a specific formula.

[44] Tariff B was again amended in 1998 with the coming into force of the “new” *Federal Court Rules, 1998* (SOR/98-106). The 5-column structure was maintained, the value of the units remained at \$100 (it has since been increased to \$110 on April 1, 2001), and the items provided for were substantially the same as in 1995.

[45] Throughout these changes, the Rules pertaining to costs remained substantially the same as they are now codified in Part 11.

[46] The adoption of the new Tariff B, in 1995, coupled with the slight changes made to it in 1998, reflect, in my view, a clear intention to move very cautiously when setting the financial hurdles parties might expect to face when seeking remedy in the Federal Court of Canada. One may safely start with the proposition that the intent of rule 407 (and of former Rule 346) was to reaffirm, as a general principle, that bills of costs are not meant to compensate all the costs incurred by a litigant. Members of the Rules Committee, in 1998, were well aware of the fact that counsel fees set out in 1995 in Tariff B did not, in most cases, reflect the actual fees charged to a client. The issue was discussed and a deliberate choice was made not to dissuade litigation by

impondérables ou impossibles à définir pour adjuger une partie indéterminée des frais extrajudiciaires. À mon sens, cette façon de justifier l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par le tarif B n’est pas acceptable; elle aurait d’ailleurs pour effet de compliquer notre pratique sans raison.

[43] Le 1<sup>er</sup> septembre 1995, par ordonnance modificatrice n<sup>o</sup> 17, DORS/95-282, art. 5, la structure en cinq colonnes du tarif B est entrée en vigueur, soulageant peut-être les préoccupations exprimées par le juge en chef Jackett. La Cour et les officiers taxateurs se sont vu accorder plus de latitude en vertu du tarif B, tant par l’utilisation de cinq colonnes que l’établissement dans chaque colonne d’une grande variété d’unités dont la valeur a été initialement fixée à 100 \$ chacune. La valeur devait être examinée chaque année par le juge en chef selon une formule précise.

[44] Le tarif B a de nouveau été modifié en 1998 lors de l’entrée en vigueur des «nouvelles» *Règles de la Cour fédérale (1998)* (DORS/98-106). La structure en cinq colonnes a été maintenue, la valeur des unités est demeurée à 100 \$ (elle a depuis été augmentée à 110 \$ le 1<sup>er</sup> avril 2001) et les articles prévus sont demeurés essentiellement les mêmes qu’en 1995.

[45] Tout au long de l’établissement de ces changements, les articles des Règles se rapportant aux dépens sont demeurés essentiellement les mêmes que ceux qui avaient été codifiés à la partie 11.

[46] L’adoption du nouveau tarif B, en 1995, associée aux légères modifications qui ont été apportées à ce dernier en 1998, reflète, à mon avis, une intention claire de procéder avec une extrême prudence à l’établissement des obstacles financiers auxquels les parties pouvaient s’attendre à être confrontées lorsqu’elles demandaient une mesure corrective à la Cour fédérale du Canada. On peut affirmer sans problème que l’intention de la règle 407 (et de l’ancienne Règle 346) consistait à réaffirmer, comme principe général, que les mémoires de frais n’ont pas pour objet de dédommager une partie de tous les dépens qu’elle a engagés. Les membres du Comité des règles, en 1998, étaient bien au courant du fait que les honoraires d’avocat établis en

exposing litigants, in normal circumstances, to hefty costs. One must be reminded that in most instances in the Federal Court, the litigants are the State on the one hand and private citizens on the other.

[47] This intent is also reflected in the discretion vested in the Court, in paragraph 400(6)(c), to award costs on a solicitor-and-client basis and in the keeping of the five columns in Tariff B, the last two of which provide for above-average bills of costs. The Supreme Court of Canada made it clear that awarding costs on a solicitor-and-client basis (which are, for all practical purposes, the costs actually incurred by a litigant) remains exceptional and is generally associated with reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties (see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817).

[48] The principles applicable to awards of increased costs were recently discussed by this Court in *Wihksne v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 356; [2002] F.C.J. No. 1394 (C.A.) (QL), where I made the following observations, at paragraph 11:

The appellant seeks full compensation for the costs incurred to date in the Federal Court. I have not been convinced that there are valid reasons to derogate from Rule 407 which states the general principle that costs are to be awarded in accordance with column III of the table to Tariff B. As Wetston J. said in *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.* (1998) 159 F.T.R. 233, “an important principle underlying costs is that an award of costs represents a compromise between compensating a successful party and not unduly burdening an unsuccessful party.” This decision was confirmed at (2001) 199 F.T.R. 320 (F.C.A.). Tariff B, admittedly, is already obsolete in many instances. But absent special considerations (see Rule 400(3)), the Court should be reluctant to attempt to rewrite Tariff B—a task better left to the Rules Committee—and to embark into a factual determination of costs which is better left in the hands of specialized taxing officers. I make mine these words of Nadon J., then sitting in the Trial Division, in *Hamilton Marine & Engineering Ltd. v. CSC Group Inc.* (1995) 99 F.T.R. 285:

1995 dans le tarif B ne reflétaient pas, dans la plupart des cas, les frais réels imposés à un client. La question a été examinée et l’on a délibérément choisi de ne pas dissuader les parties d’intenter des litiges en les exposant, dans des circonstances normales, à des dépens considérables. On doit se rappeler que dans la plupart des cas portés devant la Cour fédérale, les parties sont l’État d’un côté et des citoyens de l’autre côté.

[47] Cette intention se reflète également dans le pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour par l’alinéa 400(6)c) d’adjudger des dépens sur une base avocat-client et dans le maintien de cinq colonnes dans le tarif B, dont les deux dernières prévoient des mémoires de frais supérieurs à la moyenne. La Cour suprême du Canada a précisé que l’adjudication de dépens sur la base avocat-client (qui sont, en pratique, les dépens réellement engagés par une partie) demeure exceptionnelle et qu’elle est en général associée à une conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d’une des parties (voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817).

[48] Les principes applicables à l’adjudication de dépens supplémentaires ont été récemment examinés par cette Cour dans l’arrêt *Wihksne c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 356; [2002] A.C.F. n° 1394 (C.A.) (QL) où j’avais formulé les observations suivantes au paragraphe 11:

L’appelant cherche à obtenir le remboursement complet de ses dépens à ce jour en Cour fédérale. On ne m’a pas convaincu qu’il y avait des raisons valables de déroger à l’article 407 des Règles, qui porte qu’en général les dépens sont taxés en conformité avec la colonne III du tarif B. Comme le juge Wetston l’affirme dans *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.* (1998) 159 F.T.R. 233, «[u]n principe important sous-tend les dépens: l’allocation de dépens représente un compromis entre l’indemnisation de la partie qui a gain de cause et la non-imposition d’une charge excessive à la partie qui succombe». Cette décision a été confirmée à (2001) 199 F.T.R. 320 (C.A.F.). Il est clair que le tarif B est maintenant dépassé dans bien des cas, mais en l’absence de facteurs particuliers (voir le paragraphe 400(3) des Règles) la Cour doit être très prudente lorsqu’il s’agit de récrire le tarif B—une tâche qui incombe au Comité des règles—et d’essayer de déterminer les faits relatifs aux dépens, tâche qui doit être laissée aux officiers taxateurs spécialisés en ces matières. J’adopte ici les mots du juge Nadon, alors à la Section de

I indicated to counsel during the hearing that there was no doubt that, in most cases, the fees provided in Tariff B were not sufficient to fully compensate a successful party. I also indicated to counsel during the hearing that, in my view, the tariff necessarily had to remain the rule and that an increase of the tariff fee was the exception. By that I meant that the discretion given to the Court to increase the tariff amounts pursuant to rule 344(1) and (6) of the Federal Court Rules was not to be exercised lightly. Put another way, the fact that the successful party's legal costs were far superior to the amounts to which that party was entitled under the tariff, was not in itself a factor for allowing an increase in those fees.

[49] In the case at bar, the factors listed in subsection 400(3) and relied upon by counsel for the respondent are largely inapplicable. It is true that 12 issues were raised in the notice of appeal, but they were either abandoned or regrouped into four headings in the memorandum of fact and law filed by the appellant. The issues raised were typical of those argued in trade-mark appeals and none of them involved particularly complex issues of fact and law. The appeal was conducted in the usual manner and no allegation is made that it was conducted improperly by counsel for the appellant. The fact that costs were assessed at the upper end of column III in the Trial Division is obviously relevant but in no way determinative with respect to the process in the Court of Appeal. That fact, in any event, does not help the respondent, as it claims in appeal much more than the upper end of column III and it is unlikely that more work was required in appeal than it was at trial.

[50] The fact that the respondent won on appeal is a factor that militates in favour of costs being awarded to it, not in favour of higher costs. There was nothing unusual, here, in the result achieved by the respondent.

première instance, dans *Hamilton Marine & Engineering Ltd. c. CSC Group Inc.* (1995) 99 F.T.R. 285:

J'ai indiqué aux avocats pendant l'audience qu'il ne faisait aucun doute que, dans la plupart des cas, les frais prévus au tarif B ne sont pas suffisants pour dédommager entièrement la partie qui a gain de cause. Je leur ai également indiqué qu'à mon avis le tarif doit nécessairement demeurer la règle et qu'une augmentation des frais prévus au tarif doit être l'exception. Je voulais dire que le pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour d'augmenter les sommes prévues au tarif, aux termes des paragraphes 344(1) et (6) des Règles de la Cour fédérale, ne doit pas être exercé à la légère. Autrement dit, le fait que les frais juridiques de la partie qui obtient gain de cause soient de beaucoup supérieurs aux sommes auxquelles cette partie a droit en vertu du tarif n'est pas en soi un facteur justifiant la majoration des frais prévus.

[49] En l'espèce, les facteurs énumérés au paragraphe 400(3) des règles, sur lequel s'est fondé l'avocat de l'intimée, sont en grande partie inapplicables. Il est vrai que 12 questions ont été soulevées dans l'avis d'appel, mais elles ont été abandonnées ou regroupées sous quatre intitulés dans le mémoire des faits et du droit déposé par l'appelante. Les questions soulevées étaient typiques de celles invoquées dans des appels concernant des marques de commerce et aucune d'entre elles ne visait des questions particulièrement complexes de fait et de droit. L'appel a été entendu de la manière habituelle, et aucune allégation relative à la conduite incorrecte de l'avocat de l'appelante n'a été formulée. Le fait que les dépens ont été taxés selon la valeur maximale de la colonne III en Section de première instance est de toute évidence pertinent, mais il n'est en aucune façon déterminant en ce qui concerne la procédure se déroulant devant la Cour d'appel. Ce fait, en tout état de cause, n'est pas utile à l'intimée puisqu'elle réclame en appel beaucoup plus que la valeur maximale de la colonne III et qu'il est improbable que davantage de travail soit requis en appel que devant la Section de première instance.

[50] Le fait que l'intimée ait obtenu gain de cause en appel représente un facteur qui milite en faveur de l'adjudication des dépens à cette dernière et non pas de l'adjudication de dépens plus élevés. Il n'y avait rien d'inhabituel en l'espèce en ce qui concerne le résultat obtenu par l'intimée.

[51] The fact that the judgment was delivered from the Bench after hearing from both sides for a day and that the reasons for judgment simply endorsed those of the Trial Judge is indicative of the quality of these reasons, not of the frivolity or weakness of the appeal.

[52] The role of counsel is described in vague terms. That “a substantial amount of work” was conducted does not necessarily lead to the conclusion that all the work done was necessary or that the losing party should automatically be made liable for the billing rates the winning party was prepared to pay to its own counsel. While I do not wish to second-guess counsel as to the propriety of their work, I cannot blindly accept their general statement nor impose on the other party the payment of a substantial amount of costs with respect to work the nature and necessity of which remain largely unsubstantiated.

[53] I am prepared, however, to recognize that the work done in preparation for the hearing of the appeal should be taken into account. Tariff B, inexplicably, has omitted, in 1995 and again in 1998, this item which appeared in former Tariff B under the heading 1(h) [as am. by SOR/87-221, s. 8]: “for preparation for a trial in the Trial Division or a hearing in the Court of Appeal, for each two days of the actual trial or hearing or part thereof, up to \$250” (my emphasis). I am authorized, under item 27, to recognize “such other services” that have been rendered by counsel and I am allowing, for the preparation of the hearing of the appeal, a total of seven units, which is more than the numbers set out in the Tariff but which corresponds to the upper end of the number of units allowed in item 19 of column III for the memorandum of fact and law, an item comparable, in my view, to that of preparation for the hearing of the appeal.

[54] As I have not understood counsel for the appellant to object to an assessment of costs on appeal on the basis of the upper end of column III—as was done in the Trial Division—and as that assessment leads to a round figure of \$8,500, inclusive of disbursements and taxes, I have no problem agreeing with that figure. I would add

[51] Le fait que la Cour ait prononcé le jugement à l’audience après avoir entendu les deux parties pendant une journée et que les motifs du jugement aient simplement approuvé ceux du juge de première instance est révélateur de la qualité de ces motifs et non de la frivolité ou de la faiblesse de l’appel.

[52] Le rôle de l’avocat est décrit en termes vagues. Le fait qu’une [TRADUCTION] «quantité considérable de travail» ait été accomplie ne mène pas nécessairement à la conclusion que tout le travail était nécessaire ou que la partie déboutée devrait automatiquement être tenue responsable des taux de facturation que la partie qui a obtenu gain de cause était prête à payer à son propre avocat. Bien que je ne souhaite pas juger après coup la pertinence du travail des avocats, je ne peux accepter aveuglément leur déclaration générale ni obliger l’autre partie à payer un montant considérable de dépens à l’égard du travail dont la nature et la nécessité demeurent en grande partie non justifiées.

[53] Je suis disposé, cependant, à reconnaître que le travail accompli lors de la préparation de l’audition de l’appel devrait être considéré. Le tarif B, inexplicablement, a omis, en 1995 et encore en 1998, cet article qui figurait dans l’ancien tarif B sous l’intitulé 1/h) [mod. par DORS/87-221, art. 8]: «une somme n’excédant pas 250 \$ pour la préparation d’un procès devant la Division de première instance ou d’une audience devant la Cour d’appel, pour chaque période de deux jours ou moins du procès ou de l’audience» (je souligne). Je suis autorisé, en vertu de l’article 27, à reconnaître les «autres services» qui ont été rendus par un avocat et j’accorde, pour la préparation de l’audition de l’appel, un total de sept unités, ce qui représente plus que ce qui est prévu dans le tarif, mais cela correspond à la valeur maximale des unités accordées dans l’article 19 de la colonne III pour le mémoire des faits et du droit, un article comparable, à mon avis, à celui de la préparation de l’audition de l’appel.

[54] Comme je n’ai pas entendu l’avocat de l’appelante s’opposer à une taxation des dépens sur la base d’une valeur supérieure de la colonne III—comme cela a été fait en Section de première instance—et comme cette taxation mène à un chiffre arrondi de 8 500 \$, les débours et la taxe compris, je n’éprouve

to it a round figure of \$1,500 to take into account the preparation for the hearing of the appeal as well as the presentation of the within motion, resulting in a total award of \$10,000, inclusive of costs and disbursements.

[55] Tariff B gives the Court enough margin to manoeuvre in the vast majority of cases. The Court always retains, of course, its discretion under subsection 400(4) to award “a lump sum in lieu of, or in addition to, any assessed costs”, but such discretion should be exercised in exceptional cases only and in a manner that can be proportionally related to the Tariff. The case, here, has not been shown to be exceptional.

[56] It may be that special tariffs should be devised for specialized areas where both sides are prepared to go to court at any cost and to literally relinquish control over their counsel fees. But we are not there yet and until we get there, should we get there, prudence dictates a conservative approach. Costs, in this Court, have never been an issue of much controversy since the introduction, in 1995, of the 5-column tariff. To paraphrase the words of Chief Justice Jackett in *Smerchanski*, I would rather keep a practice that has served the Court and the litigants well than move into an era of arbitrary distribution by the Court of important lump sums, based on a contrived proportion of the real costs allegedly incurred, thereby paving the way “for an unseemly complication of our practice”.

[57] Arbitrary use of the Court’s discretion would run contrary to the principle of judicial comity. The attribution of lump sums far exceeding the amounts permissible under Tariff B in order to compensate for part of the actual costs incurred by a litigant in a non-exceptional case is likely to lead to an undermining of the Tariff, which in turn is likely to lead to unpredictability, arbitrariness and in the end unfairness in costs awards. Without the guidance provided by the Tariff, litigants would be confused and uncertain about the financial costs of litigation. Such uncertainty should not be taken lightly. The ability to estimate the cost of litigation plays an important role in one’s access to the courts. As I noted in *Wihksne (supra)*, any substantial change in the

aucune difficulté à accorder ce chiffre. J’y ajouterais un chiffre rond de 1 500 \$ pour tenir compte de la préparation de l’audition de l’appel ainsi que la présentation de la présente requête, ce qui donne au total 10 000 \$, les dépens et les débours compris.

[55] Le tarif B donne à la Cour suffisamment de marge de manœuvre dans la vaste majorité des cas. La Cour conserve toujours, bien entendu, son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 400(4) d’adjuger «une somme globale au lieu ou en sus des dépens taxés», mais un tel pouvoir discrétionnaire ne devrait être exercé que dans des cas exceptionnels et d’une manière proportionnelle au tarif. Le présent cas ne s’est pas avéré exceptionnel.

[56] Il se peut que des tarifs spéciaux soient conçus pour des domaines particuliers lorsque les deux parties sont prêtes à aller en cour à n’importe quel prix et à renoncer à tout contrôle sur leurs honoraires d’avocat. Toutefois, nous n’en sommes pas encore là et jusqu’à ce moment, la prudence dicte une approche conservatrice. Les dépens, devant cette Cour, n’ont jamais représenté une question très controversée depuis l’introduction, en 1995, du tarif composé de 5 colonnes. Pour paraphraser les mots du juge en chef Jackett dans l’arrêt *Smerchanski*, je conserverais une pratique qui a bien servi la Cour et les parties plutôt que de faire distribuer arbitrairement par la Cour d’importants montants forfaitaires fondés sur une proportion artificielle des dépens réels prétendument engagés, ce qui aurait pour effet de «compliquer notre pratique sans raison».

[57] Le recours arbitraire au pouvoir discrétionnaire de la Cour serait contraire au principe de la courtoisie judiciaire. L’attribution de montants forfaitaires largement supérieurs aux montants autorisés en vertu du tarif B afin de compenser en partie les dépens réels engagés par une partie dans un cas qui n’est pas exceptionnel aurait probablement pour effet de saper le tarif, ce qui à son tour entraînerait probablement des dépens imprévisibles, arbitraires et, en bout de ligne, inéquitables. Sans les indications fournies par le tarif, les parties seraient déconcertées et incertaines au sujet des coûts financiers d’un litige. Une telle incertitude ne devrait pas être prise à la légère. La capacité à estimer le coût d’un litige joue un rôle important lorsque l’on s’adresse aux

practice of the Court should be left in the hands of the Rules Committee. The Committee, after all, is a statutory body (section 45.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 13] of the *Federal Court Act*) composed of members of the Court and of the bar and the Attorney General of Canada, whose duty includes, at paragraph 46(1)(g), that of “awarding and regulating costs in the Court”.

[58] In the end, therefore, I would grant in part the motion “for increased costs” and I would give directions to the assessment officer, under rule 403, to assess the costs on appeal in the form of a lump sum of \$10,000 inclusive of fees and disbursements, including those related to the within motion for directions.

tribunaux. Comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Wihksne* (précité), tout changement des pratiques de la Cour devrait être laissé au Comité des règles. Le Comité, après tout, représente un organisme créé par une loi (article 45.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 13] de la *Loi sur la Cour fédérale*) composé de membres de la Cour et du barreau ainsi que du procureur général du Canada, dont les tâches comprennent, à l’alinéa 46(1)g), celle de «réglementer les dépens et leur adjudication».

[58] En bout de ligne, par conséquent, je suis d’avis que la requête «pour dépens supplémentaires» doit être accueillie en partie et que l’officier taxateur, en vertu de la règle 403, taxe les dépens en appel sous la forme d’un montant forfaitaire de 10 000 \$, y compris les frais et les débours, dont ceux liés à la présente requête pour directives.