

A-1191-91

A-1191-91

Her Majesty the Queen (Appellant)**Sa Majesté la Reine (appelante)**

v.

c.

Aqua-Gem Investments Ltd. (Respondent)

a

Aqua-Gem Investments Ltd. (intimée)**INDEXED AS: CANADA v. AQUA-GEM INVESTMENTS LTD. (CA.)****RÉPERTORIÉ: CANADA c. AQUA-GEM INVESTMENTS LTD. (CA.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Mahoney, MacGuigan, Décary and Robertson J.J.A.—Toronto, November 9, 1992; Ottawa, February 4, 1993.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Mahoney, MacGuigan, Décary et Robertson, J.C.A.—Toronto, 9 novembre 1992; Ottawa, 4 février 1993.

Judges and courts — Per C.J. (dissenting): Whether all discretionary decisions of prothonotaries to be reviewed de novo (based on F.C.A. decision in Canada v. "Jala Godavari" (The)) or reviewed for error only in some cases — Issue of great importance as affecting efficient dispatch of Court business, utilization of judicial resources — Intention of Parliament in authorizing appointment of prothonotaries — General direction issued by A.C.J. as to powers of Senior Prothonotary, A.S.P. — Historical development of Master system in England — Canadian practice giving Masters larger discretion — Exhaustive review and exposition of law relating to Masters — Constitutional issues — Proper standard of review of discretionary orders of F.C. prothonotaries — Necessity for balancing judicial due process on questions vital to final issue of case with administrative expedition in routine matters — Authority of prothonotaries should not be limited as suggested in Canada v. "Jala Godavari" (The).

c

Juges et tribunaux — Le juge en chef (dissident): La question se pose de savoir si toutes les décisions discrétionnaires des protonotaires sont susceptibles de révision de novo par application de l'arrêt Canada c. «Jala Godavari» (Le) de la Cour d'appel fédérale, ou si elles ne sont susceptibles de révision que pour erreur dans certains cas — La question revêt une grande importance puisqu'elle affecte l'exécution des travaux de la Cour et l'utilisation des ressources judiciaires — But poursuivi par le législateur lorsqu'il autorisait la nomination des protonotaires — Directive générale du juge en chef adjoint sur les pouvoirs du protonotaire en chef et du protonotaire adjoint — Évolution du système des protonotaires en Angleterre — Pratique canadienne accordant aux protonotaires des pouvoirs discrétionnaires plus étendus — Évocation et exposé exhaustifs des règles de droit relatives aux protonotaires — Questions constitutionnelles — Norme appropriée de révision des ordonnances discrétionnaires des protonotaires de la Cour fédérale — Nécessité de réaliser l'équilibre entre l'équité procédurale concernant les questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause et l'expédition administrative des matières courantes — Il ne faut pas limiter les pouvoirs des protonotaires comme le suggère l'arrêt Canada c. «Jala Godavari» (Le).

d

e

f

Practice — Dismissal of proceedings — Want of prosecution — Appeal from Order of Motions Judge setting aside A.S.P.'s denial of order staying or dismissing Crown's action for want of prosecution — Action commenced in 1986, delayed more than three years — Delay inordinate, inexcusable, likely to cause prejudice to respondent.

g

h

Pratique — Rejet des procédures — Défaut de poursuivre — Appel formé contre l'ordonnance du juge des requêtes infirmant la décision du protonotaire adjoint qui a refusé de rendre une ordonnance portant rejet ou suspension de l'action de la Couronne pour défaut de poursuivre — Action intentée en 1986, retardée de plus de trois années — Retard excessif, inexcusable, susceptible de causer un grave préjudice à l'intimée.

This was an appeal from an order of the Motions Judge setting aside the dismissal by the Associate Senior Prothonotary of respondent's motion for an order staying the proceeding under paragraph 50(1)(b) of the *Federal Court Act* or dismissing it for want of prosecution under R. 440. The respondent, a firm which specializes in buying and reviving failing businesses, sought to treat certain types of expenses as "active business income" for its 1979, 1980 and 1981 taxation years. The Minister of National Revenue treated the amounts in question as "Canadian investment income", thus subjecting them to a higher tax liability. The respondent appealed the Minister's assessment to the Tax Court of Canada which ruled in its

i

j

Appel formé contre l'ordonnance par laquelle le juge des requêtes a infirmé le rejet, de la part du protonotaire adjoint, de la requête de l'intimée en ordonnance portant suspension de l'instance conformément à l'alinéa 50(1)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* ou portant rejet, en application de la Règle 440, de l'action pour défaut de poursuivre. L'intimée, qui est une firme spécialisée dans l'achat et la remise à flot d'entreprises en difficulté, avait essayé de faire rentrer certains types de dépenses dans le «revenu tiré d'une entreprise exploitée activement» pour les années d'imposition 1979, 1980 et 1981. Le ministre du Revenu national a traité ces sommes comme «revenu de placements au Canada», ce qui signifie un impôt

favour. The Minister appealed that decision and filed a statement of claim in the Federal Court, Trial Division in July 1986. For various reasons, the case was delayed until March 1988 and again until September 1991, at which time the Associate Senior Prothonotary heard the respondent's motion for an order dismissing the appellant's action for want of prosecution, and dismissed it. The Motions Judge allowed the appeal from that decision, pointing out that "the delay on the plaintiff's part has been of such substantial proportion as to likely cause prejudice to the defendant at trial". The main issue was whether the Motions Judge applied the proper standard of review to the discretionary decision of the Prothonotary when he relied upon the standard enunciated by the Federal Court of Appeal in *Canada v. "Jala Godavari" (The)*.

Held (Isaac C.J. and Robertson J.A. dissenting): the appeal should be dismissed.

Per MacGuigan J.A. (Mahoney and Décaré J.J.A. concurring): Discretionary orders of prothonotaries ought not to be disturbed on appeal to a judge unless 1) they are clearly wrong in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts, or 2) they raise questions vital to the final issue of the case. In such cases, a judge ought to exercise his own discretion *de novo*. In the *Jala Godavari* case, the Court of Appeal, contrary to a view so far adopted in the Trial Division that the prothonotary's discretion should be followed unless he had committed an error of law, ruled that a judge who hears an appeal from a prothonotary on a matter involving the exercise of discretion is called upon to exercise his own discretion and is not bound by the prothonotary's opinion. This case should not be read as meaning that the prothonotary's discretion should never be respected, but that it is subject to an overriding discretion by a judge where the question involved is vital to the final issue of the case. The question before the prothonotary herein can be considered interlocutory only because he decided it in favour of the appellant. If he had decided it for the respondent, it would have been a final decision in the case. A decision which can thus be either interlocutory or final depending on how it is decided, even if interlocutory because of the result, must nevertheless be considered vital to the final resolution of the case. The Motions Judge was right in following the *Jala Godavari* case and exercising his own discretion *de novo*. In concluding "solely on the grounds that the defendant had not complained of the plaintiff's tardiness or taken some action at an earlier date", the prothonotary made an error of law which prevented him from exercising his discretion properly. This would also justify the Motions Judge's exercise of discretion *de novo*. The prothonotary's fundamental error was in assuming that the respondent was under an obligation to take action in response to the draft statement of facts.

plus élevé. L'intimée a interjeté appel des cotisations établies par le ministre devant la Cour canadienne de l'impôt qui a prononcé en sa faveur. Le ministre a interjeté appel de cette décision et déposé sa déclaration auprès de la Section de première instance en juillet 1986. Pour diverses raisons, l'affaire a été reportée jusqu'en mars 1988 puis une nouvelle fois jusqu'en septembre 1991, date à laquelle le protonotaire adjoint a entendu et rejeté la requête de l'intimée en ordonnance portant rejet de l'action de l'appelante pour défaut de poursuivre. Le juge des requêtes a accueilli l'appel formé contre cette dernière décision en concluant que «le retard de la demanderesse était de nature à causer un préjudice à la défenderesse à l'instruction». Il échet d'examiner si le juge des requêtes a appliqué la norme appropriée en s'appuyant sur la norme définie par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada c. «Jala Godavari» (Le)* pour réviser la décision discrétionnaire du protonotaire.

Arrêt (le juge en chef Isaac et le juge Robertson, J.C.A., dissidents): l'appel doit être rejeté.

Le juge MacGuigan, J.C.A. (aux motifs duquel ont souscrit les juges Mahoney et Décaré, J.C.A.): Le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants: 1) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits, ou 2) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause. Dans ces deux cas, le juge doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début. Dans l'affaire *Jala Godavari*, la Cour d'appel, par contraste avec la vue qui avait cours à l'époque à la Section de première instance, savoir qu'il ne fallait pas toucher à la décision discrétionnaire du protonotaire sauf le cas d'erreur de droit, a décidé que le juge saisi de l'appel formé contre une décision discrétionnaire du protonotaire n'était pas lié par les conclusions de celui-ci et devait exercer son propre pouvoir discrétionnaire. Il ne faut pas interpréter cet arrêt comme signifiant que la décision discrétionnaire du protonotaire ne doit jamais être respectée, mais qu'elle est subordonnée à l'appréciation discrétionnaire d'un juge si la question visée a une influence déterminante sur l'issue de la cause principale. La matière soumise en l'espèce au protonotaire peut être considérée comme interlocutoire seulement parce qu'il a prononcé en faveur de l'appelante. Eût-il prononcé en faveur de l'intimée, sa décision aurait résolu définitivement la cause. Une décision qui peut être soit interlocutoire soit définitive selon la manière dont elle est rendue, même si elle est interlocutoire en raison du résultat, doit néanmoins être considérée comme déterminante pour la solution définitive de la cause principale. Le juge des requêtes avait raison d'appliquer la règle définie par l'arrêt *Jala Godavari* et d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début. En tirant sa conclusion «pour le seul motif que la défenderesse ne s'est pas plainte du retard de la demanderesse ni n'a agi plus tôt», le protonotaire a commis une erreur de droit qui l'a empêché d'exercer convenablement son pouvoir discrétionnaire. Ce fait justifie aussi l'exercice par le juge des requêtes de son pouvoir discrétionnaire par instruction *de novo*. L'erreur fondamentale du protonotaire consistait

The Motions Judge properly exercised his discretion by taking into consideration all relevant factors, including the question of whether the subsequent delay by the respondent was sufficient to excuse the appellant's failure to prosecute in a reasonable and timely manner. He did not find the respondent's lack of response to amount to condonation, acquiescence or waiver. Nor did he err in law in considering how serious was the prejudice caused by the delay and he raised the question properly in saying: "the defendant must show . . . that it will likely be seriously prejudiced by the delay". There was no manifest error of law on the Motions Judge's part such as would permit the Court to interfere with his exercise of discretion.

Per Isaac C.J. (dissenting): The first issue was whether the Motions Judge applied the proper standard of review to the discretionary decision of the Associate Senior Prothonotary. Any standard adopted must recognize Parliament's intention, embodied in section 12 of the *Federal Court Act*, that the office of prothonotary is designed to aid in "the efficient performance of the work of the Court". A standard of review which subjects all impugned decisions of prothonotaries to hearings *de novo* regardless of the issues involved in the decision or whether they decide the substantive rights of the parties would be inconsistent with the statutory objective. The standard of review laid down in *Jala Godavari* is incomplete; therefore, the Motions Judge, who relied on it, did not apply the proper standard of review to the discretionary order of the Associate Senior Prothonotary.

The second issue was whether the Motions Judge erred in allowing the respondent's appeal and setting aside the order of the Associate Senior Prothonotary. With respect to the first branch of the standard of review, whether the order of the Associate Senior Prothonotary was clearly wrong, there was no allegation that the latter misapprehended the facts. It was largely because he had taken into account the conduct of the respondent in the litigation that the Motions Judge found him to have been in error. In taking such conduct into account, the Associate Senior Prothonotary was acting in accordance with well-settled principles which have been accepted by the Federal Court. The level of litigious activity or inactivity on the part of the defendant is a relevant factor to be taken into account in determining whether a delay has been inordinate or inexcusable, and whether a party has been seriously prejudiced by it. In arriving at his conclusion, the Associate Senior Prothonotary did not act on a wrong principle and his order was not clearly wrong. As to the second branch of the standard, namely whether the order of the Prothonotary raised questions vital to the final issue of the case, the Motions Judge was not justified in refusing deference to the discretion of the Associate Senior Prothonotary and exercising his own. The order in question was interlocutory: it did not decide the substantive rights of the parties or any issue vital to the final issue of the litigation. Its sole effect was that the appellant was entitled to proceed to trial in accordance with the rules and practice of the Court. Delay in prosecution was not an issue in dispute in the

à présumer que l'intimée était tenue à l'obligation de donner suite à l'exposé conjoint des faits.

Le juge des requêtes a convenablement exercé son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de tous les facteurs pertinents, y compris la question de savoir si le retard subséquent de l'intimée était suffisant pour excuser le défaut de l'appelante de poursuivre dans des délais raisonnables. Il n'a pas conclu que l'inaction de l'intimée valait tolérance, acquiescement ou renonciation. Il n'a pas commis non plus une erreur de droit en pesant la gravité du préjudice causé par le retard, et a posé la question correctement: «la défenderesse doit établir . . . qu'elle sera vraisemblablement gravement lésée par ce retard». Le juge des requêtes n'a commis aucune erreur de droit manifeste qui permette à la Cour d'intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Le juge en chef Isaac (dissenting): Il échet d'examiner en premier lieu si le juge des requêtes a appliqué le critère approprié pour réviser la décision discrétionnaire du protonotaire adjoint. La norme adoptée doit traduire la volonté du législateur, qu'exprime l'article 12 de la *Loi sur la Cour fédérale* selon lequel la charge de protonotaire est destinée à «l'exécution des travaux de la Cour». N'est pas compatible avec l'objectif de la loi la norme de révision qui soumet toutes les décisions de protonotaire attaquées à l'instruction *de novo* quelles que soient les questions concernées et peu importe si ces décisions statuent au fond sur les droits des parties. La norme de révision définie par l'arrêt *Jala Godavari* est incomplète; il s'ensuit que s'étant fondé sur elle, le juge des requêtes n'a pas appliqué la norme de révision appropriée à l'ordonnance discrétionnaire du protonotaire adjoint.

Il échet en second lieu d'examiner si le juge des requêtes a commis une erreur en accueillant l'appel de l'intimée et infirmant l'ordonnance du protonotaire adjoint. En ce qui concerne le premier volet de la norme, savoir si le protonotaire adjoint avait commis une erreur manifeste, on n'a pas prétendu qu'il ait fait une mauvaise appréciation des faits. C'était en grande partie parce qu'il avait tenu compte de la conduite de l'intimée dans le cours de la procédure que le juge des requêtes a conclu à une erreur de sa part. En tenant compte de cette conduite, le protonotaire adjoint a respecté les principes établis et acceptés par la Cour fédérale. La diligence ou l'inaction de la part du défendeur est un facteur à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'examiner si le retard a été excessif ou inexcusable et si une partie en a subi un grave préjudice. Pour parvenir à sa conclusion, le protonotaire adjoint ne s'est pas fondé sur un mauvais principe et son ordonnance n'était pas entachée d'erreur flagrante. En ce qui concerne le second volet de la norme, savoir si l'ordonnance du protonotaire adjoint portait sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause, le juge des requêtes n'était pas fondé à refuser de déférer au pouvoir discrétionnaire de ce dernier et à exercer le sien propre. L'ordonnance en cause était interlocutoire: elle ne prononçait pas au fond sur les droits des parties ou sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du litige. Elle avait pour seul effet de reconnaître à l'appelante le droit de donner suite à son action conformément aux règles et pratique de la Cour. Le retard dans la poursuite n'était pas un point liti-

action. The test to be applied in dismissing an action for want of prosecution is whether there has been an inordinate delay, whether that delay was inexcusable and whether the defendant is likely to be seriously prejudiced by the delay. The Associate Senior Prothonotary considered each element of this test in reaching his conclusion, albeit in different language. The Motions Judge erred in allowing the respondent's appeal and setting aside the order of the Prothonotary.

Per Robertson J.A. (dissenting): The Motions Judge erred in applying the test on which decisions to dismiss actions for want of prosecution must be based. The two-year delay was "inexcusable" and "inordinate" but it remained to be determined whether the respondent was "likely to be seriously prejudiced by the delay". One should not presume serious prejudice because the delay is deemed inordinate. Moreover, it is doubtful whether the "fading memory" rationale could be invoked as the sole basis on which to rest a decision to dismiss for want of prosecution. The burden of demonstrating sufficient prejudice is not easily met. Courts should not assess the likelihood of serious prejudice in a factual vacuum. The respondent offered no specific evidence which could reasonably be regarded as giving rise to a likelihood of serious prejudice. Its admission that "there was substantial evidence from the witness at the trial in the Tax Court" undermines the validity of the "fading memory" rationale and, if necessary, would rebut any presumption of prejudice. An order dismissing an action for want of prosecution is not intended to punish a plaintiff for its failure to proceed expeditiously. Its aim is to ensure that defendants are not exposed to "a substantial risk that a fair trial of the issues in the litigation will not be possible". The respondent failed to adduce the evidence necessary to demonstrate that it would be unable to obtain a fair trial on the issues.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act for the division of the Province of Lower-Canada, for amending the Judicature thereof, and for repealing certain Laws therein mentioned* [34 Geo. III, c. 6] 1793.
- An Act to amend the Exchequer Court Act, S.C. 1920, c. 26, s. 3.*
- An Act to amend the Exchequer Court Act, S.C. 1957, c. 24, s. 1.*
- An Act to amend "The Supreme and Exchequer Courts Act", and to make better provision for the Trial of Claims against the Crown, S.C. 1887, c. 16, s. 9.*
- Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 41, 42, 44.1, 511.*
- Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.*
- Courts of Justice Act, R.S.Q. 1977, c. T-16, s. 4.*
- Exchequer Court Act, R.S.C. 1927, c. 34, s. 87(2).*
- Exchequer Court Act, R.S.C. 1952, c. 98.*

gieux dans l'action. Le critère à appliquer pour décider s'il faut rejeter une action pour défaut de poursuivre revient à se demander s'il y a eu retard excessif, si ce retard est inexcusable et si le défendeur risque un préjudice grave en raison de ce retard. Le protonotaire adjoint a pris en considération chaque élément de ce critère pour parvenir à sa conclusion, encore que par un libellé différent. Le juge des requêtes a commis une erreur en faisant droit à l'appel de l'intimée et en infirmant l'ordonnance du protonotaire adjoint.

Le juge Robertson, J.C.A. (dissent): Le juge des requêtes a commis une erreur dans l'application de la norme régissant le rejet d'une action pour défaut de poursuivre. Le retard de deux ans était «inexcusable» et «excessif», mais il restait à examiner si l'intimée «était susceptible de subir un préjudice grave». Le préjudice grave ne se présume pas du seul fait que le retard est réputé excessif. D'autre part, il est douteux que le moyen du «souvenir diminué» puisse être invoqué comme seul motif à l'appui de la décision de rejet pour défaut de poursuivre. Il n'est pas facile de prouver le préjudice grave. Les tribunaux ne doivent pas considérer la probabilité de préjudice grave dans le vide. L'intimée n'a produit aucune preuve spécifique qui puisse être raisonnablement considérée comme un indice de probabilité de préjudice grave. Son aveu que «la déposition du témoin au procès devant la Cour de l'impôt était assez considérable» suffit à détruire la validité du moyen du «souvenir diminué» et, si nécessaire, à réfuter la présomption de préjudice. L'ordonnance portant rejet d'une action pour défaut de poursuivre ne vise pas à punir le demandeur pour défaut de faire diligence. Le but en est de protéger les défendeurs contre le retard qui «risque vraiment de rendre impossible le jugement équitable des points litigieux». L'intimée n'a pu produire les preuves nécessaires pour démontrer qu'il lui serait impossible d'obtenir un jugement équitable des points litigieux.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Acte à l'effet de modifier l'Acte des cours Suprême et de l'Échiquier, et d'établir de meilleures dispositions pour l'instruction des réclamations contre la Couronne, S.C. 1887, ch. 16, art. 9.*
- Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier, S.C. 1875, ch. 11, art. 70.*
- Acte qui divise la Province du Bas-Canada, qui amende la Judicature d'icelle, et qui rappelle certaines Lois y mentionnées* [34 Geo. III, ch. 6] 1793.
- Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 41, 42, 44.1, 511.*
- Judicature Act, S.N.S. 1972, ch. 2.*
- Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.*
- Loi de la cour de l'Échiquier du Canada, S.R.C. 1927, ch. 34, art. 87(2).*
- Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 175(3) (mod. par L.C. 1988, ch. 61, art. 21).*

Exchequer Court General Rules and Orders, Rule 1A(4).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 3, 12, 46(1), 50(1).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 331A (as enacted by SOR/79-57, s. 6), 336, 440, 447(2), 460 (as am. by SOR/90-846, s. 15).
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 175(3) (as am. by S.C. 1988, c. 61, s. 21).
Judicature Act, S.N.S. 1972, c. 2.
The Supreme and Exchequer Court Act, S.C. 1875, c. 11, s. 70.

Loi modifiant la Loi de la cour de l'Échiquier, S.C. 1920, ch. 26, art. 3.
Loi modifiant la Loi sur la Cour de l'Échiquier, S.C. 1957, ch. 24, art. 1.
Loi sur la Cour de l'Échiquier, S.R.C. 1952, ch. 98.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 3, 12, 46(1), 50(1).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q. 1977, ch. T-16, art. 4.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 331A (éditée par DORS/79-57, art. 6), 336, 440, 447(2), 460 (mod. par DORS/90-846, art. 15).
Règles et ordonnances générales de la Cour de l'Échiquier, Règle 1A(4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Evans v. Bartlam, [1937] A.C. 473 (H.L.); *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (C.A.); revg (1983), 33 C.P.C. 145 (Div. Ct.); *Canada v. "Jala Godavari" (The)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127; 135 N.R. 316 (F.C.A.); *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.); *The Queen v. Murphy and ABC Steel Building Ltd.* (1988), 89 DTC 5028; 99 N.R. 75 (F.C.A.); *Canadian National Railway Co. v. The Norango*, [1976] 2 F.C. 264 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Adamson v. Adamson et al (1888), 12 P.R. 469 (Ont. H.C.); *Odell v. Mulholland* (1891), 14 P.R. 180 (Ont. H.C.); *Quality Steels (London) Ltd. v. Atlas Steels Limited*, [1949] O.W.N. 110 (H.C.); *Marleen Investments Ltd. v. McBride et al.* (1979), 23 O.R. (2d) 125; 13 C.P.C. 221; 27 Chitty's L.J. 69 (H.C.); *King v. Drysdale et al.* (1892), 24 N.S.R. 308 (S.C.); *Starratt v. White* (1913), 11 D.L.R. 488; 47 N.S.R. 163 (S.C.); *Alta. Wheat Pool v. Nahajowicz* (1930), 24 Alta. L.R. 400; [1930] 2 D.L.R. 759; [1930] 1 W.W.R. 483 (S.C.A.D.); *Wright v. Disposal Services Ltd. and Marsh* (1977), 8 A.R. 394; 80 D.L.R. (3d) 671; 4 Alta. L.R. (2d) 173 (S.C.); 274099 *Alberta Ltd. v. West Edmonton Mall Shopping Centre Ltd. et al.* (1990), 114 A.R. 57; 75 Alta. L.R. (2d) 389 (C.A.); *Abermin Corp. v. Granges Explor. Ltd.* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 188; 42 C.P.C. (2d) 25 (S.C.); *Re Solloway Mills & Co.*, [1935] O.R. 37; [1935] 2 D.L.R. 549 (C.A.); *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479; (1989), 25 C.P.R. (3d) 116; 27 F.T.R. 186 (T.D.); *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1988), 22 C.I.P.R. 240; 24 C.P.R. (3d) 66; 25 F.T.R. 226 (F.C.T.D.); *Do Carmo v. Ford Excavations Pty Ltd.*, [1981] 1 N.S.W.L.R. 409 (S.C.); overrd in part [1981] 2 N.S.W.L.R. 253 (C.A.); vard (1984), 58 A.L.J.R. 287 (Aust.H.C.); *Farrar v. McMullen*, [1971] 1 O.R. 709 (C.A.); *Nichols v. Canada et al.* (1990), 36 F.T.R. 77 (F.C.T.D.); *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.); *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Evans v. Bartlam, [1937] A.C. 473 (H.L.); *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (C.A.); inf (1983), 33 C.P.C. 145 (C. Div.); *Canada c. «Jala Godavari» (Le)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127; 135 N.R. 316 (C.A.F.); *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.); *La reine c. Murphy et ABC Steel Building Ltd.* (1988), 89 DTC 5028; 99 N.R. 75 (C.A.F.); *La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Le Norango*, [1976] 2 C.F. 264 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Adamson v. Adamson et al (1888), 12 P.R. 469 (H.C. Ont.); *Odell v. Mulholland* (1891), 14 P.R. 180 (H.C. Ont.); *Quality Steels (London) Ltd. v. Atlas Steels Limited*, [1949] O.W.N. 110 (H.C.); *Marleen Investments Ltd. v. McBride et al.* (1979), 23 O.R. (2d) 125; 13 C.P.C. 221; 27 Chitty's L.J. 69 (H.C.); *King v. Drysdale et al.* (1892), 24 N.S.R. 308 (S.C.); *Starratt v. White* (1913), 11 D.L.R. 488; 47 N.S.R. 163 (S.C.); *Alta. Wheat Pool v. Nahajowicz* (1930), 24 Alta. L.R. 400; [1930] 2 D.L.R. 759; [1930] 1 W.W.R. 483 (S.C.A.D.); *Wright v. Disposal Services Ltd. and Marsh* (1977), 8 A.R. 394; 80 D.L.R. (3d) 671; 4 Alta. L.R. (2d) 173 (S.C.); 274099 *Alberta Ltd. v. West Edmonton Mall Shopping Centre Ltd. et al.* (1990), 114 A.R. 57; 75 Alta. L.R. (2d) 389 (C.A.); *Abermin Corp. v. Granges Explor. Ltd.* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 188; 42 C.P.C. (2d) 25 (S.C.); *Re Solloway Mills & Co.*, [1935] O.R. 37; [1935] 2 D.L.R. 549 (C.A.); *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 C.F. 479; (1989), 25 C.P.R. (3d) 116; 27 F.T.R. 186 (1^{re} inst.); *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1988), 22 C.I.P.R. 240; 24 C.P.R. (3d) 66; 25 F.T.R. 226 (C.F. 1^{re} inst.); *Do Carmo v. Ford Excavations Pty Ltd.*, [1981] 1 N.S.W.L.R. 409 (S.C.); infirmée en partie [1981] 2 N.S.W.L.R. 253 (C.A.); modifiée (1984), 58 A.L.J.R. 287 (Aust.H.C.); *Farrar v. McMullen*, [1971] 1 O.R. 709 (C.A.); *Nichols c. Canada et autres* (1990), 36 F.T.R. 77 (C.F. 1^{re} inst.); *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.); *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.).

REFERRED TO:

Ensité Ltd. v. R., [1986] 2 S.C.R. 509; (1986), 33 D.L.R. (4th) 491; [1986] 2 C.T.C. 459; 86 DTC 6521; 70 N.R. 189; *Aqua-Gem Investments Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 2528; 86 D.T.C. 1392 (T.C.C.); *Sculthorpe v. Burn* (1866), 12 Gr. 427 (U.C.Ch); *Branche v. MacArthur et al.* (1986), 56 O.R. (2d) 71; 30 D.L.R. (4th) 301; 11 C.P.C. (2d) 8; 16 O.A.C. 306 (Div. Ct.); *Wink (John) Ltd. v. Sico Inc.* (1987), 57 O.R. (2d) 705; 15 C.P.C. (2d) 187 (H.C.); *Das v. Coles* (1989), 71 O.R. (2d) 57; 64 D.L.R. (4th) 345 (H.C.); *Hart v. Kowall* (1990), 75 O.R. (2d) 306; 74 D.L.R. (4th) 126 (Gen. Div.); *L.C.D.H. Audio Visual Ltd. v. I.S.T.S. Verbatim Ltd. et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 425; 40 B.L.R. 128; 8 C.P.C. 141 (H.C.); *Fazzari et al. v. Pellizzari et al.* (1988), 28 O.A.C. 38 (Div. Ct.); *Lacaud c. Leblanc*, [1983] C.S. 555 (Que. S.C.); *Johnson Products Co. v. Truso Ltd.* (1987), 12 C.I.P.R. 22; 15 C.P.R. (3d) 76 (F.C.T.D.); *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1987), 12 C.I.P.R. 260 (F.C.T.D.); *Westinghouse Electric Corp. et al. v. Babcock & Wilcox Industries Ltd. (trading under name and style Bailey Controls et al.)* (1987), 15 C.P.R. (3d) 447; 15 F.T.R. 154 (F.C.T.D.); *Standal Estate v. Swecan International Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 298; 25 C.P.R. (3d) 104; 27 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 144; 24 C.P.R. (3d) 371; 28 F.T.R. 118 (F.C.T.D.); *Unilever PLC v. Proctor & Gamble Inc.* (1989), 23 C.I.P.R. 237; 24 C.P.R. (3d) 388 (F.C.T.D.); *David et al. v. Kluger et al.* (1991), 51 F.T.R. 234 (F.C.T.D.); *Prouvost S.A. v. Munsingwear Inc.*, [1992] 2 F.C. 541 (C.A.); *Canastrand Industries Ltd. v. Lara S (The)*, [1992] 3 F.C. 398 (T.D.); *Ruhrkohle Handel Inter GMBH v. Federal Calumet (The)*, [1992] 3 F.C. 98 (C.A.); *Norton Co. v. Lionite Abrasives Ltd.* (1975), 32 C.P.R. (2d) 270 (F.C.T.D.); *Minnesota Mining and Manufacturing Company v. Lorcon Inc.*, [1984] 1 F.C. 380; (1984), 73 C.P.R. (2d) 176 (T.D.); *McGregor and McGregor v. Canada* (1988), 20 F.T.R. 122 (F.C.T.D.); *Hendrickson v. Kallio*, [1932] O.R. 675 (C.A.); *Bozson v. Altrincham Urban Council*, [1903] 1 K.B. 547 (C.A.); *Walkley v. Precision Forgings Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 548 (H.L.); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corpn. Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.); *Paal Wilson & Co. A/S v. Parteneederei Hannah Blumenthal*, [1983] A.C. 854 (H.L.); *A-G of Canada v. S.F. Enterprises Inc. et al.* (1990), 90 DTC 6195; 107 N.R. 100 (F.C.A.); *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525; [1947] 3 D.L.R. 517 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Ensité Ltd. c. R., [1986] 2 R.C.S. 509; (1986), 33 D.L.R. (4th) 491; [1986] 2 C.T.C. 459; 86 DTC 6521; 70 N.R. 189; *Aqua-Gem Investments Ltd. c. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 2528; 86 D.T.C. 1392 (C.C.I.); *Sculthorpe v. Burn* (1866), 12 Gr. 427 (U.C.Ch); *Branche v. MacArthur et al.* (1986), 56 O.R. (2d) 71; 30 D.L.R. (4th) 301; 11 C.P.C. (2d) 8; 16 O.A.C. 306 (C. div.); *Wink (John) Ltd. v. Sico Inc.* (1987), 57 O.R. (2d) 705; 15 C.P.C. (2d) 187 (H.C.); *Das v. Coles* (1989), 71 O.R. (2d) 57; 64 D.L.R. (4th) 345 (H.C.); *Hart v. Kowall* (1990), 75 O.R. (2d) 306; 74 D.L.R. (4th) 126 (Div. gén.); *L.C.D.H. Audio Visual Ltd. v. I.S.T.S. Verbatim Ltd. et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 425; 40 B.L.R. 128; 8 C.P.C. 141 (H.C.); *Fazzari et al. v. Pellizzari et al.* (1988), 28 O.A.C. 38 (Ct. Div.); *Lacaud c. Leblanc*, [1983] C.S. 555 (C.S. Qué.); *Johnson Products Co. c. Truso Ltd.* (1987), 12 C.I.P.R. 22; 15 C.P.R. (3d) 76 (C.F. 1^{re} inst.); *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1987), 12 C.I.P.R. 260 (C.F. 1^{re} inst.); *Westinghouse Electric Corp. et autre c. Babcock & Wilcox Industries Ltd. (faisant affaire sous la raison sociale Bailey Controls et autre)* (1987), 15 C.P.R. (3d) 447; 15 F.T.R. 154 (C.F. 1^{re} inst.); *Standal, succession c. Swecan International Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 298; 25 C.P.R. (3d) 104; 27 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 144; 24 C.P.R. (3d) 371; 28 F.T.R. 118 (C.F. 1^{re} inst.); *Unilever PLC c. Proctor & Gamble Inc.* (1989), 23 C.I.P.R. 237; 24 C.P.R. (3d) 388 (C.F. 1^{re} inst.); *David et autre c. Kluger et autres* (1991), 51 F.T.R. 234 (C.F. 1^{re} inst.); *Prouvost S.A. c. Munsingwear Inc.*, [1992] 2 C.F. 541 (C.A.); *Canastrand Industries Ltd. c. Lara S (Le)*, [1992] 3 C.F. 398 (1^{re} inst.); *Ruhrkohle Handel Inter GMBH c. Federal Calumet (Le)*, [1992] 3 C.F. 98 (C.A.); *Norton Co. c. Lionite Abrasives Ltd.* (1975), 32 C.P.R. (2d) 270 (C.F. 1^{re} inst.); *Minnesota Mining and Manufacturing Company c. Lorcon Inc.*, [1984] 1 C.F. 380; (1984), 73 C.P.R. (2d) 176 (T.D.); *McGregor et McGregor c. Canada* (1988), 20 F.T.R. 122 (C.F. 1^{re} inst.); *Hendrickson v. Kallio*, [1932] O.R. 675 (C.A.); *Bozson v. Altrincham Urban Council*, [1903] 1 K.B. 547 (C.A.); *Walkley v. Precision Forgings Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 548 (H.L.); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corpn. Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.); *Paal Wilson & Co. A/S v. Parteneederei Hannah Blumenthal*, [1983] A.C. 854 (H.L.); *P-G du Canada c. S.F. Enterprises Inc. et autre* (1990), 90 DTC 6195; 107 N.R. 100 (C.A.F.); *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525; [1947] 3 D.L.R. 517 (C.A.).

AUTHORS CITED

Audet, Pierre E. *Les officiers de justice: des origines de la colonie jusqu'à nos jours*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1986.

DOCTRINE

Audet, Pierre E. *Les officiers de justice: des origines de la colonie jusqu'à nos jours*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1986.

Jacob, Sir Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. (The Hamlyn Lectures; 38). London: Stevens & Sons Ltd., 1987.

Jacob, Sir Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. (The Hamlyn Lectures; 38). London: Stevens & Sons Ltd., 1987.

APPEAL from the order of a Motions Judge ((1991), 91 DTC 5641; 50 F.T.R. 115 (F.C.T.D.)) setting aside an order of the Associate Senior Prothonotary ((1991), 91 DTC 5546 (F.C.T.D.)) dismissing the respondent's motion for an order staying the proceeding under paragraph 50(1)(b) of the *Federal Court Act* or dismissing it for want of prosecution under Rule 440. Appeal dismissed.

APPEL formé contre l'ordonnance ((1991), 91 DTC 5641; 50 F.T.R. 115 (C.F. 1^{re} inst.)) par laquelle le juge des requêtes a infirmé une ordonnance du protonotaire adjoint ((1991), 91 DTC 5546 (C.F. 1^{re} inst.)) portant rejet de la requête de l'intimée en suspension de la procédure en application de l'alinéa 50(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* ou rejet de l'action pour défaut de poursuivre, sous le régime de la Règle 440. Appel rejeté.

COUNSEL:

Harry Erlichman and Laura C. Snowball for appellant.
Richard G. Fitzsimmons and Daniel F. Chitiz for respondent.

c AVOCATS:

Harry Erlichman et Laura C. Snowball pour l'appelante.
Richard G. Fitzsimmons et Daniel F. Chitiz pour l'intimée.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Fitzsimmons, MacFarlane, Slocum & Harpur, Toronto, for respondent.

d PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Fitzsimmons, MacFarlane, Slocum & Harpur, Toronto, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

ISAAC C.J. (*dissenting*): This is an appeal from the order of a Motions Judge in the Trial Division dated November 8, 1991 [91 DTC 5641], allowing an appeal by the respondent made pursuant to Rule 336(5) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] from an order of the Associate Senior Prothonotary [(1991), 91 DTC 5546]. By his order, the Motions Judge set aside, with costs, the order of the Associate Senior Prothonotary which dismissed the respondent's motion for, *inter alia*, an order staying the proceeding pursuant to paragraph 50(1)(b) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] or, alternatively, dismissing it for want of prosecution pursuant to Rule 440.

LE JUGE EN CHEF ISAAC, (*dissident*): Il y a en l'espèce appel formé contre l'ordonnance en date du 8 novembre 1991 [91 DTC 5641] par laquelle un juge des requêtes de la Section de première instance a fait droit à l'appel interjeté par l'intimée, en application de la Règle 336(5) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], d'une ordonnance du protonotaire adjoint [(1991), 91 DTC 5546]. Par son ordonnance, le juge des requêtes a infirmé, avec dépens, l'ordonnance du protonotaire adjoint qui rejetait la requête de l'intimée, laquelle concluait entre autres à ordonnance portant suspension de l'instance conformément à l'alinéa 50(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] ou, subsidiairement, portant rejet, en application de la Règle 440, de l'action pour défaut de poursuivre.

The order in appeal had the effect of dismissing the appellant's action for want of prosecution.

L'ordonnance portée en appel avait pour effet de rejeter l'action de l'appelante pour défaut de poursuivre.

The sole ground of objection to the order, alleged by the appellant in its memorandum of fact and law, was that the Motions Judge erred in dismissing the action for want of prosecution, but when the appeal came on for hearing, the Court, of its own motion, by order dated October 5, 1992, directed the parties to submit argument on the following question:

Whether the Motions Judge applied the proper standard of review to the discretionary decision of the Prothonotary when he relied upon the standard enunciated by Hugessen J.A. in *The Ship "Jala Godavari" et al v. The Queen et al . . .*

THE FACTS

The respondent, incorporated in 1975, is a firm which, *inter alia*, specializes in buying and reviving failing businesses. In computing its business income for the 1979, 1980 and 1981 taxation years, it sought to treat certain types of expenses as "active business income" in order to obtain the benefit of the small business deduction and refundable dividend provisions of the *Income Tax Act*.¹ The Minister of National Revenue (the "Minister") disagreed. In 1983, in reassessing the respondent's income tax returns for those years, the Minister treated all of the amounts in question as "Canadian investment income", thus subjecting them to a higher tax liability.

The respondent appealed the Minister's assessment to the Tax Court of Canada. The notice of appeal was filed on February 10, 1984. The Court heard the appeal on May 31, 1985 and rendered its decision on April 24, 1986.²

On the appeal to the Tax Court, the respondent conceded the Minister's position concerning some of the expenses. However, the Court decided in its favour over the allocation of certain interest income. The Minister appealed that decision to the Trial Divi-

Le seul motif d'appel contre cette ordonnance, proposé par l'appelante dans son mémoire des points de fait et de droit, était que le juge des requêtes avait commis une erreur en rejetant l'action pour défaut de poursuivre, mais, au moment où l'appel vint en ordre utile, la Cour a ordonné de son propre chef, par ordonnance en date du 5 octobre 1992, aux parties de présenter leurs arguments sur la question suivante:

[TRADUCTION] Savoir si, en se fondant sur la norme énoncée par le juge Hugessen, dans *Le navire «Jala Godavari» et autres c. La Reine et autres*, le juge des requêtes a appliqué la norme appropriée pour réviser la décision discrétionnaire du protonotaire.

LES FAITS DE LA CAUSE

La société intimée, constituée en 1975, est une firme qui se spécialise entre autres dans l'achat et la remise à flot d'entreprises en difficulté. En calculant le revenu tiré de son entreprise pour les années d'imposition 1979, 1980 et 1981, elle a essayé de faire rentrer certaines catégories de dépenses dans le «revenu tiré d'une entreprise exploitée activement» afin de bénéficier des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ sur la déduction accordée aux petites entreprises et sur l'impôt en main remboursable au titre de dividendes. Le ministre du Revenu national («le ministre») n'était pas d'accord. En 1983, en établissant la nouvelle cotisation d'impôt sur le revenu de l'intimée pour ces années, il a traité toutes ces sommes comme «revenu de placements au Canada», ce qui signifie un impôt plus élevé.

L'intimée a interjeté appel des cotisations établies par le ministre devant la Cour canadienne de l'impôt. L'avis d'appel fut déposé le 10 février 1984. La Cour entendit l'appel le 31 mai 1985 et rendit sa décision le 24 avril 1986.²

L'intimée s'est rendue aux conclusions du ministre au sujet de certaines dépenses au cours de l'appel devant la Cour canadienne de l'impôt, laquelle a cependant prononcé en sa faveur sur la qualification d'une partie du revenu de placements. Le ministre a

¹ R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63).

² The decision of the Tax Court is reported at [1986] 1 C.T.C. 2528.

¹ S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63).

² La décision de la Cour canadienne de l'impôt paraît dans le recueil [1986] 1 C.T.C. 2528.

sion of this Court in accordance with the provisions of the *Income Tax Act*.³

The Minister filed his statement of claim in the Trial Division on July 29, 1986. At the request of the respondent, the Minister agreed to a delay in the filing of the respondent's defence until the Supreme Court of Canada had delivered its decision in *Ensite Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509, a case which involved roughly analogous facts and which the respondent thought could affect its position in this case. After the Supreme Court rendered its decision on November 6, 1986, the Minister indicated his intention to proceed with the appeal, and the respondent said that it would "endeavour" to file its defence by January, 1987. On March 9, 1987, the respondent's solicitor wrote to the appellant's solicitor enclosing the statement of defence for service.

On March 13, 1987, the solicitor for the Minister wrote to the solicitor for the respondent suggesting that they exchange lists of documents and make arrangements for examinations for discovery. No further communication appears to have passed between the parties until March 23, 1988, when the Minister's solicitor forwarded his list of documents to the respondent's solicitor and asked for the respondent's list in return. The Minister's solicitor also suggested that the parties should attempt to agree on the facts and thereby obviate the need for discoveries, since the facts were "hardly in dispute." On March 29, 1988, the solicitors agreed by telephone that the solicitor for the Minister would prepare a draft statement of facts. There is no evidence that this agreement was ever terminated or that the respondent did deliver its list of documents.

On May 14, 1990 (over two years after the previous exchange of correspondence), the solicitor for the Minister sent the solicitor for the respondent a copy of its draft statement of agreed facts and asked for comments. The solicitor for the respondent did not

³ Under the former s. 175(3) of the *Income Tax Act* (repealed and replaced by S.C. 1988, c. 61, s. 21, in force January 1, 1991), an appeal of a decision of the Tax Court was to be treated for the most part like a trial, with most of the Rules relating to ordinary actions applying.

interjeté appel de cette décision devant la Section de première instance de notre Cour, conformément aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.³

a Le ministre dépose sa déclaration auprès de la Section de première instance le 29 juillet 1986. À la demande de l'intimée, il accepte que celle-ci retarde le dépôt de sa défense en attendant que la Cour suprême du Canada rende sa décision dans l'affaire *Ensite Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509, qui s'apparente à la cause en instance et dont l'intimée estimait que son issue pourrait avoir des répercussions sur sa position en l'espèce. Après que la Cour suprême eut rendu sa décision le 6 novembre 1986, le ministre annonce son intention de poursuivre l'appel, et l'intimée fait savoir qu'elle «essaierait» de déposer sa défense en janvier 1987 au plus tard. Le 9 mars 1987, le procureur de l'intimée écrit à celui de l'appelante pour lui signifier la défense jointe à la lettre.

Le 13 mars 1987, le procureur du ministre écrit à celui de l'intimée pour proposer que les deux côtés se communiquent leurs listes de documents respectives et prennent les dispositions nécessaires pour l'interrogatoire préalable. Il n'y pas d'autres communications entre les parties jusqu'au 23 mars 1988, date à laquelle le procureur du ministre envoie sa liste de documents à celui de l'intimée et lui demande en retour la liste de celle-ci. Le procureur du ministre suggère aussi que les parties essaient de s'entendre sur les faits de la cause afin de s'épargner la communication des pièces, puisque ces faits ne sont «guère contestés». Le 29 mars 1988, les procureurs des deux parties conviennent par téléphone que celui du ministre préparera un projet d'exposé conjoint des faits. Rien dans le dossier ne permet de savoir si cet accord a été dénoncé ni si l'intimée a communiqué sa liste de documents.

Le 14 mai 1990 (c'est-à-dire plus de deux ans après la dernière correspondance), le procureur du ministre envoie à celui de l'intimée un exemplaire de son projet d'exposé conjoint des faits pour lui demander de dire ce qu'il en pense. Le procureur de l'inti-

³ Sous le régime de l'art. 175(3) ancien de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (abrogé et remplacé par L.C. 1988, ch. 61, art. 21, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1991), l'appel formé contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt est réputé être une action en Cour fédérale, à laquelle s'appliquent la plupart des Règles concernant les actions ordinaires.

respond. On October 24, 1990, the solicitor for the Minister wrote again, requesting a response. He received none. On January 15, 1991, the solicitor for the Minister wrote a third time as follows:

A draft of the Statement of Agreed Facts was sent on May 14, 1990 for your perusal. I have not had any response from you despite a reminder dated October 24, 1990.

May I please hear from you whether or not you intend to proceed with this appeal. In reviewing your position you might take into account the views of the Tax Court expressed in *McCutcheon Farms Ltd. v. M.N.R.*, 88 DTC 1208 at pages 1214-25 on the reasons behind the Tax Court's decision in *Aqua-Gem*.

To this the respondent's solicitor replied by serving on the appellant's solicitor, a notice of motion returnable on June 10, 1991 in the Trial Division for the relief mentioned earlier.

The motion was adjourned by the parties *sine die* and was heard by the Associate Senior Prothonotary in Toronto on September 30, 1991.

THE JUDGMENTS BELOW

a) Reasons of the Associate Senior Prothonotary

On September 30, 1991, the Associate Senior Prothonotary heard the motion and dismissed it. On October 8, 1991, he delivered written reasons for his decision. In his reasons, the Associate Senior Prothonotary reviewed the procedural history of the action and the correspondence passing between the solicitors for the parties. He then stated [at pages 5546-5547]:

The time that has passed since the occurrence of the facts giving rise to this action (which is a tax appeal) is sufficient for any witness to have forgotten many of the circumstances. Defendant's counsel, however, admitted that there was substantive evidence from the witness at the trial in the Tax Court and no doubt transcripts of that testimony will go far to refresh the witness's memory. The delay prior to March, 1987 [*i.e.* the period prior to Aqua-Gem's filing its defence] was either by agreement awaiting the Supreme Court decision or by delay of the defendant. The delay immediately after March 1987 was in not filing document lists. Both sides were required to file such lists, neither did so. Over a year later, in March 1988, the plaintiff [*i.e.* Crown] supplied a list. The defendant might at that time have moved or complained of a fresh step being

mée ne répond pas. Le 24 octobre 1990, le procureur du ministre lui écrit de nouveau pour demander une réponse. Il n'en reçoit aucune. Le 15 janvier 1991, le procureur de ministre écrit une troisième fois, comme suit:

[TRADUCTION] Nous vous avons envoyé le 14 mai 1990 un projet d'exposé conjoint des faits et, malgré un rappel en date du 24 octobre 1990, nous attendons toujours de savoir ce que vous en pensez.

Pourriez-vous nous dire si vous avez ou non l'intention de contester à cet appel? En revoyant votre position à ce sujet, vous auriez intérêt à prendre en considération ce que dit la Cour de l'impôt dans *McCutcheon Farms Ltd. c. M.N.R.*, 88 DTC 1208, aux pages 1214-25, au sujet des motifs de sa décision *Aqua-Gem*.

En réponse à la lettre ci-dessus, le procureur de l'intimée a signifié à celui de l'appelante un avis de requête à présenter le 10 juin 1991 devant la Section de première instance, avec les chefs de demande mentionnés plus haut.

La requête, ajournée *sine die* par les parties, a été finalement entendue par le protonotaire adjoint à Toronto, le 30 septembre 1991.

LES DÉCISIONS DES INSTANCES INFÉRIEURES

a) Les motifs de la décision du protonotaire adjoint

Le 30 septembre 1991, le protonotaire adjoint, ayant entendu la requête, l'a rejetée. Le 8 octobre 1991, il prononce les motifs de sa décision, par lesquels, après avoir évoqué la chronologie des actes de procédure et la correspondance entre les procureurs des deux parties, il tire des faits la conclusion suivante [aux pages 5546-5547]:

Le temps écoulé depuis que se sont produits les faits ayant donné naissance à cette action (un appel en matière fiscale) est suffisamment long pour que des témoins aient oublié plusieurs des circonstances en cause. L'avocat de la défenderesse a admis cependant que la déposition du témoin au procès devant la Cour de l'impôt était assez considérable et que, sans aucun doute, sa transcription contribuera à rafraîchir la mémoire des témoins. Le retard antérieur à mars 1987 [c'est-à-dire antérieur au dépôt de la défense d'Aqua-Gem] résultait soit du fait que les parties avaient convenu d'attendre la décision de la Cour suprême, soit du retard de la défenderesse. Le retard postérieur à mars 1987 résultait du défaut de déposer les listes de documents. Le dépôt de ces listes était requis des deux parties, et aucune ne s'est exécutée. En mars 1988, après un peu plus

taken after a year's delay. The defendant did not do so. The parties communicated and on the 28th of March 1988, the plaintiff agreed to draft a Statement of Facts in the hope that an Agreed Statement of Facts might be used to shorten proceedings. The plaintiff did not supply the draft Agreed Statement of Facts for over two years. When the plaintiff finally supplied the draft in May of 1990, the defendant could again have moved or complained. Over the next year, the plaintiff twice sought replies and received none. The delay of two years up until May, 1990 as I say, might well have supported a successful motion to dismiss brought about at that time. The defendant, however, did nothing. Twice the defendant was reminded. The next step in the proceedings which were apparently agreed to by the parties in March of 1988 was for the defendant to react to the draft Agreed Statement of Facts which it did not do. Having apparently excused a one year delay prior to March 1988, and a further two year delay prior to May 1990, or if it did not excuse those delays to have done nothing about either of them until June of 1991. [sic] The defendant cannot be heard to complain at this late date of the plaintiff's failure to proceed expeditiously at earlier times nor of the plaintiff's failure to react to the defendant's delays in commenting on the Agreed Statement of Facts. For these reasons I dismissed the defendant's motion. [Emphasis added.]

b) Reasons of the Motions Judge

The respondent appealed from the order of the Associate Senior Prothonotary by motion brought pursuant to Rule 336(5) of the *Federal Court Rules*, according to the practice of the Court.

In its notice of motion the respondent sought, *inter alia*, an order reversing the order of the Associate Senior Prothonotary on several grounds, but in essence it claimed that the Associate Senior Prothonotary had erred in not staying or dismissing the appellant's action.

I digress here to observe that in argument before us counsel for the appellant stated that he took the position before the Associate Senior Prothonotary that despite the alternative claim for relief the respondent's motion was properly one for dismissal for want of prosecution pursuant to Rule 440 of the *Federal Court Rules* and not for a stay pursuant to sub-

d'un an, la demanderesse [c'est-à-dire la Couronne] produit une liste. À ce moment-là, la défenderesse aurait pu présenter une requête ou se plaindre qu'une nouvelle mesure venait d'être prise avec un an de retard. Or, la défenderesse ne l'a pas fait. Les parties communiquèrent et le 28 mars 1988, la demanderesse accepta de rédiger un exposé conjoint des faits espérant que cet exposé pourrait abrégé les procédures. La demanderesse ne produisit le projet d'exposé conjoint des faits que plus de deux ans après. Quand finalement, en mai 1990, la demanderesse produisit l'exposé, la défenderesse aurait pu encore présenter une requête ou une plainte. Deux fois au cours de l'année suivante, la demanderesse sollicita une réponse et n'en reçut aucune. Comme je le dis, le retard de deux ans jusqu'en mai 1990, aurait très bien pu à ce moment-là, justifier une requête en rejet d'action qui aurait été accueillie. Cependant la défenderesse ne fit rien. Par deux fois elle a été sollicitée. L'étape suivante dans les procédures, dont avaient apparemment convenu les parties en mars 1988, était la réponse que devait apporter la défenderesse, et qu'elle n'a pas apportée, à l'exposé conjoint des faits. Comme elle a apparemment toléré un retard d'un an avant mars 1988, et un autre retard de deux ans avant mai 1990, ou à défaut de les avoir acceptés, comme elle n'a rien fait à cet égard avant juin 1991, la défenderesse ne peut après tous ces retards se permettre de se plaindre du défaut de la demanderesse de procéder rapidement auparavant ni de son défaut de réagir aux retards de la défenderesse à commenter l'exposé conjoint des faits. Pour ces motifs, la requête de la défenderesse est rejetée. [C'est moi qui souligne.]

b) Les motifs de la décision du juge des requêtes

Se fondant sur la Règle 336(5) des *Règles de la Cour fédérale*, l'intimée a interjeté appel de l'ordonnance du protonotaire adjoint.

Dans son avis de requête, l'intimée conclut, entre autres, à ordonnance portant infirmation de celle du protonotaire par plusieurs motifs, mais essentiellement, elle soutient que celui-ci a commis une erreur pour ne pas avoir suspendu ou rejeté l'action de l'appelante.

J'ouvre ici une parenthèse: au cours de l'argumentation devant la Cour, l'avocat de l'appelante rappelle que devant le protonotaire adjoint, il a fait valoir que malgré les chefs de demande alternatifs, la requête de l'intimée était à vrai dire une demande de rejet pour défaut de poursuivre, fondée sur la Règle 440 des *Règles de la Cour fédérale*, et non une requête en

section 50(1) of the *Federal Court Act*, ("the Act").⁴ It would appear that the Associate Senior Prothonotary accepted that position because he decided the motion on that basis.

After he had reviewed the facts, the Motions Judge outlined his approach to the appeal in the following terms [at page 5642]:

The first point I wish to make concerns the function of a trial judge of this court when hearing an appeal from a decision of a prothonotary. It is now established that in cases of this nature, a judge is not only permitted to exercise his or her own discretion, but is required to do so. Furthermore, there is no obligation on the court to accept the views of the prothonotary. This principle was set out by the Federal Court of Appeal in *The Ship "Jala Godavari" et al. v. The Queen et al.* (A-112-91, October 18, 1991), wherein Hugessen, J.A. writing for the court made the following statement:

In this latter connection we would add that, contrary to a view that has sometimes been expressed in the Trial Division, a judge who hears an appeal from a prothonotary on a matter involving the exercise of discretion is called upon to exercise his own discretion and is not bound by the prothonotary's opinion. He may, of course, choose to give great weight to the views expressed by the prothonotary, but the parties are, in the final analysis, entitled to the discretion of a judge and not that of a subordinate officer.

It was this passage in the reasons of the Motions Judge which caused the Court to require argument on the issue of whether the proper standard of review had been applied to the order of the Associate Senior Prothonotary.

Following his description of the scope of review, the Motions Judge stated that he would allow the appeal. In justifying his conclusion he said [at pages 5642-5643]:

In order to succeed on an application to dismiss an action for want of prosecution, the defendant must show that there has been inordinate delay which is inexcusable and that it will likely be seriously prejudiced by the delay. The general rule is that the longer the delay, the greater the likelihood of serious prejudice at the trial as the passage of time weakens witnesses' recollection of events.

I am satisfied that the defendant has successfully shown these elements in the present case. Indeed, it is not seriously contested here that there has been inordinate delay on the part of the plaintiff. Giles, A.S.P. noted in his Reasons that "the

⁴ R.S.C., 1985, c F-7.

suspension de l'instance sous le régime du paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* («la Loi»)⁴. Il appert de la décision du protonotaire adjoint qu'il a accepté cette façon de voir.

Après avoir passé en revue les faits de la cause, le juge des requêtes a expliqué sa conception de l'appel en ces termes [à la page 5642]:

Le premier point que j'aimerais souligner concerne le rôle d'un juge de première instance de notre Cour qui entend un appel d'une décision d'un protonotaire. Il est maintenant reconnu que, dans les litiges de cette nature, le juge a non seulement le droit d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire, mais il doit le faire. En outre, la Cour n'est nullement tenue d'accepter l'opinion du protonotaire. Ce principe a été énoncé par la Cour d'appel fédérale dans *Le navire «Jala Godavari» et al. c. La Reine et al.* (A-112-91, 18 octobre 1991), où le juge Hugessen qui s'exprimait au nom de la Cour, a dit ce qui suit:

À ce sujet, nous ajouterions que, contrairement à ce que la Section de première instance a exprimé à quelques reprises, le juge saisi d'un appel d'une décision du protonotaire sur une question mettant en cause l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire et n'est pas lié par l'opinion du protonotaire. Il peut, évidemment, choisir d'accorder une importance considérable à l'opinion exprimée par ce dernier, mais les parties ont droit, en dernière analyse, à l'exercice du pouvoir judiciaire d'un juge et non d'un fonctionnaire judiciaire subalterne.

C'est ce passage des motifs prononcés par le juge des requêtes qui a poussé la Cour à ordonner aux parties de présenter leurs arguments sur la question de savoir si la norme de révision appropriée avait été appliquée à l'égard de l'ordonnance du protonotaire adjoint.

Après avoir défini la portée de la révision, le juge des requêtes a fait droit à l'appel par le motif suivant [aux pages 5642 et 5643]:

Pour avoir gain de cause dans une demande de rejet d'une action pour défaut de poursuivre, la défenderesse doit établir qu'il y a eu un retard démesuré et inexcusable et qu'elle sera vraisemblablement gravement lésée par ce retard. Selon la règle générale, plus le délai est long, plus le risque que ce retard cause un grave préjudice à l'instruction augmente, étant donné qu'avec le temps, les témoins ont tendance à moins bien se souvenir des événements.

Je suis d'avis que la défenderesse a établi ces éléments en l'espèce. Effectivement, on ne conteste pas sérieusement ici que la demanderesse a tardé à agir et que ce retard était démesuré. Dans ses motifs, le protonotaire Giles, P.-C.A., a souligné

⁴ L.R.C. (1985), ch. F-7.

time that has passed since the occurrence of the facts giving rise to this action (which is a tax appeal) is sufficient for any witness to have forgotten many of the circumstances." Accordingly, it is appropriate that the plaintiff's action be dismissed for want of prosecution.

The fact that plaintiff's delay in prosecuting this case is sufficient to warrant an order dismissing the action is not, under the circumstances, altered by any subsequent delay on the part of the defendant. The implication that the defendant's lack of action excused the plaintiff's failure to prosecute in a reasonable and timely manner is simply not correct.

I am of the view that the Associate Senior Prothonotary was in error when he refused to grant the motion for want of prosecution solely on the grounds that the defendants had not complained of the plaintiff's tardiness or taken some action at an earlier date. It is clear on the facts that the delay on the plaintiff's part has been of such substantial proportion as to likely cause prejudice to the defendant at trial. [Emphasis added.]

THE ISSUES

As reconstituted, the following two issues arose for determination in this appeal and were fully canvassed by counsel for the parties:

1. Whether the Motions Judge applied the proper standard of review to the discretionary decision of the Associate Senior Prothonotary.
2. Whether the Motions Judge erred in allowing the Respondent's appeal and setting aside the order of the Associate Senior Prothonotary.

I will deal with each issue in turn.

1. Whether the Motions Judge applied the proper standard of review to the discretionary decision of the Associate Senior Prothonotary.

I observe at the outset that this issue is of great importance, since it touches directly upon the efficient dispatch of the business of the Court and the proper utilization of judicial resources. Simply stated, the competing considerations are whether all discretionary decisions of prothonotaries are to be reviewed by hearings *de novo*, as the Motions Judge has concluded, based on the decision in *Canada v. "Jala Godavari" (The)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127 (F.C.A.), or whether they should be reviewed for error only in some or all cases. If only in some, how should such cases be defined?

que «le temps écoulé depuis que se sont produits les faits ayant donné naissance à cette action (un appel en matière fiscale) est suffisamment long pour que des témoins aient oublié plusieurs des circonstances en cause». En conséquence, il convient que l'action de la demanderesse soit rejetée pour défaut de poursuivre.

Le fait que la demanderesse ait tardé à présenter sa cause justifie en soi le rejet de l'action et, dans les circonstances, ce fait n'est pas modifié par un retard subséquent de la part de la défenderesse. Il est tout simplement faux de dire que, par son inaction, la défenderesse a excusé le défaut de la demanderesse de procéder dans un délai raisonnable.

À mon avis, le protonotaire chef adjoint a eu tort de refuser la requête en rejet de l'action pour défaut de poursuivre pour le seul motif que la défenderesse ne s'est pas plainte du retard de la demanderesse ni n'a agi plus tôt. La preuve indique clairement que le retard de la demanderesse était de nature à causer un préjudice à la défenderesse à l'instruction. [C'est moi qui souligne.]

LES POINTS LITIGIEUX

Cet appel soulève donc les deux questions suivantes qui ont été débattues par les avocats des deux parties:

1. Savoir si le juge des requêtes a appliqué la norme appropriée pour réviser la décision discrétionnaire du protonotaire adjoint.
2. Savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en accueillant l'appel de l'intimée et en infirmant l'ordonnance du protonotaire adjoint.

J'examinerai ces deux questions l'une après l'autre.

1. Le juge des requêtes a-t-il appliqué la norme appropriée pour réviser la décision discrétionnaire du protonotaire adjoint?

Il y a lieu de noter en tout premier lieu que cette question revêt une grande importance, puisqu'elle intéresse directement le fonctionnement efficace de la Cour et l'utilisation judicieuse des ressources judiciaires. En termes plus simples, deux considérations s'opposent: il s'agit de savoir si toutes les décisions discrétionnaires des protonotaires sont susceptibles de révision par voie d'audition *de novo*, comme l'a conclu le juge des requêtes en s'appuyant sur l'arrêt *Canada c. «Jala Godavari» (Le)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127 (C.A.F.), ou si elles ne sont susceptibles de révision que pour cause d'erreur manifeste dans certains cas ou dans tous les cas. Si elles ne le sont que

Resolution of this issue requires an appreciation of the role of prothonotaries and the nature of the functions they perform in this Court. It is necessary to an understanding of that role and those functions to review their legislative underpinnings.

By section 3 of the *Federal Court Act*, Parliament continued in this Court, as a superior court of civil and criminal jurisdiction, the authority formerly exercised by the Exchequer Court of Canada. As is well known, the Exchequer Court employed a Registrar or Master to assist in its work.⁵

⁵ The office of Registrar has existed since the founding of the Court. Initially, the position of Registrar of both the Supreme Court of Canada and the Exchequer Court was occupied by the same individual (*The Supreme and Exchequer Courts Act*, S.C. 1875, c. 11, s. 70), but in 1887, the position of Registrar of the Exchequer Court was constituted as a separate office (*An Act to amend "The Supreme and Exchequer Courts Act", and to make better provision for the Trial of Claims against the Crown*, S.C. 1887, c. 16, s. 9). Like the prothonotaries in this Court, the Registrar of the Exchequer Court was required to be a barrister.

The constituent authority for the office of Registrar had to be amended periodically to provide for an increase in salary until, by [*An Act to amend the Exchequer Court Act*] S.C. 1957, c. 24, s. 1, his salary was thereafter to be determined by the Governor in Council, but the express authorization for the exercise of judicial authority by him was enacted by [*An Act to amend the Exchequer Court Act*] S.C. 1920, c. 26, s. 3. It added a new subs. 13(2) to the Act, which provided:

13. . . .

(2) In addition to any powers, jurisdiction and authority conferred upon the Registrar by this or any other statute of Canada, the Judges of the Exchequer Court of Canada may, by any general rule or order made under the provisions of section eighty-seven of this Act [*i.e.* the provision which authorized the judges of the Court to make rules], empower the Registrar to do any such thing and transact any such business as is specified in such rules or orders, and to exercise any authority and jurisdiction in respect of the same as is now or may be hereafter done, transacted or exercised by a Judge of the Court sitting in Chambers in virtue of any statute or custom or by the practice of the Court.

In the 1927 revision of the public general statutes [*Exchequer Court Act*, R.S.C. 1927, c. 34] this provision was incorporated (with slight grammatical modifications of no consequence to this case) as ss. 87(2), where it remained throughout the

(Continued on next page)

dans certains cas, comment faut-il définir ces derniers?

Pour répondre à cette question, il faut avoir une juste idée du rôle des protonotaires et de la nature des fonctions qu'ils exercent au sein de la Cour. Et pour comprendre ce rôle et ces fonctions, il est nécessaire d'évoquer la législation qui en est la fondation.

Par l'article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le législateur a conféré à notre Cour, qui est une cour supérieure ayant compétence en matière civile et pénale, les pouvoirs précédemment exercés par la Cour de l'Échiquier du Canada. Comme chacun le sait, cette dernière avait à son service un registraire ou protonotaire pour la seconder dans son travail⁵.

⁵ Le poste de registraire a existé depuis la création de la Cour. Au début, les fonctions de registraire de la Cour suprême du Canada et de la Cour de l'Échiquier étaient occupées par une même personne (*L'Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11, art. 70), mais en 1887, les fonctions du registraire de la Cour de l'Échiquier ont été séparées (*Acte à l'effet de modifier l'Acte des cours Suprême et de l'Échiquier, et d'établir de meilleures dispositions pour l'instruction des réclamations contre la Couronne*, S.C. 1887, ch. 16, art. 9). Comme pour les protonotaires de notre Cour, le registraire de la Cour de l'Échiquier devait être un avocat inscrit au barreau.

La loi créant les fonctions de registraire a dû être modifiée périodiquement en vue des augmentations de traitement jusqu'au texte ([*Loi modifiant la Loi sur la Cour de l'Échiquier*] S.C. 1957, ch. 24, art. 1) qui prévoyait que désormais le traitement serait fixé par le gouverneur en conseil, mais le texte qui habilitait expressément le registraire à exercer des pouvoirs judiciaires était [*Loi modifiant la Loi de la Cour de l'Échiquier*] S.C. 1920, ch. 26, art. 3, qui ajoutait à la Loi un nouveau paragraphe 13(2) comme suit:

13. . . .

(2) En sus de tous pouvoirs, juridiction et autorité que la présente loi ou toute autre loi du Canada confère au registraire, le juge de la Cour de l'Échiquier du Canada peut, par une règle ou ordonnance générale rendue en vertu des dispositions de l'article quatre-vingt-sept de la présente loi, autoriser le registraire à faire toute chose et à expédier toute affaire spécifiée dans cette règle ou ordonnance, et à exercer toute autorité ou juridiction à leur égard, qu'un juge de la cour siégeant en chambre fait, expédie ou exerce actuellement, ou peut ci-après faire, expédier ou exercer, en vertu d'une loi ou coutume, ou selon la pratique de la cour.

Lors de la révision de 1927 des lois d'application générale [*Loi de la cour de l'Échiquier du Canada*, S.R.C. 1927, ch. 34] cette disposition est devenue (avec quelques modifications de style sans conséquence pour l'affaire en instance) le para-

(Suite à la page suivante)

The Act provides, in section 12, for the continuation of the function performed by these officers, by authorizing the appointment of prothonotaries. Section 12 defines the powers, duties, functions and status attaching to the office of prothonotary in the following terms:

12. (1) The Governor in Council may appoint as prothonotaries of the Court such fit and proper persons who are barristers or advocates in a province as are, in his opinion, necessary for the efficient performance of the work of the Court that, under the Rules, is to be performed by them.

(2) The Governor in Council shall designate one of the prothonotaries to be Senior Prothonotary and one of the prothonotaries to be Associate Senior Prothonotary.

(3) The powers, duties and functions of the prothonotaries shall be determined by the Rules.

(4) Each prothonotary shall be paid a salary to be fixed by the Governor in Council.

(5) For the purposes of the *Public Service Superannuation Act*, a prothonotary shall be deemed to be employed in the Public Service.

In the exercise of the rule-making authority given in paragraph 46(1)(h) of the Act to make rules "empowering a prothonotary to exercise any authority or jurisdiction, subject to supervision by the Court even though the authority or jurisdiction may be of a judicial nature", the Court has promulgated Rule 336 which enumerates the duties which a prothonotary may perform. For convenience, I reproduce relevant portions of that Rule:

Rule 336. (1) Notwithstanding Rule 326(1), a prothonotary shall have power

- (a) to do anything that he is by these Rules authorized to do,
- (b) if he is satisfied that all parties affected have consented thereto, to make any order that the Trial Division may make other than

- (i) an order that is inconsistent with an order previously made by the Court or a judge, or
- (ii) an order fixing a date or place of trial,

- (c) if he is satisfied that all parties affected have consented thereto, to give a judgment disposing of an action,

(Continued from previous page)

remainder of the life of the Exchequer Court (see *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98). In their last form prior to the creation of this Court, the "semi-judicial powers", as they were entitled, were embodied in *Exchequer Court General Rules and Orders*, Rule 1A. By virtue of Rule 1A(4), the Registrar could be referred to as the Master of the Court.

La Loi prévoit, en son article 12, le maintien de la fonction de ces auxiliaires de la justice, en autorisant la nomination de protonotaires. L'article 12 définit les pouvoirs et fonctions ainsi que le statut de ces derniers comme suit:

12. (1) Le gouverneur en conseil peut nommer protonotaires de la Cour tous avocats remplissant, à son avis, les conditions voulues pour l'exécution des travaux de la Cour qui, aux termes des règles, incombent à cette catégorie de personnel.

(2) Le gouverneur en conseil désigne le protonotaire en chef et le protonotaire adjoint.

(3) Les pouvoirs et fonctions des protonotaires sont fixés par les règles.

(4) Les protonotaires reçoivent le traitement fixé par le gouverneur en conseil.

(5) Pour l'application de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, les protonotaires sont réputés appartenir à la fonction publique.

Conformément à l'alinéa 46(1)(h) de la Loi qui l'habilite à «donner pouvoir aux protonotaires d'exercer une autorité ou une compétence—même d'ordre judiciaire—sous la surveillance de la Cour», la Cour a promulgué la Règle 336 qui énumère les fonctions qu'un protonotaire peut exercer. En voici les passages applicables:

Règle 336. (1) Nonobstant la Règle 326(1), un protonotaire a le pouvoir

- a) de faire toute chose autorisée par les présentes Règles,
- b) s'il est convaincu que toutes les parties concernées y ont consenti, de rendre toute ordonnance pouvant être rendue par la Section de première instance à l'exception

- (i) d'une ordonnance incompatible avec une ordonnance précédemment rendue par la Cour ou un juge, et
- (ii) d'une ordonnance fixant les date et lieu de l'instruction,

- c) s'il est convaincu que toutes les parties concernées y ont consenti, d'inscrire un jugement statuant sur une action,

(Suite de la page précédente)

graphe 87(2) qui est demeuré en vigueur jusqu'à la disparition de la Cour de l'Échiquier (voir *Loi sur la Cour de l'Échiquier* S.R.C. 1952, ch. 98). Dans leur dernière manifestation avant la création de notre Cour, leurs «pouvoirs semi-judiciaires» étaient prévus à la Règle 1A des *Règles et ordonnances générales de la Cour de l'Échiquier*. Selon la Règle 1A(4), le registraire était aussi appelé directeur de la Cour.

(d) to deliver any judgment and make any order that the Court may deliver or make under Rules 432 to 437,

(e) to make any order that the Court might make granting leave to issue a writ of execution or extending the validity of a writ of execution,

(f) to hear and dispose of any action in which the amount involved does not exceed \$5,000 that has been assigned to him by a special direction of the Associate Chief Justice, or

(g) to dispose of any interlocutory application assigned to him specially or to any prothonotary, by special or general direction of the Chief Justice or of the Associate Chief Justice,

and, in exercising his powers, a prothonotary shall, ordinarily, sit in a hearing room open to the public, but, except in a matter under paragraph (f), failure to do so shall not invalidate anything done by him.

...

(3) Every order or decision made or given by a prothonotary under this Rule is as valid and binding on all parties concerned as if it had been made or given by the Court.

The supervision required by Parliament in paragraph 46(1)(h) is found in Rule 336(5), which provides for a right of appeal from all orders of prothonotaries, and which reads:

Rule 336. . .

(5) Any person affected by an order or decision of a prothonotary, other than a judgment under Rule 432 to 437 [which deal with default judgments], may appeal therefrom to the Court and such appeal shall be made by an application of which a notice shall be given to all interested parties setting forth the grounds of objection and served within 14 days after the order or decision complained of, and 4 clear days before the day fixed for hearing the same, or served within such other time as may be allowed by the Court or a prothonotary on *ex parte* application. The appeal shall be filed not later than 2 days before the date named for hearing (In this paragraph, "Court" means "Trial Division", if the matter is in the Trial Division and "Court of Appeal", if the matter is in the Court of Appeal).

On October 31, 1985, the Associate Chief Justice, acting under the authority of Rule 336(1)(g), issued a general direction respecting the powers of prothonotaries in relation to the hearing and disposition of interlocutory applications in the Trial Division. In that direction, the Associate Chief Justice stated that the Senior Prothonotary and the Associate Senior Prothonotary were empowered to hear and dispose of any interlocutory application in the Trial Division

d) de rendre tout jugement ou toute ordonnance que la Cour pourra rendre en vertu des Règles 432 à 437,

e) de rendre toute ordonnance que la Cour pourrait rendre pour permettre d'émettre un bref d'exécution ou pour prolonger la validité d'un bref d'exécution,

f) d'entendre et décider toute action portant sur un montant ne dépassant pas \$5,000 qui lui a été confiée sur directive spéciale du juge en chef adjoint, ou

g) de statuer sur toute demande interlocutoire qui lui a été nommément confiée ou qui a été confiée à l'un quelconque des protonotaires sur directive spéciale ou générale du juge en chef ou du juge en chef adjoint,

et, dans l'exercice de ses pouvoirs, un protonotaire doit, d'ordinaire, siéger dans une salle d'audience ouverte au public; toutefois, sauf pour une question visée à l'alinéa f), le défaut de siéger dans une telle salle n'invalidera pas ce qu'il aura fait.

...

(3) Toute ordonnance ou décision rendue par un protonotaire en vertu de la présente Règle est aussi valide que si elle avait été rendue par la Cour et lie toutes les parties concernées dans la même mesure.

La surveillance prévue par le législateur à l'alinéa 46(1)(h) est définie à la Règle 336(5), qui prévoit le droit d'appel contre toute ordonnance de protonotaire, comme suit:

Règle 336. . .

(5) Toute personne concernée par une ordonnance ou décision d'un protonotaire, autre qu'un jugement en vertu des Règles 432 à 437 [relatives au jugement par défaut], peut en appeler à la Cour et cet appel doit être interjeté au moyen d'une demande dont avis doit être donné à toutes les parties intéressées, ledit avis devra indiquer les raisons de l'opposition et être signifié dans les 14 jours de l'ordonnance ou de la décision dont il est fait appel, et quatre jours francs avant le jour fixé pour l'audition de l'appel, ou devra être signifié dans tel autre délai que pourra accorder la Cour ou un protonotaire sur demande *ex parte*. L'appel doit être déposé 2 jours au moins avant la date fixée pour l'audition. (Au premier alinéa, «Cour» désigne la «Section de première instance», si la question est devant la Section de première instance, et la «Cour d'appel», si la question est devant la Cour d'appel).

Le 31 octobre 1985, le juge en chef adjoint a émis, en application de la Règle 336(1)(g), une directive générale sur les pouvoirs des protonotaires en matière interlocutoire devant la Section de première instance. Il y est prévu que le protonotaire en chef et le protonotaire adjoint sont habilités à statuer sur toute requête interlocutoire dont est saisie la Section de première instance, à l'exception de cinq catégories d'affaires expressément visées dans la directive.

except one falling within five classes of matters specifically enumerated therein.

Doubtless, in providing for the office of the Registrar or Master in the Exchequer Court and of the protonotary in this Court, Parliament was mindful of the pre-trial and post-judgment support which the master system provided for superior court judges in the judicial systems of England and Ontario, both of which made extensive use of these judicial officers.

In his Hamlyn Lectures (published under the title *The Fabric of English Civil Justice*, London: Stevens & Sons, 1987), Sir Jack Jacob, Q.C., himself a former senior master of the High Court of Justice in England, sketched the historical development of the master system in England and the manner of its operation. The following passage at pages 110-111 is instructive of the historical evolution of that system:

The most striking feature of the English pre-trial process is that, save for a few exceptions, the proceedings are conducted not before a judge but before a junior judicial officer, called the Master or Registrar. Before 1837, the judges of the three superior common law courts themselves dealt with pre-trial applications, which were then comparatively few in number and in variety. In 1837, Parliament abolished a great number of administrative and a few quasi-judicial offices and in their place created the Masters of the three Common Law Courts to assist the judges in their pre-trial work. In 1867, Parliament took the bold leap forward to transform the position of the Master from being an assistant to the judge into becoming a separate, distinct and independent judicial officer. This was achieved by enabling the judges to make rules of court empowering the Masters to transact all such business and exercise all such authority and jurisdiction as may be transacted and exercised by the judge in Chambers, except in specified matters and proceedings. Needless to say, the requisite rules of court were immediately made and they have continued with considerable expansion to this day. They operate to confer on the Masters original jurisdiction in respect of the matters and proceedings that come before them. For these purposes in the High Court, the Master is the equivalent of the judge in Chambers and his decision, order or judgment is made or given in his capacity as "the court" itself.

The jurisdiction of the Masters, which has from time to time since their creation been greatly expanded, is very extensive indeed and covers almost the entire range of pre-trial proceedings, with the important exception of applications for an injunction, other than in agreed terms, and it also extends to almost all post-judgment proceedings. They have power to make final as well as interlocutory orders and to give final

Il est hors de doute qu'en créant les fonctions de registraire ou protonotaire de la Cour de l'Échiquier et de protonotaire de notre Cour, le législateur avait à l'esprit le soutien que les protonotaires assuraient aux juges des cours supérieures, avant et après le jugement, dans les systèmes judiciaires d'Angleterre et de l'Ontario, lesquels faisaient un large usage de ces auxiliaires de la justice.

Dans ses cours Hamlyn (publiés sous le titre *The Fabric of English Civil Justice*, Londres: Stevens & Sons, 1987), Sir Jack Jacob, c.r., lui-même ancien protonotaire en chef de la Haute Cour de justice d'Angleterre, a donné un aperçu de l'évolution et du mode de fonctionnement de ce système en Angleterre. Le passage suivant, aux pages 110 et 111, est particulièrement instructif sur l'évolution historique de ce système:

[TRADUCTION] Le trait le plus frappant de la procédure préliminaire en Angleterre réside dans ce que, à quelques rares exceptions près, elle ne se déroule pas devant un juge, mais devant un auxiliaire de la justice appelé protonotaire ou registraire. Avant 1837, les juges des trois cours supérieures de common law entendaient eux-mêmes les requêtes préliminaires, qui étaient alors relativement peu nombreuses et peu variées. En 1837, le législateur a supprimé un grand nombre de fonctions administratives et quasi judiciaires, et les a remplacées par des protonotaires dans les trois tribunaux de common law pour seconder les juges dans les procédures préliminaires. En 1867, le législateur a encore innové, en faisant du protonotaire non plus un auxiliaire du juge, mais une autorité judiciaire séparée, distincte et indépendante. Pour y parvenir, il a habilité les juges à adopter des règles investissant les protonotaires du pouvoir d'exercer les mêmes fonctions que le juge en chambre, sauf les questions et instances expressément prévues. Point n'est besoin de dire que les règles nécessaires ont été immédiatement adoptées et qu'elles se sont considérablement développées depuis. Elles ont pour effet de donner aux protonotaires compétence originale sur les matières et procédures dont ils sont saisis. Dans cette fonction, le protonotaire à la Haute Cour est l'équivalent du juge en chambre et c'est en incarnant «la Cour» elle-même qu'il rend sa décision, ordonnance ou jugement.

La compétence des protonotaires, qui a été considérablement élargie depuis l'institution de ces fonctions, est en effet très étendue et couvre la quasi-totalité des procédures préliminaires, sauf l'importante exception des requêtes en injonction si elles ne sont pas introduites dans des conditions convenues; elle embrasse également la quasi-totalité des procédures postérieures au jugement. Les protonotaires sont habilités à rendre

judgments which are as operative and enforceable and which must be complied with as if made or given by a judge.

There is no doubt that the office and functions of a master in superior courts of civil jurisdiction in the common law provinces in Canada is an inheritance of the colonial past, but from an early date Canadian practice seems to have diverged from that of England. So it was that as long ago as 1866, in *Sculthorpe v. Burn* (1866), 12 Gr. 427 (U.C. Ch), Mowat V.C. could say that, in pre-confederation Ontario, masters had been invested with a "larger discretion" than their counterparts in England.

In the early years of Confederation, the question of the proper standard of review of the discretionary decisions of masters by motions judges in provincial superior courts arose for consideration. Two distinct lines of authority emerged and they persist to the present time.

In Ontario, in *Adamson v. Adamson et al* (1888), 12 P.R. 469 (Ont. H.C.) at page 471, Chancellor Boyd accepted as settled that, "the rule is not to interfere unless the order appealed from is clearly wrong". To the same effect is *Odell v. Mulholland* (1891), 14 P.R. 180 (Ont. H.C.), a case where the Master had ordered a change of venue. Chancellor Boyd refused to interfere on appeal because he had not been persuaded that the Master was clearly wrong, even though he said that he himself might have decided the case differently if it had come before him in the first instance.

This was the Ontario standard until the decision of Barlow J. in *Quality Steels (London) Ltd. v. Atlas Steels Limited*, [1949] O.W.N. 110 (H.C.) where he purported to adopt the English standard, quoting the following passage [at pages 111-112] from the speech of Lord Atkin in *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) at page 478:

As to the limits of the discretion, if any, it may be necessary to say a word or two later. I only stay to mention a contention of the respondent that the Master having exercised his discretion the judge in Chambers should not reverse him unless it was made evident that the Master has exercised his discretion on

des ordonnances définitives comme des ordonnances interlocutoires ainsi que des jugements définitifs tout aussi impératifs et exécutoires que ceux des juges.

Il est indubitable que la charge et les fonctions de protonotaire des juridictions civiles supérieures des provinces de common law du Canada sont un vestige du passé colonial, mais dès les débuts, la pratique canadienne semble s'être écartée de celle de l'Angleterre. C'est ainsi que dès 1866, le vice-chancelier Mowat a noté dans *Sculthorpe v. Burn* (1866), 12 Gr. 427 (U.C. Ch.), qu'à cette époque antérieure à la Confédération, les protonotaires jouissaient en Ontario de «pouvoirs discrétionnaires plus étendus» que leurs homologues d'Angleterre.

Durant les premières années de la Confédération, s'est posée la question de la norme appropriée de révision des décisions discrétionnaires des protonotaires par les juges des requêtes des cours supérieures provinciales. Deux solutions jurisprudentielles se sont dégagées, qui persistent jusqu'à nos jours.

En Ontario, le chancelier Boyd a, dans *Adamson v. Adamson et al* (1888), 12 P.R. 469 (H.C. Ont.), à la page 471, accepté ce principe établi à ses yeux: [TRADUCTION] «il est de règle que le juge n'interviendra pas à moins que l'ordonnance entreprise ne soit entachée d'erreur flagrante». La même voie était suivie dans *Odell v. Mulholland* (1891), 14 P.R. 180 (H.C. Ont.), affaire dans laquelle le protonotaire avait ordonné un changement de lieu. Saisi de l'appel, le chancelier Boyd a refusé d'intervenir parce qu'il n'était pas convaincu que le protonotaire avait commis une erreur flagrante, bien que lui-même eût pu rendre une décision différente s'il avait été saisi de l'affaire en premier lieu.

Telle était la norme observée en Ontario jusqu'à la décision *Quality Steels (London) Ltd. v. Atlas Steels Limited*, [1949] O.W.N. 110 (H.C.), par laquelle le juge Barlow a apparemment appliqué la norme anglaise en citant le passage [aux pages 111 et 112] suivant des motifs prononcés par lord Atkin dans *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) à la page 478:

[TRADUCTION] Quant aux limites de ce pouvoir discrétionnaire, si limites il y a, il sera peut-être nécessaire de revenir brièvement là-dessus plus loin. Je m'arrête ici juste pour mentionner l'argument de l'intimé selon lequel le protonotaire ayant exercé son pouvoir discrétionnaire, le juge des requêtes ne doit

wrong principles. I wish to state my conviction that where there is a discretionary jurisdiction given to the Court or a judge the judge in Chambers is in no way fettered by the previous exercise of the Master's discretion. His own discretion is intended by the rules to determine the parties' rights; and he is entitled to exercise it as though the matter came before him for the first time. He will, of course, give the weight it deserves to the previous decision of the Master; but he is in no way bound by it.

In *Marleen Investments Ltd. v. McBride et al.* (1979), 23 O.R. (2d) 125 (H.C.), however, Southey J. reinstated the rule as formulated by Chancellor Boyd in *Adamson and Odell*, remarking that Barlow J. had overlooked these cases when he decided *Quality Steels*. Southey J. added that different considerations would apply in circumstances where the orders of a master raised questions vital to the final issue of a case. In those instances he concluded that a reviewing judge would be required to exercise an independent discretion, if the Master's decision was questioned on appeal. For this addition to the rule he relied upon the following passage [at pages 127-128] from the speech of Lord Wright in *Evans v. Bartlam*, *supra*, at page 484:

The Masters admirably exercise their discretion in routine matters of pleading, discovery, interrogatories, venue, mode of trial, and other interlocutory directions, without any appeal being necessary. But such matters may on occasion raise questions most vital to the final issue of the case. The decision of such questions is properly for the judge who will no doubt consider carefully the order of the Master. If a further appeal is taken to the Court of Appeal it is the judge's discretion which that Court has either to support or vary or reverse.

Like the present case, *Marleen Investments* was an appeal from an interlocutory order of a master dismissing an application by the defendants to dismiss an action for want of prosecution (under the appropriate Ontario Rule). Southey J. applied the rule laid down in *Adamson and Odell* and having found no error in the Master's decision, dismissed the appeal.

pas infirmer sa décision à moins qu'il ne soit évident que le premier s'est fondé sur des mauvais principes. Je tiens à exprimer ma conviction que là où la Cour ou un juge est investi d'un pouvoir discrétionnaire, le juge en chambre n'est nullement lié par l'exercice antérieur du pouvoir discrétionnaire du protonotaire. Selon l'esprit des règles, il exerce son propre pouvoir discrétionnaire pour statuer sur les droits des parties, et il a le droit de l'exercer comme si l'affaire lui avait été soumise en premier lieu. Il prendra naturellement en considération, comme il convient, la décision antérieure du protonotaire, mais il n'est nullement lié par cette décision.

Dans *Marleen Investments Ltd. v. McBride et al.* (1979), 23 O.R. (2d) 125 (H.C.), le juge Southey a rétabli la règle telle que l'avait formulée le chancelier Boyd dans les décisions *Adamson et Odell*, en faisant remarquer que le juge Barlow avait oublié ces deux précédents lorsqu'il rendit la décision *Quality Steels*. Le juge Southey a ajouté que différentes considérations s'appliquaient dans les cas où l'ordonnance du protonotaire portait sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause principale, et que dans ces cas, le juge saisi du recours était tenu d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire si la décision du protonotaire était contestée par un appel. Il a cité [aux pages 127 et 128] à l'appui de cette addition à la règle, le passage suivant des motifs prononcés par lord Wright dans *Evans v. Bartlam*, *supra*, à la page 484:

[TRADUCTION] Les protonotaires exercent parfaitement leur pouvoir discrétionnaire dans les matières courantes comme les actes de procédure, la communication des pièces, les interrogatoires, le lieu du procès, le mode du procès, et autres mesures interlocutoires, sans qu'aucun appel soit nécessaire. Mais ces matières peuvent à l'occasion porter sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause principale. Le jugement de ces questions appartient au juge qui considérera sans doute attentivement l'ordonnance du protonotaire. Si l'affaire va jusqu'à la Cour d'appel, c'est la décision discrétionnaire de ce juge que la Cour d'appel doit confirmer, modifier ou infirmer.

Comme en l'espèce, *Marleen Investments* était un appel contre l'ordonnance interlocutoire du protonotaire qui avait rejeté l'exception opposée par les défendeurs pour défaut de poursuivre (sous le régime de la disposition applicable des Règles de procédure de l'Ontario). Le juge Southey a appliqué la règle définie par *Adamson et Odell* et, n'ayant trouvé aucune erreur dans la décision du protonotaire, a rejeté l'appel.

The Ontario rule as restated in *Marleen Investments* was approved and refined by the Ontario Court of Appeal in *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436.

In *Stoicovski*, a Local Judge of the Supreme Court, acting as Master, had refused to allow an amendment to a statement of defence in an action arising out of a motor vehicle accident on the ground that the proposed amendment raised matters which would have required the plaintiff to plead a fresh cause of action against third parties. Since the limitation period had expired by the time the amendment was sought, the Local Judge concluded that the plaintiff would be unanswerably prejudiced by the amendment in a manner not compensable in costs. The Divisional Court reversed [(1983), 33 C.P.C. 145]. In allowing the appeal and restoring the order of the Local Judge, Lacourcière J.A., writing for the Court, stated at pages 438 and 439:

One of the arguments presented . . . and adopted by White J. in his dissenting judgment in the Divisional Court, was that the learned local judge arrived at his decision in the exercise of his judicial discretion and consequently his order ought not to have been disturbed by the Divisional Court unless it was *clearly wrong*. I agree that this test (adopted by Southey J. in *Marleen Investments Ltd v. McBride et al.* . . . , following the language of Chancellor Boyd in *Adamson v. Adamson et al.* . . .) is the appropriate one where an appeal is taken from an interlocutory order involving matters such as a change of venue, a jury notice or a routine amendment to a pleading. However, it was recognized by Southey J., in *Marleen Investments, supra*, that some interlocutory rulings which raise questions vital to the final issue of the case require a rehearing in which the judge's discretion may be properly substituted for that of the master or local judge. The present appeal clearly falls within the latter category. An amendment which may have the effect of reducing the plaintiff's quantum of recovery of damages is clearly vital to the final issue. [Emphasis added.]

The following are some examples of decisions of masters in Ontario which have been held to raise questions vital to the final issue of a case: a decision that a limitation period barred the adding of defendants (*Branche v. MacArthur et al.* (1986), 56 O.R. (2d) 71 (Div. Ct.)); an order requiring the plaintiff to post security for costs which would have effectively precluded the action from being heard (*Wink (John)*

La règle ontarienne, telle qu'elle fut rétablie dans *Marleen Investments*, a été confirmée et affinée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436.

Dans l'affaire *Stoicovski*, un juge local de la Cour suprême, faisant fonction de protonotaire, avait refusé l'autorisation de modifier la défense dans une action intentée à la suite d'un accident de la circulation, par ce motif que la modification envisagée poserait des questions qui obligeraient le demandeur à faire valoir une cause d'action nouvelle contre des tiers. Le délai de prescription étant expiré au moment de la demande d'autorisation de modifier, la modification causerait au demandeur un préjudice incontestable, que ne saurait réparer l'octroi des dépens. La Cour divisionnaire a infirmé cette décision [(1983), 33 C.P.C. 145]. En faisant droit à l'appel et rétablissant l'ordonnance du juge local, le juge Lacourcière, J.C.A. rendant l'arrêt de la Cour d'appel, a tiré la conclusion suivante aux pages 438 et 439:

[TRADUCTION] L'un des arguments proposés . . . et accueillis par le juge White dans ses motifs dissidents en Cour divisionnaire, était que le juge local a rendu sa décision dans l'exercice de son pouvoir judiciaire discrétionnaire et qu'en conséquence, la Cour divisionnaire n'aurait pas dû toucher à son ordonnance sauf *erreur flagrante*. Je conviens que ce critère (adopté par le juge Southey dans *Marleen Investments Ltd. v. McBride et al.* . . . qui a repris la conclusion tirée par le chancelier Boyd dans *Adamson v. Adamson et al.* . . .) est celui qui convient en cas d'appel contre une ordonnance interlocutoire portant sur des questions comme le changement du lieu du procès, un avis au jury ou une modification sans importance apportée aux actes de procédure. Cependant, le juge Southey a reconnu dans *Marleen Investments, supra*, que certaines décisions interlocutoires portant sur des questions ayant une influence déterminante sur le sort du litige nécessitent une nouvelle audience au cours de laquelle la décision discrétionnaire du juge peut parfaitement se substituer à celle du protonotaire ou juge local. L'appel en instance tombe indubitablement dans cette dernière catégorie. Une modification qui peut avoir pour effet de réduire le quantum des dommages-intérêts recouvrables par le demandeur a manifestement une influence déterminante sur l'issue de la cause principale. [Non souligné dans le texte original.]

Voici, à titre d'exemples, certaines décisions rendues par des protonotaires en Ontario et dont il a été jugé qu'elles portaient sur des questions ayant une influence déterminante sur le sort du litige: le délai de prescription interdit que l'action soit étendue à d'autres défendeurs (*Branche v. MacArthur et al.* (1986), 56 O.R. (2d) 71 (C. div.)); ordonnance à la demanderesse de constituer caution *judicatum solvi*

Ltd. v. Sico Inc. (1987), 57 O.R. (2d) 705 (H.C.)); a decision to consider a group of plaintiffs collectively rather than individually in determining whether they should post security for costs (*Das v. Coles* (1989), 71 O.R. (2d) 57 (H.C.)); and, a refusal to set aside the noting of pleadings closed, the effect of which was that a defendant was deemed to admit the truth of a plaintiff's pleadings (*Hart v. Kowall* (1990), 75 O.R. (2d) 306 (Gen. Div.)). In each of these cases, the Motions Judge heard the matter *de novo* and exercised his or her own discretion.

In contrast, motions judges in Ontario have refused to engage in *de novo* review of an order to divide examinations for discovery (*L.C.D.H. Audio Visual Ltd. v. I.S.T.S. Verbatim Ltd. et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 425 (H.C.)); and an order dismissing a motion to strike out a portion of a claim for punitive damages (*Fazzari et al. v. Pellizzari et al.* (1988), 28 O.A.C. 38 (Div. Ct.)).

A reading of these cases suggests that the critical question is whether the decision of the master will preclude a hearing of the case on its merits. If so, it will be considered to raise a question vital to the final issue of the case and *de novo* review is appropriate. But if not, a motions judge will defer to the master's discretion unless, to borrow the language of Chancellor Boyd, he or she is "clearly wrong".

The standard of review in Nova Scotia, when masters were employed there,⁶ was similar to the early Ontario Rule. In *King v. Drysdale et al.* (1892), 24 N.S.R. 308 (S.C.), Townshend J. (as he then was) stated at page 317 that the Court's duty on review of a master's discretionary order was "only to see if the master had acted on a wrong principle or had committed some manifest error". Similarly, in *Starratt v. White* (1913), 11 D.L.R. 488 (S.C.), Townshend C.J. stated at page 489 in an appeal from the decision of a master allowing certain interrogatories:

⁶ The office of Master in Nova Scotia was abolished in 1972 by the *Judicature Act*, S.N.S. 1972, c. 2.

telle qu'il lui serait impossible de donner suite à l'action (*Wink (John) Ltd. v. Sico Inc.* (1987), 57 O.R. (2d) 705 (H.C.)); décision de traiter les demandeurs collectivement et non individuellement pour juger s'ils doivent constituer caution *judicatum solvi* (*Das v. Coles* (1989), 71 O.R. (2d) 57 (H.C.)); refus d'annuler la constatation de clôture des plaidoiries, en conséquence de quoi le défendeur était réputé reconnaître la véracité des conclusions du demandeur (*Hart v. Kowall* (1990), 75 O.R. (2d) 306 (Div. gén.)). Dans chacune de ces affaires, le juge des requêtes a entendu l'affaire *de novo* et a rendu sa propre décision discrétionnaire.

Par contraste, des juges des requêtes de l'Ontario ont refusé de réviser *de novo* une ordonnance de scinder les interrogatoires préalables (*L.C.D.H. Audio Visual Ltd. v. I.S.T.S. Verbatim Ltd. et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 425 (H.C.)) et une ordonnance portant rejet de l'exception partielle opposée à une demande de dommages-intérêts punitifs (*Fazzari et al. v. Pellizzari et al.* (1988), 28 O.A.C. 38 (C. div.)).

Il ressort de ces causes que la question fondamentale qui se pose est de savoir si la décision du protonotaire empêchera le jugement sur le fond de l'affaire. Si tel est le cas, elle sera considérée comme portant sur une question déterminante pour le sort du litige, et il y a lieu de la réviser *de novo*. Dans le cas contraire, le juge des requêtes ne touchera pas à la décision discrétionnaire du protonotaire à moins que, pour reprendre les termes employés par le chancelier Boyd, elle ne soit entachée d'«erreur flagrante».

La norme de révision appliquée en Nouvelle-Écosse, à l'époque où il y avait encore des protonotaires⁶, était la même que celle que l'on avait d'abord adoptée en Ontario. Dans *King v. Drysdale et al.* (1892), 24 N.S.R. 308 (C.S.), le juge Townshend (tel était son titre) a conclu en page 317 que le seul contrôle juridictionnel de l'ordonnance discrétionnaire du protonotaire consistait à [TRADUCTION] «examiner si le protonotaire s'est fondé sur un mauvais principe ou a commis une erreur manifeste». De même, dans *Starratt v. White* (1913), 11 D.L.R. 488 (C.S.), le juge en chef Townshend s'est prononcé en ces

⁶ La charge de protonotaire a été supprimée en Nouvelle-Écosse en 1972 par la loi dite *Judicature Act*, S.N.S. 1972, ch. 2.

This appeal is of a class which should be discouraged, involving, as it does, only a question whether the County Court Judge, acting as a Master of this Court, properly exercised his decision in a point of practice. All authorities agree that, unless he has erred in principle, the Court will not interfere on appeal.

Twenty-five years after Alberta joined Confederation, the Supreme Court of Alberta developed a different standard of review of discretionary orders made by masters. In *Alta. Wheat Pool v. Nahajowicz* (1930), 24 Alta. L.R. 400 (S.C.A.D.), a case involving an order by a master that the plaintiff deliver particulars of his claim to the defendant, Harvey C.J.A., speaking for the Appellate Division, stated at page 401:

As to the last ground it has been pointed out more than once that the Master is not a Judge but an officer of the Court exercising certain delegated functions and that the rule about discretionary orders by a Judge does not apply to his orders.

This standard of review was applied in *Wright v. Disposal Services Ltd. and Marsh* (1977), 8 A.R. 394 (S.C.) where Laycraft J. (as he then was) stated at page 398:

It was urged upon me during argument that as the Master had exercised his discretion [the case involved an application to extend the time for serving a statement of claim], I should follow the practice of Appellate Courts and not interfere with that discretion even if I disagreed with the result, unless it was plainly based on wrong principle. In my opinion, however, the rule followed by the Appellate Division in an appeal from a Trial Judge involving an exercise of discretion does not apply to an appeal from the decision of a Master-in-Chambers. While that decision is entitled to the greatest respect, the discretionary jurisdiction possessed by a Superior Court Trial Judge cannot be fettered in any way by the previous decision of the Master. [Emphasis added.]

In reaching that conclusion, Laycraft J. adopted the English standard, as expressed in the speech of Lord Atkin in *Evans v. Bartlam*, *supra*.

termes, à la page 489, sur l'appel formé contre la décision du protonotaire qui avait autorisé certains interrogatoires:

[TRADUCTION] Cet appel fait partie d'une catégorie qu'il faut décourager, parce qu'il ne pose que la question de savoir si le juge de la Cour de comté, siégeant en qualité de protonotaire, avait compétence pour statuer sur un point de procédure. Selon la jurisprudence connue en la matière, la Cour n'interviendra pas en cas d'appel à moins d'erreur de principe.

Vingt-cinq ans après l'entrée de l'Alberta dans la Confédération, la Cour suprême de cette province a élaboré une norme de révision différente à l'égard des ordonnances discrétionnaires des protonotaires. Dans *Alta. Wheat Pool v. Nahajowicz* (1930), 24 Alta. L.R. 400 (C.S.A.D.) (ordonnance du protonotaire au demandeur de communiquer les détails de son chef de demande au défendeur), le juge en chef Harvey, rendant le jugement de la Division d'appel, a conclu à la page 401:

[TRADUCTION] Quant au dernier motif, il a été jugé plus d'une fois que le protonotaire n'est pas un juge, mais un auxiliaire de la justice exerçant certaines fonctions déléguées et que la règle concernant les ordonnances discrétionnaires des juges ne s'applique pas à ses ordonnances.

Cette norme de révision a été appliquée dans *Wright v. Disposal Services Ltd. and Marsh* (1977), 8 A.R. 394 (C.S.), par le juge Laycraft (tel était son titre) qui a tiré cette conclusion à la page 398:

[TRADUCTION] Il a été soutenu au cours de l'argumentation que le protonotaire ayant exercé son pouvoir discrétionnaire [au sujet d'une requête en prorogation du délai de signification de la déclaration], je devrais me conformer à la pratique des cours d'appel et m'abstenir de toucher à cette décision discrétionnaire même si je n'en approuve pas le résultat, à moins qu'elle ne soit manifestement fondée sur un mauvais principe. J'estime cependant que la règle suivie par la Division d'appel à l'égard de l'appel contre la décision discrétionnaire d'un juge de première instance ne s'applique pas à l'appel formé contre la décision rendue par un protonotaire en chambre. Il est vrai que celle-ci mérite le plus grand respect, mais le pouvoir discrétionnaire dont est investi un juge de la première instance de la cour supérieure ne saurait être entravé de quelque façon que ce soit par une décision antérieure du protonotaire. [Non souligné dans le texte.]

Pour parvenir à cette conclusion, le juge Laycraft a appliqué la norme anglaise, telle qu'elle était exprimée par les motifs du jugement de lord Atkin dans *Evans v. Bartlam*, *supra*.

In 274099 *Alberta Ltd. v. West Edmonton Mall Shopping Centre Ltd. et al.* (1990), 114 A.R. 57 (C.A.), Côté J.A., writing for the Court, may even have suggested an enlarged standard when he stated at page 57:

The disposition of any appeal [from the decision of a Master] depends upon the correctness of the formal judgment appealed from, not the correctness of the reasons for judgment. Furthermore, in Alberta an appeal from a Master to a judge is *de novo*. The judge exercises any discretion anew. New evidence may be put before him for that reason, and because he has original jurisdiction as well. He is not just an appellate tribunal.

After considering both positions, MacDonald J. of the Supreme Court of British Columbia adopted the Ontario standard as laid down in *Stoicovski*, in *Abermin Corp. v. Granges Explor. Ltd.* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 188. *Abermin* was an appeal from the order of a master granting a motion to adjourn applications to fix security for costs. The Master had granted the order on condition that examinations for discovery then scheduled should not proceed until the disposition of the applications.

Confronted by seemingly conflicting decisions in the Supreme Court of British Columbia as to the appropriate standard, MacDonald J. looked for guidance in "other provincial jurisdictions which have been operating under the same constitutional limitations for some years" (page 192). He considered the Alberta standard as expressed in *Wright v. Disposal Services Ltd.*, *supra*, and the Ontario standard as expressed both in *Marleen Investments Ltd.*, and *Stoicovski*, *supra*, and concluded at page 193:

The decision in *Stoicovski v. Casement* represents a realistic compromise between the various policy considerations which bear upon the scope of review which should be permitted. . . . An appeal from a master's order in a purely interlocutory matter should not be entertained unless the order was clearly wrong. However, where the ruling of the master raises questions which are vital to the final issue in the case, or results in one of those final orders which a master is permitted to make, a rehearing is the appropriate form of appeal. Unless an order for the production of fresh evidence is made, that rehearing will proceed on the basis of the material which was before the master. In those latter situations, even where the exercise of

Dans 274099 *Alberta Ltd. v. West Edmonton Mall Shopping Centre Ltd. et al.* (1990), 114 A.R. 57 (C.A.), le juge Côté, J.C.A. rendant le jugement de la Cour, semble avoir envisagé une norme plus étendue encore par cette conclusion à la page 57:

[TRADUCTION] Le jugement de tout appel [formé contre la décision d'un protonotaire] dépend de la question de savoir si le dispositif, et non les motifs, de la décision entreprise est correct. Par surcroît, l'appel contre la décision du protonotaire fait l'objet d'une instruction *de novo* en Alberta. Le juge exerce son pouvoir discrétionnaire en reprenant la procédure depuis le début. De nouvelles preuves peuvent être soumises pour cette raison, et du fait qu'il a compétence en première instance aussi. Il ne fait pas seulement fonction de juridiction d'appel.

Après avoir considéré les deux écoles de pensée, le juge MacDonald de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a adopté la règle ontarienne telle qu'elle était définie par *Stoicovski*, pour sa décision dans l'affaire *Abermin Corp. v. Granges Explor. Ltd.* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 188. Il s'agissait de l'appel contre la décision du protonotaire qui avait accueilli la requête en ajournement des demandes de fixation de la caution *judicatum solvi*, à condition que les interrogatoires préalables dont la date était déjà fixée n'eussent pas lieu avant qu'il ne fût statué sur ces demandes.

Devant les décisions apparemment contradictoires de la Cour suprême de la Colombie-Britannique au sujet du critère à appliquer, le juge MacDonald s'est tourné vers [TRADUCTION] «d'autres ressorts provinciaux qui connaissent les mêmes limitations constitutionnelles depuis des années» (page 192). Il a évoqué la règle albertaine qu'illustre la décision *Wright v. Disposal Services Ltd.*, *supra*, et la règle ontarienne, telle qu'elle a été définie dans les décisions *Marleen Investments Ltd.* et *Stoicovski*, *supra*, pour conclure à la page 193:

[TRADUCTION] La solution adoptée dans *Stoicovski v. Casement* représente un compromis réaliste entre les diverses considérations de principe qui déterminent la portée de la révision admissible. . . . L'appel contre l'ordonnance d'un protonotaire en matière purement interlocutoire n'est pas recevable à moins que la décision ne soit entachée d'erreur flagrante. Cependant, dans le cas où cette décision porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause principale ou constitue une ordonnance définitive que le protonotaire est habilité à rendre, l'appel s'instruit par voie d'instruction *de novo*. Sauf le cas de l'ordonnance de produire des preuves nouvelles, cette instruction s'effectuera au vu des preuves pro-

discretion is involved, the judge appealed to may quite properly substitute his own view for that of the master.

Since both Alberta and Ontario now seem to have adopted the positions taken by different Law Lords in *Evans v. Bartlam*, it might be useful to review the facts in that case briefly.

Evans v. Bartlam was a case where a Master refused to set aside a judgment which had been noted in default for failure to file an appearance. It was apparent that the defendant had a defence to the claim (see the speech of Lord Wright at page 489), but by refusing him leave to reopen, the Master was effectively precluding him from ever raising it. The Motions Judge, exercising his own discretion, reversed the Master's decision. A majority of the Court of Appeal reversed the decision of the Motions Judge. Before the House of Lords, the issue was the correctness of the decision of the Court of Appeal, but in delivering their speeches, Lords Atkin and Wright made the observations concerning the review of discretionary orders of masters already quoted. The House of Lords held that the Motions Judge was not in error in substituting his discretion for that of the Master, thus affording the defendant an opportunity to file a defence and allowing the substantive rights of both parties to be determined at a trial in the ordinary way.

In the province of Quebec, the *Code of Civil Procedure of Quebec* [R.S.Q. c. C-25] provides several avenues of review of orders made by prothonotaries. See Audet, *Les officiers de justice: des origines de la colonie jusqu'à nos jours* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1986), at pages 199-204. Some orders are reviewable by a hearing *de novo* in a proceeding before a Superior Court Judge known as *revision*. See, for example, *Code of Civil Procedure of Quebec*, Articles 42 and 44.1, and *Lacaud c. Leblanc*, [1983] C.S. 555 (Que. S.C.). Others are reviewable in appeals to the Court of Appeal, in which case they are treated like final judgments of the Superior Court.

duites devant le protonotaire. Dans ces conditions, le juge saisi de l'appel peut parfaitement substituer sa propre conclusion à la décision du protonotaire, lors même que cette décision découle de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Étant donné que l'Alberta et l'Ontario semblent avoir maintenant adopté le raisonnement tenu par différents lords dans *Evans v. Bartlam*, il convient de passer brièvement en revue les faits de cette dernière cause.

Dans cette affaire, un protonotaire a refusé d'annuler un jugement qui a été rendu par défaut faute d'acte de comparution. Il était manifeste que le défendeur avait un moyen de défense (voir les motifs prononcés par lord Wright à la page 489), mais en lui refusant l'autorisation de rouvrir l'affaire, le protonotaire lui a effectivement interdit de le faire valoir. Le juge des requêtes, exerçant son propre pouvoir discrétionnaire, a infirmé la décision du protonotaire. Par jugement majoritaire, la Cour d'appel a infirmé le jugement du juge des requêtes. La Chambre des lords était saisie de la question du bien-fondé de la décision de la Cour d'appel mais, dans leurs motifs de jugement, lords Atkin et Wright ont fait les observations *supra* sur la révision des ordonnances discrétionnaires des protonotaires. La Chambre des lords a conclu que le juge des requêtes n'avait pas commis une erreur en substituant sa décision discrétionnaire à celle du protonotaire, permettant ainsi au défendeur de déposer une défense et faisant en sorte qu'il fût statué sur les droits des parties par voie de jugement normal.

Au Québec, le *Code de procédure civile du Québec* [L.R.Q. ch. C-25] prévoit plusieurs procédures de révision des ordonnances de protonotaire; Voir Audet, *Les officiers de justice: des origines de la colonie jusqu'à nos jours* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1986), aux pages 199 à 204. Certaines ordonnances sont susceptibles de révision *de novo* devant un juge de la Cour supérieure; Voir par exemple *Code de procédure civile du Québec*, articles 42 et 44.1, et *Lacaud c. Leblanc*, [1983] C.S. 555 (C.S. Qué.). D'autres sont susceptibles de recours par voie d'appel à la Cour d'appel, auquel cas elles sont assimilées aux jugements définitifs de la Cour supé-

See *Code of Civil Procedure of Quebec*, Articles 41 and 511, and Audet, at page 202. Others, still, are reviewable in special proceedings for retraction and annulment. See Audet, at pages 201-204.⁷

Although in *Abermin*, MacDonald J. considered the seemingly conflicting lines of authority as reflecting different policy considerations, it is my view that a more plausible explanation of the difference between the Ontario and Alberta standards may be that they are based upon different constitutional approaches to the office of Master. In Ontario, the approach was expressed by Middleton J.A. in *Re Solloway Mills & Co.*, [1935] O.R. 37 (C.A.) at page 43 as follows:

The contention that the Province has no power to appoint Masters or to authorize an enquiry before any of the Court's officers, because they are executing a judicial and not a ministerial power, is plausible but ill founded. Section 96 of The British North America Act, 1867, 30-31 Vict., ch. 3, requires the appointment of Judges of the Superior and County Courts by the Governor General of Canada, but this does not prohibit the Province from appointing an officer of the Court who may exercise some judicial functions.

In contrast, in *Wright v. Disposal Services Ltd. and Marsh*, *supra*, at page 398, Laycraft J. justified *de novo* review on the basis that:

The Superior Court Judge possesses that jurisdiction by virtue of his Federal appointment under the powers given the Federal Crown by the *British North American Act* [*sic*]. His status resulting from that appointment cannot be diminished by the decision of the Master appointed by the Provincial Crown.

⁷ In Quebec, the office of *protonotaire* was established by *An act for the division of the Province of Lower-Canada, for amending the Judicature thereof, and for repealing certain Laws therein mentioned* [34 Geo. III, c. 6] 1793. The current authority for the office is the *Courts of Justice Act*, R.S.Q. 1977, c. T-16, s. 4. For a discussion of the origins and functions of the office, see Audet, pp. 53-60. It is worth noting that in Quebec, unlike in this Court, there is no statutory requirement that a prothonotary be a member of the legal profession. Indeed, even today, a majority of the prothonotaries in Quebec do not hold law degrees (see Audet, p. 175). As Professor Audet notes, for the majority of those who hold appointments as prothonotaries, prothonotarial duties only comprise a portion of their workload. A great deal of their time is spent carrying out clerical functions (see pp. 175-176). In short, the modern office of prothonotary in Quebec is quite unlike that of the prothonotary of this Court.

rieure; Voir *Code de procédure civile du Québec*, articles 41 et 511, et Audet, à la page 202. D'autres encore sont susceptibles de révision par procédure spéciale de rétractation et d'annulation; Voir Audet, aux pages 201 à 204⁷.

Bien que dans *Abermin*, le juge MacDonald ait conclu que les précédents jurisprudentiels apparemment contradictoires traduisaient des considérations de principe différentes, il me semble qu'une explication plus plausible de cette différence entre les règles ontarienne et albertaine réside dans la différence entre deux conceptions constitutionnelles des fonctions de protonotaire. En Ontario, cette conception est exprimée par le juge Middleton de la Cour d'appel dans *Re Solloway Mills & Co.*, [1935] O.R. 37 (C.A.), à la page 43, comme suit:

[TRADUCTION] L'argument est plausible mais mal fondé qui veut que la province n'ait pas le pouvoir de nommer des protonotaires ou d'autoriser une enquête par l'un quelconque des auxiliaires de la justice parce qu'ils exercent un pouvoir judiciaire et non pas ministériel. L'article 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30-31 Vict., ch. 3 prévoit que les juges des cours supérieures et des cours de comté sont nommés par le procureur général du Canada, mais cela n'empêche pas la province de nommer un auxiliaire de la justice habilité à exercer certaines fonctions judiciaires.

Par contraste, le juge Laycraft, dans *Wright v. Disposal Services Ltd. and Marsh*, *supra*, à la page 398, justifie la révision *de novo* en ces termes:

[TRADUCTION] Le juge de la Cour supérieure est investi de cette compétence du fait qu'il est nommé en vertu des pouvoirs que la Couronne fédérale tient de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Son statut qui découle de cette nomination ne saurait être diminué par la décision d'un protonotaire nommé par la Couronne provinciale.

⁷ Au Québec, la charge de protonotaire était instituée par l'Acte qui divise la Province du Bas-Canada, qui amende la Judicature d'icelle, et qui rappelle certaines Loix y mentionnées [34 Geo. III, ch. 6] de 1793, mais la loi organique actuellement en vigueur est la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q. 1977, ch. T-16, art. 4. Au sujet des origines et des fonctions de la charge, v. Audet, p. 53 à 60. Il y a lieu de noter qu'à l'opposé de cette Cour, aucun texte de loi québécois ne prévoit que le protonotaire doit être un avocat inscrit au barreau. En effet, même de nos jours, la majorité des protonotaires du Québec ne sont pas titulaires d'un diplôme de droit (v. Audet, p. 175). Comme l'a noté le professeur Audet, pour la majorité des gens qui occupent la charge, les fonctions de protonotaire ne représentent qu'une partie de leur travail. Une grande partie de leur temps est consacrée au travail de bureau (v. p. 175 à 176). En bref, les fonctions de protonotaire du Québec sont tout à fait différentes de celles des protonotaires de cette Cour.

Even if I am correct in my assessment of the reasons for the differing approaches, it is not necessary in this appeal to decide which of these constitutional positions is correct, since the constitutional infirmity to which the Alberta master's appointment is said to be subject does not extend to the appointment of a prothonotary to this Court. That Parliament has constitutional authority by virtue of section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] to appoint both prothonotaries and judges of this Court cannot be doubted. That was the conclusion of Jerome A.C.J. in *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479 (T.D.) It is a conclusion with which I am, respectfully, in complete agreement. I am also in agreement with the Associate Chief Justice where he said at page 484:

It is clear from paragraph 46(1)(h) of the [*Federal Court*] Act that Parliament did not intend prothonotaries to act simply as procedural officers of the Court. On the contrary, it is clear from that section that Parliament intended prothonotaries to have jurisdiction of a judicial nature.

What, then, should the standard of review of discretionary orders of prothonotaries of this Court be? It is of paramount importance that any standard adopted must recognize Parliament's intention, embodied in section 12 of the Act, that the office of prothonotary is designed to aid in "the efficient performance of the work of the Court". Sir Jack Jacob captured the essence of this intent in the following passage of his *Hamlyn Lectures*:⁸

They fulfil many important and even crucial functions in the English judicial system. They provide a more speedy, economical and convenient machinery for pre-trial and post-judgment applications; they perform the greater volume and variety of the judicial work at the stages of pre-trial and post-judgment proceedings which would otherwise require to be performed by a Judge, so conserving "judge-power" for more important work and making more efficient use of "judge-time"; . . .

I reiterate at the outset that Rule 336(5), by providing for a right of appeal from all orders made by prothonotaries, was intended to satisfy the requirement for supervision of those orders as required by paragraph 46(1)(h) of the Act.

⁸ *Op. cit.*, at p. 112.

Même si j'interprète correctement les raisons de ces approches divergentes, il n'est pas nécessaire de décider en l'espèce laquelle de ces deux conceptions constitutionnelles est juste, puisque l'invalidité constitutionnelle qui entacherait la nomination des protonotaires de l'Alberta ne s'étend pas à celle des protonotaires de notre Cour. Il est hors de doute que le Parlement tient de l'article 101 la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. 1985], appendice II, n° 5]] le pouvoir constitutionnel de nommer et les protonotaires et les juges de cette Cour. Telle était la conclusion du juge en chef adjoint Jerome dans *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 C.F. 479 (1^{er} inst.), conclusion que je partage entièrement. Je partage également cette conclusion du juge en chef adjoint à la page 484:

Il ressort clairement de l'alinéa 46(1)h) de la [*Loi sur la Cour fédérale*] que le Parlement n'avait pas l'intention que les protonotaires agissent simplement comme préposés à la procédure pour la Cour. Il est, au contraire, manifeste, à la lecture de cet article, que le Parlement voulait que les protonotaires possèdent une compétence à caractère judiciaire.

Quelle devrait donc être la norme de révision des ordonnances discrétionnaires des protonotaires de cette Cour? Il est de la plus haute importance que la norme adoptée traduise la volonté du législateur, qu'exprime l'article 12 de la Loi selon lequel la charge de protonotaire est destinée à contribuer à «l'exécution des travaux de la Cour». Sir Jack Jacob a saisi cette volonté dans le passage suivant de ses cours *Hamlyn*:⁸

[TRADUCTION] Ils remplissent de nombreuses fonctions importantes, voire primordiales, dans le système judiciaire d'Angleterre. Ils forment des rouages plus rapides, plus économiques et plus commodes pour l'instruction des requêtes avant et après jugement; ils assurent une grande quantité et variété de travaux judiciaires des stades antérieur et postérieur au jugement et qui auraient requis l'attention des juges, ce qui conserve les «ressources judiciaires» pour des questions plus importantes et permet un usage plus rationnel du «temps des juges»; . . .

Je dois rappeler tout de suite que la Règle 336(5), en prévoyant le droit d'appel contre les ordonnances des protonotaires, vise à satisfaire à l'impératif de surveillance à l'égard de ces ordonnances, que prévoit l'alinéa 46(1)h) de la Loi.

⁸ *Op. cit.*, à la p. 112.

A question was raised in argument as to whether the order of the Associate Senior Prothonotary was interlocutory or final. In my view, this question does not assist us in determining the standard of review. Rule 336(1)(g) vests in the prothonotary authority to "dispose of any interlocutory application assigned to him specially . . . by special or general direction of the Chief Justice or of the Associate Chief Justice" [Emphasis added.] Once it is determined that the prothonotary was acting within jurisdiction, then, the question then becomes by what standard his decision is to be reviewed.

In this case, there is no question that the application as a result of which the order was made was interlocutory. It was accordingly an application which the Associate Senior Prothonotary had jurisdiction to hear by virtue of Rule 336(1)(g) and the general direction of the Associate Chief Justice to which I have already referred. The question remaining to be answered, then, is what is the appropriate standard of review of the discretionary order which the Associate Senior Prothonotary made in disposing of that application.

Until the decision of this Court in *Jala Godavari*, it had been held consistently and accepted as settled law in the Trial Division of this Court that an appeal from a discretionary order of a prothonotary should be treated in the same manner as an appeal from a discretionary order of a motions judge, reviewable for error rather than as a re-hearing on the merits.

In *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1988), 22 C.I.P.R. 240 (F.C.T.D.) at page 244, McNair J. described the approach as follows:

Rule 336(5) of the Federal Court Rules provides for appeals from an order or decision of a prothonotary, and it is unnecessary to set it out verbatim. Suffice it to say, the Rule has been the subject of some judicial consideration.

In my view, the law was correctly stated by Mr. Justice Collier in *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1987), 12 C.I.P.R. 260, at pp. 261-262 as follows:

[a]n appeal from the decision of a Prothonotary is not a trial de novo.

La question s'est posée au cours de l'argumentation de savoir si l'ordonnance du protonotaire adjoint était interlocutoire ou définitive. À mon avis, cette question ne nous est d'aucun secours pour dégager la norme de révision applicable. La Règle 336(1)(g) investit le protonotaire du pouvoir de «statuer sur toute demande interlocutoire qui lui a été nommément confiée sur directive spéciale ou générale du juge en chef ou du juge en chef adjoint» [Soulignement ajouté.] Une fois qu'il est établi que le protonotaire a agi dans les limites de sa compétence, la question se pose de savoir quelle norme de révision s'applique à sa décision.

Il est constant qu'en l'espèce, la requête qui a donné lieu à l'ordonnance du protonotaire était interlocutoire. C'était donc une requête relevant de sa compétence suivant la Règle 336(1)(g) et la directive générale du juge en chef adjoint mentionnée *supra*. Il faut donc examiner quelle est la norme de révision applicable à l'ordonnance discrétionnaire que le protonotaire adjoint a rendue à l'égard de cette requête.

Avant l'arrêt *Jala Godavari* de cette Cour, la Section de première instance avait toujours tenu pour établi que l'appel formé contre une ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire s'apparentait à l'appel contre une ordonnance discrétionnaire d'un juge des requêtes qui ne peut être révisée que pour cause d'erreur manifeste, plutôt qu'à une nouvelle instruction sur le fond.

Dans *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1988), 22 C.I.P.R. 240 (C.F. 1^{re} inst.) à la page 244, le juge McNair a décrit cette approche comme suit:

La règle 336(5) des *Règles de la Cour fédérale* permet d'en appeler de la décision ou ordonnance d'un protonotaire. Il est superflu de la reproduire textuellement. Qu'il suffise de dire que cette Règle a déjà été soumise à l'appréciation des tribunaux.

Selon moi, le juge Collier dans *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1987), 12 C.I.P.R. 260, aux pages 261 et 262, a bien exposé les règles de droit applicables:

un appel d'une décision d'un protonotaire ne constitue pas un nouveau procès.

It is not the function of the Trial Division, sitting on appeal from Prothonotaries, to substitute its discretion for that of the Prothonotary. It must be shown the Prothonotary was wrong, in that he exercised his powers on a wrong principle, or on a complete misapprehension of the facts, or for some other compelling reason requiring interference by a Judge sitting in an appellate position.

Ample support for this principle may be found in the case of *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Can. Ltd.* (1984), 5 C.I.P.R. 40 (Fed.C.A.), wherein the Court held that the order under appeal, being discretionary, should be overruled only if the motions Judge was clearly wrong on the facts, or proceeded on an erroneous principle of law, or his decision resulted in some injustice to the appellant. None of these circumstances were existent in the case on appeal. It seems to me that it is now authoritatively settled as a rule of practice that an appeal from a discretionary order, whether it be that of a prothonotary or a motions Judge, should be treated as an appeal rather than a rehearing on the merits, and the order appealed from should be interfered with only when it can be demonstrated that such order was clearly wrong in law or on the facts.⁹ [Emphasis added.]

In *Jala Godavari*, however, Hugessen J.A., writing for the Court, laid down a different standard at page 128:

... contrary to a view that has sometimes been expressed in the Trial Division, a judge who hears an appeal from a prothonotary on a matter involving the exercise of discretion is called upon to exercise his own discretion and is not bound by the prothonotary's opinion. He may, of course, choose to give weight to the views expressed by the prothonotary, but the parties are, in the final analysis, entitled to the discretion of a judge and not that of a subordinate officer.

⁹ See also, *Johnson Products Co. v. Truso Ltd.* (1987), 12 C.I.P.R. 22 (F.C.T.D.), per Jerome A.C.J.; *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1987), 12 C.I.P.R. 260 (F.C.T.D.), per Collier J.; *Westinghouse Electric Corp. et al. v. Babcock & Wilcox Industries Ltd. (trading under name and style Bailey Controls et al.)* (1987), 15 C.P.R. (3d) 447 (F.C.T.D.), per Strayer J.; *Standal Estate v. Swecan International Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 298 (F.C.T.D.), per McNair J.; *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 144 (F.C.T.D.), per MacKay J.; *Unilever PLC v. Proctor & Gamble Inc.* (1989), 23 C.I.P.R. 237 (F.C.T.D.), per Reed J.; *David et al. v. Kluger et al.* (1991), 51 F.T.R. 234 (F.C.T.D.), per Martin J.; *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479 (T.D.), per Jerome A.C.J.; and the cases referred to by Hugessen J.A. in *Jala Godavari*, at page 128.

Il n'entre pas dans le cadre des fonctions de la Division de première instance, siégeant en appel des protonotaires, de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du protonotaire. Il doit être prouvé que le protonotaire avait tort, c'est-à-dire qu'il a exercé ses pouvoirs en se fondant sur un principe erroné ou sur une interprétation totalement erronée des faits, ou qu'un autre motif probant exige l'intervention d'un juge siégeant en appel.

La Cour d'appel fédérale a apporté un appui solide à ces principes dans la décision *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Can. Ltd.* (1984), 5 C.I.P.R. 40 (C.A.F.). La Cour y a décidé que l'ordonnance portée en appel, ayant un caractère discrétionnaire, ne devrait être infirmée que si le juge saisi des requêtes a nettement commis une erreur de fait, ou s'est appuyé sur un principe de droit erroné ou encore si sa décision entraînait une injustice envers l'appelant. La situation dans l'appel en question ne correspondait à aucun de ces cas-là. Il me semble que, d'après une règle de pratique bien établie, l'appel interjeté d'une ordonnance discrétionnaire, rendue par le protonotaire ou par le juge saisi des requêtes, devrait être tenu pour un appel plutôt que pour une nouvelle audition au fond, et qu'il y aurait lieu de modifier ou d'annuler l'ordonnance frappée d'appel que dans les cas où il peut être démontré que cette ordonnance résultait manifestement d'une erreur de droit ou de fait.⁹ [C'est moi qui souligne.]

Par l'arrêt *Jala Godavari* cependant, le juge Hugessen, J.C.A. prononçant les motifs de la Cour, a établi une norme différente à la page 128:

... contrairement à ce que la Section de première instance a exprimé à quelques reprises, le juge saisi d'un appel d'une décision du protonotaire sur une question mettant en cause l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire et n'est pas lié par l'opinion du protonotaire. Il peut, évidemment, choisir d'accorder une importance considérable à l'opinion exprimée par ce dernier, mais les parties ont droit, en dernière analyse, à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge et non d'un fonctionnaire judiciaire subalterne.

⁹ V. aussi *Johnson Products Co. c. Truso Ltd.* (1987), 12 C.I.P.R. 22 (C.F. 1^{re} inst.), le juge en chef adjoint Jerome; *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1987), 12 C.I.P.R. 260 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Collier; *Westinghouse Electric Corp. et autre c. Babcock & Wilcox Industries Ltd. (faisant affaire sous la raison sociale Bailey controls et autre)* (1987), 15 C.P.R. (3d) 447 (C.F. 1^{re} inst.) le juge Strayer; *Standal, succession c. Swecan International Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 298 (C.F. 1^{re} inst.), le juge McNair; *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 144 (C.F. 1^{re} inst.) le juge MacKay; *Unilever PLC c. Proctor & Gamble Inc.* (1989), 23 C.I.P.R. 237 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Reed; *David et autre c. Kluger et autres* (1991), 51 F.T.R. 234 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Martin; *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479 (1^{re} inst.), le juge en chef adjoint Jerome; et les décisions évoquées par le juge Hugessen, J.C.A., dans l'arrêt *Jala Godavari*, à la page 128.

The standard of review laid down in *Jala Godavari* was followed in *Prouvost S.A. v. Munsingwear Inc.*, [1992] 2 F.C. 541 (C.A.); *Canastrand Industries Ltd. v. Lara S (The)*, [1992] 3 F.C. 398 (T.D.) and *Ruhrkohle Handel Inter GMBH v. Federal Calumet (The)*, [1992] 3 F.C. 98 (C.A.).

Before us, counsel for the appellant contended, both in written and oral submissions, that the Motions Judge had applied a standard of review that was inappropriate to the circumstances of this case. He argued this way: the order which the Associate Senior Prothonotary made in this case was an interlocutory order made upon an interlocutory application; that order did not decide any question vital to the final issue in the case, and, as such it was reviewable only for error; the Motions Judge was therefore wrong in applying the standard enunciated in *Jala Godavari* and exercising his own discretion. In this connection, counsel for the appellant urged upon us that the proper standard of review of discretionary orders of prothonotaries was that which was laid down in *Stoicevski, supra*, and adopted in *Abermin Corp. v. Granges Explor. Ltd., supra*.

Counsel for the respondent submitted in paragraph 15 of his supplementary memorandum of fact and law that such a standard may well be desirable "as a means of balancing the competing interests of judicial due process in vital matters and administrative expedition in routine matters." He contended, however, that in this case, the Motions Judge had applied the proper standard. First, he said, "The Motions Judge explicitly invoked the hearing *de novo* standard enunciated by Hugessen J.A. (in *Jala Godavari*) and applied it." [Respondent's supplementary memorandum of fact and law, paragraph 11.] Secondly, he said, that "the Motions Judge also implicitly applied the appellate review standard when he concluded that the Associate Senior Prothonotary erred in principle in finding that the Respondent's tardiness in moving for dismissal of the action had excused the Appellant's failure to prosecute the action." [Respondent's supplementary memorandum of fact and law, paragraph 12.] Counsel also contended that the *de novo* standard "is the proper standard to apply in cases such as the present, where the motion is vital to the

La norme de révision établie par l'arrêt *Jala Godavari* a été suivie dans *Prouvost S.A. c. Munsingwear Inc.*, [1992] 2 C.F. 541 (C.A.); *Canastrand Industries Ltd. c. Lara S (Le)*, [1992] 3 C.F. 398 (1^{re} inst.) et *Ruhrkohle Handel Inter GMBH c. Federal Calumet (Le)*, [1992] 3 C.F. 98 (C.A.).

En l'espèce, l'avocat de l'appelante a soutenu, tant dans son mémoire qu'à l'audience, que le juge des requêtes a appliqué une norme de révision ne convenant pas aux faits et circonstances de la cause. Voici l'argument qu'il propose: l'ordonnance rendue par le protonotaire adjoint en l'espèce était une ordonnance interlocutoire faisant suite à une requête interlocutoire; cette ordonnance n'a décidé aucune question ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause et, de ce fait, n'est susceptible de révision que dans le cas d'erreur manifeste; par conséquent, le juge des requêtes a commis une erreur en appliquant la norme définie dans *Jala Godavari* pour exercer son propre pouvoir discrétionnaire. L'avocat de l'appelante soutient que la norme de révision applicable aux ordonnances discrétionnaires de protonotaire est celle qu'a établie la décision *Stoicevski, supra*, et qui a été suivie dans *Abermin Corp. v. Granges Explor. Ltd., supra*.

L'avocat de l'intimée reconnaît, au paragraphe 15 de son mémoire supplémentaire des points de fait et de droit, que la norme ci-dessus est fort probablement souhaitable [TRADUCTION] «comme moyen d'établir l'équilibre entre deux intérêts contradictoires, le jugement en bonne et due forme des questions fondamentales et l'expédition administrative des matières courantes». Il soutient cependant qu'en l'espèce, le juge des requêtes a appliqué la norme appropriée, par les motifs suivants: en premier lieu, [TRADUCTION] «le juge des requêtes a expressément invoqué la norme de révision *de novo* énoncée par le juge Hugessen, J.C.A. (dans *Jala Godavari*) et l'a appliquée» [Mémoire supplémentaire des points de fait et de droit de l'intimée, paragraphe 11]; en deuxième lieu, [TRADUCTION] il a aussi implicitement appliqué le critère de la révision énoncé par la juridiction d'appel «lorsqu'il conclut que le protonotaire adjoint avait appliqué le mauvais principe en décidant que le retard mis par l'intimée à opposer une exception à l'action excusait le défaut de poursuivre de l'appelante» [Mémoire supplémentaire des points de fait et

ultimate outcome of the claim.” [Respondent’s supplementary memorandum of fact and law, paragraph 13.]

I am in agreement with counsel for the appellant that the proper standard of review of discretionary orders of prothonotaries in this Court should be the same as that which was laid down in *Stoicovski* for masters in Ontario. I am of the opinion that such orders ought to be disturbed on appeal only where it has been made to appear that

(a) they are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts, or

(b) in making them, the prothonotary improperly exercised his discretion on a question vital to the final issue of the case.

In each of these classes of cases, the Motions Judge will not be bound by the opinion of the prothonotary; but will hear the matter *de novo* and exercise his or her own discretion.

As counsel for the respondent himself has submitted, in paragraph 15 of his supplementary memorandum of fact and law, this standard balances judicial due process on questions vital to the final issue of a case with administrative expedition in routine matters. Moreover, such a standard is consistent with the parliamentary intention embodied in section 12 of the Act, that the office of prothonotary is intended to promote “the efficient performance of the work of the Court”.

In my respectful view it cannot reasonably be said that a standard of review which subjects all impugned decisions of prothonotaries to hearings *de novo* regardless of the issues involved in the decision or whether they decide the substantive rights of the parties is consistent with the statutory objective. Such a standard conserves neither “judge power” nor “judge time”. In every case, it would oblige the motions judge to re-hear the matter. Furthermore, it would

de droit de l’intimée, paragraphe 12]; et enfin, que la norme de révision *de novo* [TRADUCTION] «est la norme applicable aux cas tels que celui qui nous intéresse en l’espèce, où la requête a une influence déterminante sur le sort du litige» [Mémoire supplémentaire des points de fait et de droit de l’intimée, paragraphe 13].

Je conviens avec l’avocat de l’appelante que la norme de révision des ordonnances discrétionnaires des protonotaires de cette Cour doit être la même que celle qu’a instituée la décision *Stoicovski* pour les protonotaires de l’Ontario. J’estime que ces ordonnances ne doivent être révisées en appel que dans les deux cas suivants:

a) elles sont manifestement erronées, en ce sens que l’exercice du pouvoir discrétionnaire par le protonotaire a été fondé sur un mauvais principe ou sur une fausse appréciation des faits,

b) le protonotaire a mal exercé son pouvoir discrétionnaire sur une question ayant une influence déterminante sur la solution des questions en litige dans la cause.

Dans ces deux catégories de cas, le juge des requêtes ne sera pas lié par l’opinion du protonotaire; il reprendra l’affaire *de novo* et exercera son propre pouvoir discrétionnaire.

Ainsi que l’avocat de l’intimée l’a reconnu lui-même, au paragraphe 15 de son mémoire supplémentaire des points de fait et de droit, cette norme réalise l’équilibre entre le jugement en bonne et due forme des questions ayant une influence déterminante sur l’issue de la cause et l’expédition administrative des matières courantes. Par surcroît, elle est conforme à la volonté du législateur qu’exprime l’article 12 de la Loi, savoir que les fonctions des protonotaires visent à contribuer à «l’exécution des travaux de la Cour».

À mon avis, on ne saurait raisonnablement dire qu’est compatible avec l’objectif de la loi, la norme de révision qui soumet toutes les décisions de protonotaire attaquées à l’instruction *de novo* quelles que soient les questions concernées et peu importe si ces décisions statuent au fond sur les droits des parties. Pareille norme n’économise ni les ressources judiciaires ni le temps des juges. Dans chaque cas, elle obligerait le juge des requêtes à reprendre l’affaire

reduce the office of a prothonotary to that of a preliminary "rest stop" along the procedural route to a motions judge. I do not think that Parliament could have intended this result.

On this analysis, it is my view that the standard of review laid down in *Jala Godavari* is incomplete. It follows from this that the Motions Judge did not apply the proper standard of review to the discretionary order of the Associate Senior Prothonotary in this case.

Although on the basis of the Canadian and English authorities set out above, it is in my view clear that the authority of the prothonotaries of this Court should not be limited in any way suggested in *Jala Godavari*, there is a decision on point from the Supreme Court of New South Wales which I feel to also be of some interest. *Do Carmo v. Ford Excavations Pty Ltd*, [1981] 1 N.S.W.L.R. 409 (S.C.),¹⁰ involved the very same question at issue here, viz. the way in which the decision of a master ought to be regarded on appeal. After a very thorough review of the law, Cross J. concluded that in New South Wales, unlike in England or certain other Australian states, a master was the Court, rather than merely an officer of the Court, and his decisions were therefore to be treated as judicial decisions of first instance. While this is not as clearly the case with this Court,¹¹ I think that Cross J.'s observations at page 420 about the value of masters in the efficient operation of the judicial process bear repeating in the present situation:

[P]art of the scheme of the [*Supreme Court*] Act and rules was to set up a body of judicial officers who were, or who would quickly become, expert in the practice and procedure of the

¹⁰ Affd [1981] 1 N.S.W.L.R. 409 (S.C.), overrd in part [1981] 2 N.S.W.L.R. 253 (C.A.) (vard (1984), 58 A.L.J.R. 287 (Aust. H.C.).)

¹¹ I say this because of the wording of the *Federal Court Act* and Rules. The *Federal Court Rules*, for example, speak of appeals from the Prothonotaries to the Court. Having said this, though, there is some room for argument on the point. In *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, it will be remembered, when Associate Chief Justice Jerome held that Prothonotaries do have jurisdiction to strike out pleadings, he was interpreting Rule 419(1) which provides that: "The Court may at any stage of an action order any pleading . . . to be struck out".

depuis le début. En outre, elle réduirait la fonction de protonotaire à un rôle d'«étape» préliminaire sur le chemin de la procédure qui mène au juge des requêtes. Je ne pense pas que ce soit là le résultat voulu par le législateur.

De cette analyse, je conclus que la norme de révision définie par l'arrêt *Jala Godavari* est incomplète. Il s'ensuit qu'en l'espèce, le juge des requêtes n'a pas appliqué la norme de révision appropriée à l'ordonnance discrétionnaire du protonotaire adjoint.

Bien qu'à la lumière des précédents canadiens et anglais susmentionnés, il me semble clair que le pouvoir des protonotaires de cette Cour ne doit pas être limité comme le suggère l'arrêt *Jala Godavari*, il y a une décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud qui me paraît également d'un certain intérêt à ce sujet. Cette décision, *Do Carmo v. Ford Excavations Pty Ltd*, [1981] 1 N.S.W.L.R. 409 (S.C.)¹⁰, porte sur la même question qu'en l'espèce, savoir de quelle façon il faut envisager la décision d'un protonotaire en appel. Après une analyse méticuleuse des règles de droit en la matière, le juge Cross conclut qu'en Nouvelle-Galles du Sud, à la différence de l'Angleterre et de certains autres États australiens, un protonotaire est la Cour, non pas simplement un auxiliaire de la justice, et qu'en conséquence, il faut voir dans ses décisions des décisions judiciaires de première instance. Bien que tel ne soit pas clairement le cas de notre Cour¹¹, je pense qu'il y a lieu de rappeler en l'espèce cette conclusion tirée par le juge Cross en page 420 sur la valeur des protonotaires dans le bon fonctionnement de l'appareil judiciaire:

[TRADUCTION] La Loi [sur la Cour suprême] et les règles de la Cour visent entre autres à instituer un corps d'auxiliaires de la justice qui étaient, ou qui devaient devenir rapidement, experts

¹⁰ Conf. [1981] 1 N.S.W.L.R. 409 (S.C.), inf. en partie [1981] 2 N.S.W.L.R. 253 (C.A.) (mod. (1984), 58 A.L.J.R. 287 (Aust. H.C.).)

¹¹ Ceci à cause du libellé de la *Loi sur la Cour fédérale* et des Règles de la Cour. Les *Règles de la Cour fédérale*, par exemple, prévoient l'appel à la Cour. Cela dit, il est quand même possible de débattre ce point. Il y a lieu de rappeler à ce propos la décision *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, par laquelle le juge en chef adjoint Jerome conclut que les protonotaires ont compétence pour radier les plaidoiries sur le fondement de la Règle 419(1) aux termes de laquelle «La Cour pourra, à tout stade d'une action, ordonner la radiation . . . d'une plaidoirie».

court and who, could readily and expertly decide practice and procedural problems. Providing they exercised their discretion judicially—as normally they would—that was to be the end of the matter.

2. Whether the Motions Judge erred in allowing the respondent's appeal and setting aside the order of the Associate Senior Prothonotary.

If the Motions Judge had applied the appropriate standard of review, he would have inquired whether the order of the Associate Senior Prothonotary was clearly wrong in the sense that I have indicated, or whether it involved the improper exercise of discretion on a question vital to the final issue of the case. As I have already explained, the Motions Judge did neither. He relied instead on the incomplete standard laid down in *Jala Godavari* and exercised his own discretion without first determining whether he could properly do so.

In these circumstances, it becomes necessary to review the reasons of the Associate Senior Prothonotary in light of the standard I have proposed as appropriate to determine whether the Motions Judge was justified in reversing the order on appeal before him.

I begin with the first branch of the standard, i.e. whether the order of the Associate Senior Prothonotary was clearly wrong. I note that there was no allegation here that the Associate Senior Prothonotary misapprehended the facts. I will therefore say no more about it.

The error alleged by the respondent and accepted by the Motions Judge was that the Associate Senior Prothonotary based his decision on a wrong principle when he took into account the conduct of the respondent in the litigation. It is useful to recall here the dispositive reasons of the Associate Senior Prothonotary. After he had detailed the conduct of both solicitors throughout the litigation, he noted [at page 5547]:

Having apparently excused a one year delay prior to March 1988, and a further two year delay prior to May 1990, or if it did not excuse those delays to have done nothing about either of them until June of 1991. [*sic*] The defendant cannot be heard to complain at this late date of the plaintiff's failure to proceed expeditiously at earlier times nor of the plaintiff's failure to react to the defendant's delays in commenting on the Agreed Statement of Facts.

en procédure et qui étaient à même de statuer en experts sur des problèmes de pratique et de procédure. À condition qu'ils exercent leur compétence de façon judiciaire—comme ils doivent le faire normalement—il n'y a pas à chercher plus loin.

2. Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en accueillant l'appel de l'intimée et infirmant l'ordonnance du protonotaire adjoint?

Si le juge des requêtes avait appliqué la norme de révision appropriée, il se serait demandé si le protonotaire adjoint avait commis une erreur manifeste au sens que j'ai exposé, ou s'il avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause. Comme je l'ai expliqué, le juge des requêtes n'a fait ni l'un ni l'autre. Au lieu de cela, il a appliqué la norme incomplète établie par l'arrêt *Jala Godavari* et a exercé son propre pouvoir discrétionnaire sans décider au préalable s'il était en droit de le faire.

Dans ces conditions, il devient nécessaire d'examiner les motifs pris par le protonotaire adjoint à la lumière de la norme que je considère comme applicable, pour décider si le juge des requêtes était fondé à infirmer l'ordonnance entreprise.

En ce qui concerne le premier volet de la norme, savoir si le protonotaire avait commis une erreur manifeste, je note que l'on n'a pas prétendu qu'il ait fait une mauvaise appréciation des faits. Il n'est donc pas nécessaire d'en dire plus à ce sujet.

L'erreur que l'intimée et le juge des requêtes ont reprochée au protonotaire adjoint c'est d'avoir fondé sa décision sur un mauvais principe en prenant en considération la conduite de l'intimée dans le cours de la procédure. Il est utile de rappeler les motifs que le protonotaire a pris à l'appui de sa décision. Après avoir évoqué la conduite des procureurs des deux parties tout au long du litige, il a fait cette observation [à la page 5547]:

Comme elle a apparemment toléré un retard d'un an avant mars 1988, et un autre retard de deux ans avant mai 1990, ou à défaut de les avoir acceptés, comme elle n'a rien fait à cet égard avant juin 1991, la défenderesse ne peut après tous ces retards se permettre de se plaindre du défaut de la demanderesse de procéder rapidement auparavant ni de son défaut de réagir aux retards de la défenderesse à commenter l'exposé conjoint des faits.

Indeed, it was largely because he had taken this conduct into account that the Motions Judge found him to have been in error. In my view, in taking such conduct into account, the Associate Senior Prothonotary was acting in accordance with well-settled principles which have been accepted by this Court. See *Norton Co. v. Lionite Abrasives Ltd.* (1975), 32 C.P.R. (2d) 270 (F.C.T.D.); *Minnesota Mining and Manufacturing Company v. Lorcon Inc.*, [1984] 1 F.C. 380 (T.D.); and *McGregor and McGregor v. Canada* (1988), 20 F.T.R. 122 (F.C.T.D.).

It is true, as the Ontario Court of Appeal held in *Farrar v. McMullen*, [1971] 1 O.R. 709 (and as was referred to by the Motions Judge), that a demand for action by the defendant is not a condition precedent to an application for dismissal on the basis of want of prosecution in every case, but in my view, there can be no doubt that the level of litigious activity or inactivity on the part of the defendant is a relevant factor to be taken into account in determining whether a delay has been inordinate or inexcusable, and whether a party has been seriously prejudiced by it. It is, as *Farrar* suggests, one of the circumstances to be considered.¹² In arriving at his conclusion, the Associate Senior Prothonotary did no more.

The English courts, too, have considered the conduct of the parties to be relevant in similar circumstances. In *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.), for example (upon which counsel for the respondent placed much reliance), each member of the Court of Appeal considered the defendant's conduct to be of importance. Diplock L.J. (as he then was) made this point quite clearly when he said at page 556:

Since the power to dismiss an action for want of prosecution is only exercisable on the application of the defendant his previous conduct in the action is always relevant. So far as he himself has been responsible for any unnecessary delay, he obviously cannot rely on it. Moreover, if after the plaintiff has been guilty of unreasonable delay the defendant so conducts himself as to induce the plaintiff to incur further costs in the reasonable belief that the defendant intends to exercise his right to proceed to trial notwithstanding the plaintiff's delay,

¹² It is also worthwhile to note that notwithstanding the reliance which the Motions Judge placed upon the *dicta* of Gale C.J.O. in *Farrar*, the Ontario Court of Appeal declined to dismiss the action despite the death during the delay of the only witness who could testify on behalf of the defendant.

En effet, c'était en grande partie parce qu'il avait tenu compte de cette conduite que le juge des requêtes a conclu à une erreur de sa part. À mon avis, en tenant compte de cette conduite, le protonotaire adjoint a respecté les principes établis et acceptés par cette Cour; Voir *Norton Co. c. Lionite Abrasives Ltd.* (1975), 32 C.P.R. (2d) 270 (C.F. 1^{re} inst.); *Minnesota Mining and Manufacturing Company c. Lorcon Inc.*, [1984] 1 C.F. 380 (1^{re} inst.); et *McGregor et McGregor c. Canada* (1988), 20 F.T.R. 122. (C.F. 1^{re} inst.).

Il est vrai, comme l'a conclu la Cour d'appel de l'Ontario dans *Farrar v. McMullen*, [1971] 1 O.R. 709 (cité par le juge des requêtes), que pour être recevable à opposer une exception de défaut de poursuite, le défendeur n'est pas tenu dans tous les cas de presser le demandeur de donner suite à l'action, mais, à mon avis, il est hors de doute que la diligence ou l'inaction de sa part est un facteur à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'examiner si le retard a été excessif ou inexcusable et si une partie en a subi un grave préjudice. C'est, selon l'arrêt *Farrar*, l'un des facteurs dont il faut tenir compte¹². En parvenant à sa conclusion, le protonotaire n'a fait rien d'autre.

Les tribunaux d'Angleterre considèrent aussi la conduite des parties comme un facteur à prendre en compte dans des conditions semblables. Dans *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.) (qu'invocque en particulier l'avocat de l'intimée), par exemple, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité que la conduite du défendeur était un facteur important. Le juge Diplock (tel était son titre) ne laissait aucun doute à ce sujet, à la page 556:

[TRADUCTION] Puisque le pouvoir de rejeter l'action pour défaut de poursuivre ne s'exerce que sur requête du défendeur, la conduite antérieure de celui-ci dans l'action est toujours un facteur à prendre en considération. S'il a été lui-même responsable d'un retard inutile, il est évident qu'il ne peut pas l'invoquer. Par ailleurs, si après que le demandeur a été jugé coupable de retard déraisonnable, le défendeur se comporte de façon à le pousser à subir d'autres frais dans la croyance raisonnable que le défendeur entend exercer son droit au jugement de l'af-

¹² Il y a également lieu de noter que si le juge des requêtes s'est appuyé sur les observations incidentes du juge en chef Gale de l'Ontario dans *Farrar*, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de rejeter l'action malgré la mort dans l'intervalle du seul témoin cité par le défendeur.

he cannot obtain dismissal of the action unless the plaintiff has thereafter been guilty of further unreasonable delay.¹³

In light of the principles laid down in these cases, I am of the view that the Associate Senior Prothonotary did not act on a wrong principle and that his order was not clearly wrong.

I turn now to the second branch of the standard, namely, whether the order of the Associate Senior Prothonotary raised questions vital to the final issue of the case.

It was the contention of counsel for the respondent in paragraph 13 of his supplementary memorandum of fact and law that the motion before the Associate Senior Prothonotary was "vital to the outcome of the claim." For that reason, he submitted that the Motions Judge was justified in refusing deference of the discretion of the Associate Senior Prothonotary and exercising his own. This contention is not well-founded, in my opinion. The order which the Associate Senior Prothonotary made was interlocutory:¹⁴ it did not decide the substantive rights of the parties or any issue vital to the final issue of the litigation. Its sole effect was that the appellant was entitled to proceed to trial in accordance with the rules and practice of this Court. As such, it decided a matter that was

¹³ For similar views, see the judgments of Lord Denning M.R. at p. 550 and Salmon L.J. (as he then was) at pp. 563-564.

¹⁴ For a definition of interlocutory order, see *Hendrickson v. Kallio*, [1932] O.R. 675 (C.A.), where Middleton J.A. said at p. 678:

[An interlocutory order] is an order which does not determine the real matter in dispute between the parties—the very subject matter of the litigation, but only some matter collateral. It may be final in the sense that it determines the very question raised by the application, but it is interlocutory if the merits of the case remain to be determined. [Emphasis added.]

Similarly, in *Bozson v. Altrincham Urban Council*, [1903] 1 K.B. 547 (C.A.) at pp. 548-549, Lord Alverstone C.J. said:

It seems to me that the real test for determining this question [*i.e.* whether an order is interlocutory] ought to be this: Does the judgment or order, as made, finally dispose of the rights of the parties? If it does, then I think it ought to be treated as a final order; but if it does not, it is then, in my opinion, an interlocutory order.

faire malgré le retard de la part du demandeur, il ne peut demander le rejet de l'action à moins que le demandeur ne soit encore coupable par la suite d'un nouveau retard déraisonnable.¹³

À la lumière des principes définis par ces précédents, je conclus que le protonotaire adjoint ne s'est pas fondé sur un mauvais principe et que son ordonnance n'était pas entachée d'erreur flagrante.

J'en viens maintenant au second volet de la norme, savoir si l'ordonnance du protonotaire adjoint portait sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause.

L'avocat de l'intimée soutient, au paragraphe 13 de son mémoire supplémentaire des points de fait et de droit, que la requête soumise au protonotaire adjoint avait une «influence déterminante sur l'issue du litige». Il en conclut que le juge des requêtes était fondé à refuser de déférer au pouvoir discrétionnaire du protonotaire adjoint et à exercer le sien propre. J'estime que cet argument n'est pas fondé. L'ordonnance rendue par le protonotaire adjoint était interlocutoire¹⁴; elle ne prononçait pas au fond sur les droits des parties ou sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du litige. Elle avait pour seul effet de reconnaître à l'appelante le droit de donner suite à son action conformément aux règles et pratique de cette Cour. À ce titre, elle a tranché une

¹³ Pour des conclusions semblables, v. les jugements de lord Denning, M.R., en p. 550, et du lord juge Salmon (tel était son titre à l'époque), aux p. 563 et 564.

¹⁴ Pour une définition d'ordonnance interlocutoire, v. *Hendrickson v. Kallio*, [1932] O.R. 675 (C.A.), arrêt dans lequel le juge Middleton, J.C.A., a tiré cette conclusion à la page 678:

[TRADUCTION] [L'ordonnance interlocutoire] ne statue pas sur le fond du litige entre les parties, mais seulement sur quelque question accessoire. Elle peut être définitive à l'égard de la question posée par la requête, mais interlocutoire à l'égard de la cause principale qui reste encore à résoudre. [C'est moi qui souligne.]

De même, dans *Bozson v. Altrincham Urban Council*, [1903] 1 K.B. 547 (C.A.), aux p. 548 et 549, le lord juge en chef Alverstone a conclu en ces termes:

[TRADUCTION] Il me semble que le critère à appliquer pour résoudre ce point [savoir si une ordonnance est interlocutoire] consiste à se demander si le jugement ou l'ordonnance, tel qu'il a été rendu, prononce définitivement sur les droits des parties. Si la réponse est affirmative, l'ordonnance doit être considérée comme définitive; sinon, il s'agit à mon avis d'une ordonnance interlocutoire.

wholly collateral to the issues in dispute between the parties in the litigation. As the pleadings clearly show, delay in prosecution was not an issue in dispute in the action. In my view, therefore, it cannot reasonably be said that the order made by the Associate Senior Prothonotary raised questions vital to the final issue of the case.

The test to be applied in deciding whether to dismiss an action for want of prosecution was set out in the decision of Dubé J. in *Nichols v. Canada et al.* (1990), 36 F.T.R. 77 (F.C.T.D.). Relying upon the judgment of Salmon L.J. (as he then was) in *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd., supra*, at page 561, Dubé J. stated at page 78:

The classic test to be applied in these matters is threefold: first, whether there has been an inordinate delay; secondly, is the delay inexcusable; and thirdly, whether the defendants are likely to be seriously prejudiced by the delay.

In *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.), the House of Lords affirmed the principles set out in *Allen* and expounded upon the grounds for dismissal for want of prosecution. Lord Diplock (who, as I have noted, delivered one of the judgments in *Allen*) said that *Allen* had set out the following principles. The power to strike out a claim for want of prosecution, he said (at page 318),

... should be exercised only where the Court is satisfied either (1) that the default had been intentional and contumelious, e.g., disobedience to a peremptory order of the court or conduct amounting to an abuse of the process of the court; or (2) (a) that there has been inordinate and inexcusable delay on the part of the plaintiff and or lawyers, and (b) that such a delay will give rise to a substantial risk that it is not possible to have a fair trial of the issues in the action or is such as is likely to cause or have caused serious prejudice to the defendants either as between themselves and the plaintiff or between each other or between them and a third party.

More recently, in *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.), Lord Griffiths, in a speech in which all other members of the House concurred, reaffirmed the same point. At pages 1207-1208, he said:

The principles in *Allen v. McAlpine* and *Birkett v. James* are now well understood and I have not been persuaded that a case has been made out to abandon the need to show that the post

question qui était tout à fait accessoire aux points litigieux entre les parties. Comme les plaidoiries le montrent clairement, le retard dans la poursuite n'était pas un point litigieux dans l'action. À mon avis donc, on ne saurait raisonnablement dire que l'ordonnance du protonotaire portait sur des questions ayant une influence déterminante sur le litige entre les parties.

Le critère à appliquer pour décider s'il faut rejeter une action pour défaut de poursuivre a été défini par le juge Dubé dans *Nichols c. Canada et autres* (1990), 36 F.T.R. 77 (C.F. 1^{re} inst.). S'appuyant sur la conclusion tirée par le juge Salmon (tel était son titre) dans *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd., supra*, à la page 561, le juge Dubé s'est prononcé en ces termes à la page 78:

Le critère classique à appliquer pour résoudre cette question est triple. En premier lieu, le retard est-il excessif? En deuxième lieu, le retard est-il inexcusable? En troisième lieu, les défendeurs sont-ils susceptibles de subir un préjudice grave en raison de ce retard?

Dans *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.), la Chambre des lords a réitéré les principes évoqués dans l'arrêt *Allen* et a développé les motifs de rejet pour défaut de poursuivre. Lord Diplock (qui, comme noté plus haut, a rendu l'un des jugements constituant l'arrêt *Allen*) y rappelle que le précédent *Allen* a établi les principes suivants. Le pouvoir de radier une demande pour défaut de poursuivre, dit-il (à la page 318),

[TRADUCTION] ... ne doit s'exercer que si la Cour conclut soit (1) que le défaut a été intentionnel ou insolent, par exemple désobéissance à une ordonnance péremptoire de la Cour ou conduite équivalant à un abus des procédures de la Cour; soit (2) a) qu'il y a eu un retard excessif et inexcusable de la part du demandeur ou de ses avocats, et b) que ce retard risque vraiment de rendre impossible le jugement juste des points litigieux ou est tel qu'il causera ou a causé vraisemblablement un grave préjudice aux défendeurs, que ce soit entre eux et le demandeur ou entre eux-mêmes ou encore entre eux et une tierce partie.

Plus récemment, dans *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.), lord Griffiths a réaffirmé ce principe dans des motifs auxquels ont souscrit tous les autres membres de la Chambre des lords. Il s'est prononcé en ces termes aux pages 1207 et 1208:

[TRADUCTION] Les principes évoqués dans *Allen v. McAlpine* et *Birkett v. James* sont maintenant bien compris et je ne suis pas persuadé qu'un argument concluant ait été proposé en l'es-

writ delay will either make a fair trial impossible or prejudice the defendant.

See also: *Walkley v. Precision Forgings Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 548 (H.L.); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corpn. Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.) and, *Paal Wilson & Co. A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal*, [1983] A.C. 854 (H.L.).

A review of the decision of the Associate Senior Prothonotary makes it abundantly clear that he considered each element of this test in reaching his conclusion, albeit in different language. Accordingly, for all of these reasons, it is my view that the Motions Judge erred in allowing the respondent's appeal and setting aside the order of the Associate Senior Prothonotary.

In *Birkett v. James*, their Lordships also made an important observation on the consequences of an order to dismiss for want of prosecution, which I think is critical to a proper understanding of the nature of an order to dismiss a proceeding for want of prosecution. In most circumstances, the House noted, such an order is not a bar to further action. "[E]xceptional cases apart" (chief of which would include the expiry of a limitation period), Lord Diplock said at page 321

... where all that the plaintiff has done has been to let the previous action go to sleep, the court in my opinion would have no power to prevent him starting a fresh action within the limitation period and proceeding with it with all proper diligence notwithstanding that his previous action had been dismissed for want of prosecution.

Similarly, Lord Salmon, who had also delivered one of the judgments in *Allen*, said that "[t]he fact that the plaintiff or his solicitor has behaved badly in the first action does not make him into a vexatious litigant barred from bringing any further proceedings without permission of the courts" (page 328). See also the speech of Lord Edmund-Davies at page 334.

These things being the case, Lord Diplock made an important observation which I think should be borne in mind whenever a motion to dismiss is being contemplated [at page 320]:

pèce pour rejeter la nécessité qu'il y a de démontrer que le retard postérieur à l'émission du bref aura pour effet soit de rendre impossible un jugement équitable soit de causer un préjudice au défendeur.

Voir aussi *Walkley v. Precision Forgings Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 548 (H.L.); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corpn. Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.) et *Paal Wilson & Co. A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal*, [1983] A.C. 854 (H.L.).

Il ressort très clairement de la décision du protonotaire adjoint qu'il a pris en considération chaque élément de ce critère pour parvenir à sa conclusion, encore que par un libellé différent. Par tous ces motifs donc, je conclus que le juge des requêtes a commis une erreur en faisant droit à l'appel de l'intimée et en infirmant l'ordonnance du protonotaire adjoint.

Dans *Birkett v. James*, Leurs Seigneuries ont fait encore une importante observation quant aux conséquences d'une ordonnance de rejet pour défaut de poursuivre, observation que j'estime indispensable pour bien comprendre la nature d'une ordonnance de ce type. Dans la plupart des cas, a conclu la Chambre des lords, une telle ordonnance n'interdit pas une nouvelle action. [TRADUCTION] «Sauf les cas exceptionnels» (dont le principal est l'expiration du délai de prescription), lord Diplock conclut à la page 321 que

[TRADUCTION] ... si tout ce que le demandeur a fait c'était de ne pas donner suite à l'action précédente, je pense que la Cour n'a pas le pouvoir de l'empêcher d'intenter une nouvelle action avant l'expiration du délai de prescription et d'y donner suite avec toute la diligence voulue, bien que son action précédente ait été rejetée pour défaut de poursuivre.

De même, lord Salmon, l'un des juges qui ont prononcé des motifs du jugement *Allen*, a conclu que: [TRADUCTION] «le fait que le demandeur ou son procureur s'est mal conduit dans la première action ne fait pas de lui un plaideur vexatoire irrecevable à intenter une nouvelle action sans la permission de la juridiction compétente» (page 328). Voir aussi les motifs de lord Edmund-Davies à la page 334.

Dans ce contexte, lord Diplock a fait une importante observation qu'à mon avis, on doit avoir à l'esprit lorsqu'il faut prononcer sur une requête en rejet [à la page 320]:

Crucial to the question whether an action ought to be dismissed for want of prosecution before the expiry of the limitation period is the answer to a question that lies beyond it, viz., whether a plaintiff whose action has been dismissed may issue a fresh writ for the same cause of action. If he does so within the limitation period, the effect of dismissing the previous action can only be to prolong the time which must elapse before the trial can take place beyond the date when it could have been held if the previous action had remained on foot. Upon issuing the new writ the plaintiff would have the benefit of additional time for repeating such procedural steps as he had already completed before the action was dismissed. This can only aggravate; it can never mitigate the prejudice to the defendant from delay. [Emphasis added.]

In *Department of Transport v. Chris (Smaller Transport Ltd., supra*, Lord Griffiths, speaking for the House, made a similar observation on the appropriateness of an order to dismiss after the expiry of a limitation period. At page 1207, he said:

However, [counsel for the Appellants] submits that once the limitation period has expired so that the plaintiff cannot commence a fresh action, inordinate and inexcusable delay in the conduct of the litigation should be a ground for striking out even though there can be a fair trial of the issues and the defendant has suffered no prejudice from the delay. What would be the purpose of striking out in such circumstances? If there can be a fair trial and the defendant has suffered no prejudice, it clearly cannot be to do justice between the parties before the court; as between the plaintiff and defendant such an order is manifestly an injustice to the plaintiff. The only possible purpose of such an order would be as a disciplinary measure which by punishing the plaintiff will have a beneficent effect upon the administration of justice by deterring others from similar delays. I have no faith that the exercise of the power in these circumstances would produce any greater impact on delay in litigation than the present principles.

Given the absence of a showing of prejudice by the respondent here, I find the sentiments there expressed appropriate in the circumstances of this case.

Before parting with the matter, there is one other important aspect of this case which I should like to mention. It is clear to me from a review of the record in this appeal that counsel had agreed to by-pass the *Federal Court Rules*, by proceeding by agreed statement of facts and waiving certain procedural steps, such as delivery of lists of documents and examinations for discovery. In my view this agreement was a relevant circumstance to consider in assessing the

[TRADUCTION] Pour décider s'il faut rejeter une action pour défaut de poursuivre avant l'expiration du délai de prescription, il faut absolument répondre à la question de savoir si le demandeur dont l'action aura été rejetée peut émettre un nouveau bref pour la même cause d'action. S'il le fait avant l'expiration du délai de prescription, le rejet de l'action précédente n'a pour effet que de prolonger le temps qui doit s'écouler avant que le jugement puisse avoir lieu au-delà de la date où il aurait pu avoir lieu si l'action précédente avait été toujours en instance. Dès l'émission du nouveau bref, le demandeur jouirait d'un délai supplémentaire pour refaire les actes de procédure qu'il avait déjà accomplis avant que l'action ne fût rejetée. Cela ne fait qu'ajouter au préjudice, et ne réduira pas le préjudice du défendeur du fait du retard. [Passages non soulignés dans le texte.]

Dans *Department of Transport v. Chris (Smaller Transport Ltd., supra*, lord Griffiths, rendant le jugement de la Chambre des lords, a fait une observation semblable au sujet de l'à-propos de l'ordonnance de rejet rendue après l'expiration du délai de prescription. Voici la conclusion qu'il tire à la page 1207:

[TRADUCTION] Cependant, [l'avocat des appelants] soutient qu'après l'expiration du délai de prescription qui fait que le demandeur ne peut pas intenter une nouvelle action, le retard excessif et inexcusable dans la poursuite du litige doit être un motif de rejet lors même qu'un jugement équitable des points litigieux est possible et que le défendeur n'a subi aucun préjudice à cause du retard. À quoi servirait-il alors de radier la demande? Si un jugement équitable est possible et que le défendeur n'ait subi aucun préjudice, le rejet ne rendra pas justice aux parties en présence; entre le demandeur et le défendeur, pareille ordonnance est manifestement une injustice pour le demandeur. La seule signification possible d'une telle ordonnance serait qu'elle constitue une mesure disciplinaire qui, par la punition infligée au demandeur, aura un effet bénéfique sur l'administration de la justice en décourageant les retards du même genre chez d'autres. Je ne suis nullement convaincu que l'exercice du pouvoir dans ces conditions ait plus d'influence sur les retards de procédure que les principes observés à l'heure actuelle.

Puisqu'il n'y a en l'espèce aucune preuve de préjudice pour l'intimée, je pense que les observations ci-dessus s'appliquent aux faits de la cause en instance.

Avant d'en terminer avec ce sujet, il y a lieu de noter un autre élément important de cette cause. Il ressort du dossier de cet appel que les avocats ont convenu de passer outre aux *Règles de la Cour fédérale*, en procédant par exposé conjoint des faits et renonçant à certains actes de procédure, comme la communication des listes de documents et les interrogatoires préalables. À mon avis, cet accord est un facteur à prendre en considération pour apprécier la con-

conduct of the solicitors for both parties. There is no evidence that the respondent had repudiated the agreement. The reasons of the Motions Judge are devoid of any hint that he was alive to this contextual fact; and it may well be that, absent repudiation or some other warning, the appellants' solicitor was induced to act on the assumption that respondent intended to continue the litigation.

There is no doubt, as the Associate Senior Prothonotary found and as the record discloses, that the appellant's solicitor was dilatory in delivering the agreed statement of facts. However, when it was delivered, respondent's counsel deliberately refused to react for well over one year. When he did react, it was by notice of motion under Rule 440(1), but without even complying with the provisions of Rule 440(2) which require that prior warning be given before a motion under Rule 440(1) is launched. Fortunately for the respondent, in argument before us appellant's counsel informed us that he was not invoking non-compliance with Rule 440(2) as a ground of error since it was his position throughout that counsel for the parties had agreed to by-pass the Rules.

I would, therefore, allow the appeal with costs, both here and below, set aside the order of the Motions Judge dated November 8, 1991 and restore the order of the Associate Senior Prothonotary dated September 30, 1991.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: I have had the opportunity of reading the reasons for judgment of the Chief Justice and accept his statement of the facts except for his assumption that there was an agreement between the parties in 1988 as to the preparation of a draft statement of facts by the appellant. As I read the materials, the only agreement on the part of the respondent was that it would "review" such a draft, if prepared (Appeal Book at page 33).

I also agree with the Chief Justice in part as to the standard of review to be applied by a motions judge to a discretionary decision of a prothonotary. Follow-

uite des procureurs des deux parties. Il n'y a aucune preuve que l'intimée ait dénoncé cet accord. Les motifs prononcés par le juge des requêtes ne renferment rien qui indique qu'il ait remarqué ce fait sous-jacent; et il se peut que, faute de dénonciation ou autre avertissement, le procureur de l'appelante ait été amené à poursuivre en presumant que l'intimée entendait continuer à défendre à l'action.

Il est hors de doute, comme l'a conclu le protonotaire adjoint et ainsi qu'il ressort du dossier, que le procureur de l'appelante a tardé à produire l'exposé conjoint des faits. Cependant, après que ce dernier eut été produit, l'avocat de l'intimée a délibérément refusé de faire quoi que ce fût pendant plus d'un an. Lorsqu'il a fini par réagir, ce fut par voie d'avis de requête sous le régime de la Règle 440(1), mais sans même se conformer à la Règle 440(2) qui subordonne l'introduction de la requête visée à la Règle 440(1) à la signification d'un préavis. Heureusement pour l'intimée, l'avocat de l'appelante, dans son argumentation devant la Cour, nous a informés qu'il n'invoquait pas la non-observation de la Règle 440(2) comme motif d'erreur puisqu'à son avis, les avocats des deux parties étaient convenus tout au long de l'affaire de passer outre aux Règles.

En conséquence, je ferais droit à l'appel avec dépens en appel et en première instance, j'infirmes l'ordonnance en date du 8 novembre 1991 du juge des requêtes et je rétablirais l'ordonnance en date du 30 septembre 1991 du protonotaire adjoint.

* * *

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: J'ai lu les motifs du jugement prononcés par le juge en chef et je souscris à son appréciation des faits de la cause, sauf la présomption qu'il y avait un accord entre les parties en 1988 quant à la préparation d'un projet d'exposé des faits par l'appelante. La lecture du dossier me porte à conclure que l'intimée a seulement accepté d'«examiner» ce projet si jamais il est préparé (Dossier d'appel, à la page 33).

Je souscris aussi en partie à l'avis du juge en chef au sujet de la norme de révision à appliquer par le juge des requêtes à l'égard des décisions discrétion-

ing in particular Lord Wright in *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) at page 484, and Lacourcière J.A. in *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (Div. Ct.), discretionary orders of prothonotaries ought not to be disturbed on appeal to a judge unless:

(a) they are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts, or

(b) they raise questions vital to the final issue of the case.¹⁵

Where such discretionary orders are clearly wrong in that the prothonotary has fallen into error of law (a concept in which I include a discretion based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts), or where they raise questions vital to the final issue of the case, a judge ought to exercise his own discretion *de novo*.

¹⁵ It should be noted that Lord Wright's phrase "the final issue of the case" is quite different from "the final issue in the case." Lord Wright means "vital to the result of the case" rather than "vital to the ultimate issue on the merits of the case."

As to which judge to follow in *Evans v. Bartlam*, it is true that what Lord Atkin said in at p. 478 could imply that in every case a judge must exercise his own discretion: "His own discretion is intended by the rules to determine the parties' rights: and he is entitled to exercise it as though the matter came before him for the first time. He will, of course, give the weight it deserves to the previous decision of the Master: but he is in no way bound by it." But even if these words are to be given their full extension, in contradistinction to the opinion of Lord Wright, it would be by no means clear that he carried a majority of the House with him on the point. Only Lord Thankerton concurred with him. Lord Russell of Killowen did not deal directly with the matter, and Lord Roche, appearing to recognize no distinctions in the views expressed, concurred with everyone. In any event, what the appellant needed to establish was the opposite point of view to that she contended Lord Atkin held, viz., that the master's discretion should always govern, but in fact she endorsed a modified version of Lord Wright's rule, and was unable to sustain it.

naires de protonotaire. Selon en particulier la conclusion tirée par lord Wright dans *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) à la page 484, et par le juge Lacourcière, J.C.A., dans *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (C. div.), le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants:

a) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits,

b) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal¹⁵.

Si l'ordonnance discrétionnaire est manifestement erronée parce que le protonotaire a commis une erreur de droit (concept qui, à mon avis, embrasse aussi la décision discrétionnaire fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits) ou si elle porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, le juge saisi du recours doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début.

¹⁵ Il y a lieu de noter que la formulation employée par lord Wright, «*the final issue of the case*», n'a pas du tout le même sens que «*the final issue in the case*». Il a voulu dire par là «influence déterminante sur l'issue du principal» et non «influence déterminante sur le litige principal selon le mérite de la cause».

Quant à la question de savoir à l'avis de quel juge il faut se ranger dans l'affaire *Evans v. Bartlam*, il est vrai que la conclusion tirée par lord Atkin à la p. 478 pourrait signifier que dans tous les cas, le juge saisi du recours doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire: [TRADUCTION] «Selon l'esprit des règles, il exerce son propre pouvoir discrétionnaire pour statuer sur les droits des parties, et il a le droit de l'exercer comme si l'affaire lui avait été soumise en premier lieu. Il prendra naturellement en considération, comme il convient, la décision antérieure du protonotaire, mais il n'est nullement lié par cette décision». Mais même si on donne l'interprétation la plus libérale à ces mots, par contraste avec la conclusion de lord Wright, il n'est pas du tout évident qu'il a rallié la majorité de la Chambre des lords sur ce point. Seul lord Thankerton a souscrit à cette conclusion. Lord Russell of Killowen ne s'est pas prononcé directement sur la question, et lord Roche, qui ne reconnaissait manifestement pas les nuances entre les vues exprimées, était d'accord avec tout le monde. Quoi qu'il en soit, ce que l'appelante avait besoin d'établir, c'était le point de vue opposé à celui dont elle soutient qu'il était celui de lord Atkin, à savoir que la décision discrétionnaire du protonotaire prévaut dans tous les cas, mais en fait elle soutient une version modifiée de la règle définie par lord Wright et n'a pas été en mesure de la faire valoir.

In *Canada v. "Jala Godavari" (The)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127 (F.C.A.), this Court in an *obiter dictum* stated the rule the other way around, seeking to emphasize the necessity for the exercise of the Judge's discretion *de novo*, in contradistinction to the view that was at that time gaining acceptance in the Trial Division that the prothonotary's discretion should be followed unless he had committed error of law. *Jala Godavari* should not, I think, be read as meaning that the prothonotary's discretion should never be respected, but rather that it is subject to an overriding discretion by a judge where the question involved is vital to the final issue of the case. (Error of law is, of course, always a reason for intervention by a judge, and is not in any way in controversy).

Now, in the case at bar, what kind of interlocutory order was in question? The appellant urged this Court to follow *Stoicevski*, but was unable to explain in argument why the prothonotary's decision here was not on a question vital to the final issue of the case. The formulations both of Lord Wright and Lacourcière J.A. underline the contrast between "*routine matters of pleading*" (Lord Wright) and "*a routine amendment to a pleading*" (Lacourcière J.A.) [italics added] and questions vital to the final issue of the case, i.e., to its final resolution.

The question before the prothonotary in the case at bar can be considered interlocutory only because the prothonotary decided it in favour of the appellant. If he had decided it for the respondent, it would itself have been a final decision of the case: *A-G of Canada v. S.F. Enterprises Inc. et al.* (1990), 90 DTC 6195 (F.C.A.) at pages 6197-6198; *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525 (C.A.). It seems to me that a decision which can thus be either interlocutory or final depending on how it is decided, even if interlocutory because of the result, must nevertheless be considered vital to the final resolution of the case. Another way of putting the matter would be to say that for the test as to relevance to the final issue of the case, the issue to be decided should be looked to

Dans *Canada c. «Jala Godavari» (Le)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127 (C.A.F.), notre Cour, dans une observation incidente, a énoncé la règle contraire, en mettant l'accent sur la nécessité pour le juge d'exercer son pouvoir discrétionnaire par instruction *de novo*, par contraste avec la vue qui avait cours à l'époque à la Section de première instance, savoir qu'il ne fallait pas toucher à la décision discrétionnaire du protonotaire sauf le cas d'erreur de droit. Il ne faut pas, à mon avis, interpréter l'arrêt *Jala Godavari* comme signifiant que la décision discrétionnaire du protonotaire ne doit jamais être respectée, mais qu'elle est subordonnée à l'appréciation discrétionnaire d'un juge si la question visée a une influence déterminante sur l'issue de la cause principale. (L'erreur de droit, bien entendu, est toujours un motif d'intervention du juge, et ne prête pas à controverse).

La question se pose donc de savoir quel genre d'ordonnance interlocutoire est en cause en l'espèce. L'appelante engage la Cour à suivre le précédent *Stoicevski*, mais n'a pas été en mesure d'expliquer que la décision du protonotaire en l'espèce ne portât pas sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal. Les conclusions de lord Wright comme du juge Lacourcière, J.C.A., soulignent le contraste entre «les questions de procédure courantes» (lord Wright) et «la modification *sans importance* des actes de procédure» (le juge Lacourcière, J.C.A.) [non mis en italique dans le texte] d'une part, et les questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause principale, c'est-à-dire sa solution, de l'autre.

La matière soumise en l'espèce au protonotaire peut être considérée comme interlocutoire seulement parce qu'il a prononcé en faveur de l'appelante. Eût-il prononcé en faveur de l'intimée, sa décision aurait résolu définitivement la cause; Voir *P-G du Canada c. S.F. Enterprises Inc. et autre* (1990), 90 DTC 6195 (C.A.F.) aux pages 6197 et 6198; *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525 (C.A.). Il me semble qu'une décision qui peut être ainsi soit interlocutoire soit définitive selon la manière dont elle est rendue, même si elle est interlocutoire en raison du résultat, doit néanmoins être considérée comme déterminante pour la solution définitive de la cause principale. Autrement dit, pour savoir si le résultat de la procédure est un facteur déterminant de l'issue du princi-

before the question is answered by the prothonotary, whereas that as to whether it is interlocutory or final (which is purely a *pro forma* matter) should be put after the prothonotary's decision. Any other approach, it seems to me, would reduce the more substantial question of "vital to the issue of the case" to the merely procedural issue of interlocutory or final, and preserve all interlocutory rulings from attack (except in relation to errors of law).

I believe this approach is supported by the Ontario Court of Appeal in *Stoicovski*, where Lacourcière J.A. held (at page 439) that "[a]n amendment [to a statement of defence] which may have the effect of reducing the plaintiff's quantum of recovery of damages is clearly vital to the final issue." More important, the decision by the English Court of Appeal on the third appeal in *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543, where the Court refused to intervene against a motions judge's substitution of his discretion for that of a master on a motion to dismiss an action for want of prosecution, is on all fours with the case at bar. It is true that on the facts in the third appeal in *Allen*, the delay had been one for 14 years, but that fact can have nothing to do with the issue of whose discretion is to govern.

I am therefore drawn to the conclusion that the learned Motions Judge was entirely right in following *Jala Godavari* and exercising his own discretion *de novo*.

In my view, as the respondent contended, the Motions Judge's reasons for decision could also be construed as being implicitly based on the prothonotary's error in coming to his conclusion [at page 5643] "solely on the grounds that the defendants had not complained of the plaintiff's tardiness or taken some action at an earlier date," in the words of the Motions Judge himself. In other words, the prothonotary had fallen into an error of law which prevented

pal, il faut examiner le point à trancher avant que le protonotaire ne réponde à la question, alors que pour savoir si la décision est interlocutoire ou définitive (ce qui est purement une question de forme), la question doit se poser après la décision du protonotaire. Il me semble que toute autre approche réduirait la question de fond de «l'influence déterminante sur l'issue du principal» à une question purement procédurale de distinction entre décision interlocutoire et décision définitive. et protégerait toutes les décisions interlocutoires contre les attaques (sauf le cas d'erreur de droit).

Je pense que cette approche est aussi celle qu'adopte la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Stoicovski*, par lequel le juge Lacourcière, J.C.A., conclut (à la page 439) que [TRADUCTION] «une modification [apportée à une défense] qui peut avoir pour effet de réduire le quantum des dommages-intérêts recouvrables par le demandeur a manifestement une influence déterminante sur l'issue de la cause principale». Plus important encore, la décision rendue par la Cour d'appel d'Angleterre en troisième appel de l'affaire *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543, par laquelle elle a refusé d'infirmer la décision du juge des requêtes de substituer son appréciation discrétionnaire à celle du protonotaire à l'égard d'une exception pour défaut de poursuivre, est entièrement applicable en l'espèce. Il est vrai que pour ce qui est des faits dans ce troisième appel, il y avait eu un retard de 14 ans, mais ce fait n'a rien à voir avec la question de savoir quelle est l'autorité dont la décision discrétionnaire doit l'emporter.

J'en conclus que le juge des requêtes avait entièrement raison d'appliquer la règle définie par l'arrêt *Jala Godavari* et d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début.

Je conviens avec l'intimée que les motifs de la décision du juge des requêtes pourraient être interprétés comme implicitement fondés sur l'erreur du protonotaire qui consistait à tirer sa conclusion [à la page 5643] «pour le seul motif que la défenderesse ne s'est pas plainte du retard de la demanderesse ni n'a agi plus tôt», pour reprendre les propres termes du juge. Autrement dit, le protonotaire a commis une erreur de droit qui l'a empêché d'exercer convenable-

him from exercising his discretion properly. This would also justify the Motions Judge's exercise of discretion *de novo*. The prothonotary's fundamental error was in assuming that the respondent was under an obligation to take action in response to the draft statement of facts. As Diplock L.J. (as he then was) put it in *Allen* (at page 555):

It is thus inherent in an adversary system which relies exclusively upon the parties to an action to take whatever procedural steps appear to them to be expedient to advance their own case, that the defendant, instead of spurring the plaintiff to proceed to trial, can with propriety wait until he can successfully apply to the court to dismiss the plaintiff's action for want of prosecution on the ground that so long a time has elapsed since the events alleged to constitute the cause of action that there is a substantial risk that a fair trial of the issues will not be possible.

The second issue is whether the Motions Judge has properly exercised his discretion. In so exercising his discretion, he took account of the prothonotary's finding [at page 5547] that the appellant's action "might well have supported a successful motion to dismiss," and also of the question whether the subsequent delay by the respondent was sufficient to excuse the appellant's failure to prosecute in a reasonable and timely manner. Weighing both factors he arrived at the finding [at page 5643] that "the delay on the plaintiff's part has been of such substantial proportion as to likely cause prejudice to the defendant at trial."

Of course, as Diplock L.J. also said in *Allen* (at page 556):

Since the power to dismiss an action for want of prosecution is only exercisable upon the application of the defendant his previous conduct in the action is always relevant.

However, that the Motions Judge did not fail to take this factor into account is established to my mind by the following passage from his reasons [at pages 5642-5643]:

The fact that plaintiff's delay in prosecuting this case is sufficient to warrant an order dismissing the action is not, under the circumstances, altered by any subsequent delay on the part of the defendant. The implication that the defendant's lack of

ment son pouvoir discrétionnaire. Ce fait justifie aussi l'exercice par le juge des requêtes de son pouvoir discrétionnaire par instruction *de novo*. L'erreur fondamentale du protonotaire consistait à présumer que l'intimée était tenue à l'obligation de donner suite au projet d'exposé des faits. Il y a lieu de rappeler à ce sujet cette conclusion tirée par le lord juge Diplock (tel était son titre à l'époque) dans l'arrêt *Allen* (à la page 555):

[TRADUCTION] C'est un trait inhérent du système contradictoire qui laisse aux parties le soin de prendre les actes de procédure qu'elles jugent propres à favoriser leur cause, que le défendeur, au lieu de presser le demandeur de mettre l'affaire en état, peut légitimement attendre jusqu'au moment où il pourra demander au tribunal de rejeter l'action du demandeur pour défaut de poursuivre, par ce motif que tellement de temps s'est écoulé depuis la survenance des faits allégués, que ce retard risque vraiment de rendre impossible un jugement équitable des points litigieux.

La seconde question qui se pose est de savoir si le juge des requêtes a convenablement exercé son pouvoir discrétionnaire. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, il a tenu compte de la conclusion tirée par le protonotaire [à la page 5547] que la conduite de l'appelante «aurait très bien pu à ce moment-là, justifier une requête en rejet d'action qui aurait été accueillie», et aussi de la question de savoir si le retard subséquent de l'intimée était suffisant pour excuser le défaut de l'appelante de poursuivre dans des délais raisonnables. Pesant les deux facteurs, il a été amené à conclure [à la page 5643] que «le retard de la demanderesse était de nature à causer un préjudice à la défenderesse à l'instruction».

Il est vrai que le lord juge Diplock a également tiré la conclusion suivante dans *Allen* (à la page 556):

[TRADUCTION] Puisque le pouvoir de rejeter l'action pour défaut de poursuivre ne s'exerce que sur requête du défendeur, la conduite antérieure de celui-ci dans l'action est toujours un facteur à prendre en considération.

Il appert cependant que le juge des requêtes n'a pas omis de prendre ce facteur en considération, comme en témoigne le passage suivant des motifs de sa décision [aux pages 5642 et 5643]:

Le fait que la demanderesse ait tardé à présenter sa cause justifie en soi le rejet de l'action et, dans les circonstances, ce fait n'est pas modifié par un retard subséquent de la part de la défenderesse. Il est tout simplement faux de dire que, par son

action excused the plaintiff's failure to prosecute in a reasonable and timely manner is simply not correct. [Emphasis added.]

It was also said that the Motions Judge should have explicitly taken into consideration an admission made by the respondent, but that "admission" is only as to the fact that "there was substantial evidence from the witness at the trial in the Tax Court," [at page 5546] a fact presumably already in the record. While relevant, that does not get the appellant even to first base in refuting the overall effect of the prejudice to the respondent's case caused by the cumulative delays.

The Motions Judge having exercised his discretion, this Court cannot intervene in the absence of an error of law. As it was put by Mahoney J.A. for this Court in *The Queen v. Murphy and ABC Steel Building Ltd.* (1988), 89 DTC 5028 (F.C.A.), at page 5029:¹⁶

The order of the Trial Division is discretionary. The principles to be applied by this Court have been accepted as those stated by Lord Diplock in *Birkett v. Jones* [sic] [1978] A.C. 297] at page 317:

... an appellate court ought not to substitute its own "discretion" for that of the judge merely because its members would themselves have regarded the balance as tipped against the way in which he had decided the matter. They should regard their function as primarily a reviewing function and should reverse his decision only in cases either ... where they are satisfied that the judge has erred in principle by giving weight to something which he ought not to have taken into account or by failing to give weight to something which he ought to take into account;

¹⁶ The slightly more complete formulation of Urie J.A. in *Canadian National Railway Co. v. The Norango*, [1976] 2 F.C. 264 (C.A.) at p. 268 is as follows:

The normal rule is that an appellate court ought not to interfere with the discretion of a trial judge acting within his jurisdiction unless it is clearly satisfied that the discretion has been wrongly exercised either because the judge had acted on some wrong principle of law or because on other grounds the decision would result in some injustice being done.

There was no argument in the case at bar as to other grounds on which injustice might have been done.

inaction, la défenderesse a excusé le défaut de la demanderesse de procéder dans un délai raisonnable. [Non souligné dans le texte.]

L'appelante soutient encore que le juge des requêtes aurait dû prendre expressément en considération un aveu fait par l'intimée, mais cet «aveu» ne portait que sur le fait que «la déposition du témoin au procès devant la Cour de l'impôt était assez considérable», aveu qui a été vraisemblablement versé au dossier [à la page 5546]. Bien que cet aveu soit un facteur, il n'est guère d'un grand secours pour l'appelante pour réfuter l'effet d'ensemble du préjudice causé par les retards accumulés aux moyens de défense de l'intimée.

Le juge des requêtes ayant exercé son pouvoir discrétionnaire, cette Cour ne peut intervenir s'il n'y a pas eu erreur de droit. Ce principe a été évoqué par le juge Mahoney, J.C.A., qui rendait le jugement de cette Cour dans *La Reine c. Murphy et ABC Steel Building Ltd.* (1988), 89 DTC 5028 (C.A.F.), à la page 5029¹⁶:

L'ordonnance qu'a rendue la Division de première instance relève de son pouvoir discrétionnaire. Les principes que la présente Cour doit appliquer à cet égard ont été ainsi énoncés par lord Diplock dans l'arrêt *Birkett v. Jones* [sic] [1978] A.C. 297] à la page 317:

... un tribunal d'appel ne devrait pas substituer son propre «pouvoir discrétionnaire» à celui du juge simplement parce que ses membres auraient personnellement jugé que la prépondérance de la preuve allait contre la décision qu'il a rendue dans l'espèce. Ils devraient considérer que leurs fonctions relèvent principalement de l'examen, et ils ne devraient infirmer la décision du juge que dans les circonstances où ... ils sont convaincus que le juge a commis une erreur de principe soit en attachant de l'importance à un élément dont il n'aurait pas dû tenir compte, soit en ne tenant pas compte d'un élément qu'il aurait dû prendre en considération

¹⁶ Voici la formulation, un peu plus complète, employée par le juge Urie, J.C.A., dans *La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norango*, [1976] 2 C.F. 264 (C.A.), à la p. 268:

Selon un principe bien établi, une cour d'appel ne devrait pas intervenir lorsqu'un juge de première instance exerce un pouvoir discrétionnaire dans le cadre de sa compétence, à moins d'être tout à fait convaincue que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à tort, parce que le juge a rendu une décision entachée d'une erreur de droit ou, parce que la décision entraîne une injustice pour d'autres motifs.

Aucun argument n'a été proposé en l'espèce quant aux autres motifs possibles d'injustice.

The appellant contended that the respondent had condoned, acquiesced in or waived its right to object to any unreasonable delay on her part. But this argument was rested on her view that the draft statement of facts was prepared on the basis of an agreement between the parties. As I have said, the only agreement seems to have been to the effect that the respondent would “review” such a draft, if prepared. In any event, this is a factual determination which was open to the Motions Judge, who clearly did not find the respondent’s lack of response to amount to condonation, acquiescence or waiver.

A motions judge must not fall into error of law in considering how serious is the prejudice caused by the delay. But the Motions Judge in the case at bar raised the question properly [at page 5642]: “the defendant must show . . . that it will likely be seriously prejudiced by the delay.” He also answered it squarely [at page 5643]: “It is clear on the facts that the delay on the plaintiff’s part has been of such substantial proportion as to likely cause prejudice to the defendant at trial.” [Emphasis added.] Given the Motions Judge’s reliance on his assessment of the facts, I find myself unable to conclude that he relied solely on an intuitive notion that inordinate delay necessarily entails serious prejudice, and I therefore find no manifest error of law such as would permit me to interfere with his exercise of discretion.

The appellant also argued that the respondent was in violation of former Rule 447(2), which required it “within 20 days after the pleadings in the action are deemed to be closed as between him and any other party, or such longer period as that other party may agree to, file and serve on that other party a list of the documents of which he has knowledge at that time that might be used in evidence . . .” However, the only sanction for any such *pro forma* requirement is a Court order to produce under Rule 460, [as am. by SOR/90-846, s. 15] a procedure which has not been invoked by the appellant. Similarly, the respondent relied on the provisions of Rule 331A [enacted by SOR/79-57, s. 6], that “[w]here a year, or more, has elapsed since the last proceeding in a matter, a party who desires to proceed must give to every other party

L’appelante soutient que l’intimée a toléré le retard déraisonnable de sa part, si retard déraisonnable il y avait, y a acquiescé ou a renoncé à son droit de s’en plaindre. Cet argument est cependant fondé sur sa prétention que le projet d’exposé des faits était fondé sur un accord entre les parties. Or, comme je l’ai fait remarquer, la seule convention qui existât à ce sujet, c’était que l’intimée «examinerait» ce projet s’il était préparé. Quoi qu’il en soit, il s’agit là d’une conclusion sur les faits relevant de l’appréciation souveraine du juge des requêtes, qui manifestement n’a pas conclu que l’inaction de la part de l’intimée valait tolérance, acquiescement ou renonciation à son droit de se plaindre.

Il ne faut pas que le juge des requêtes commette une erreur de droit en pesant la gravité du préjudice causé par le retard. En l’espèce cependant, il a posé la question correctement [à la page 5642]: «la défenderesse doit établir . . . qu’elle sera vraisemblablement gravement lésée par ce retard». Il y a aussi répondu de façon catégorique [à la page 5643]: «La preuve indique clairement que le retard de la demanderesse était de nature à causer un préjudice à la défenderesse à l’instruction». [Mots non soulignés dans le texte.] Étant donné que le juge des requêtes a fondé sa décision sur son appréciation des faits, je ne saurais conclure qu’il s’est fié uniquement à son intuition pour décider qu’un retard excessif se traduit nécessairement pas un préjudice grave; je ne vois donc aucune erreur de droit manifeste qui me permette d’intervenir dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire.

L’appelante soutient aussi que l’intimée n’a pas observé l’ancienne Règle 447(2) qui lui faisait l’obligation «dans les 20 jours qui suivent celui où les plaidoiries de l’action sont censées avoir pris fin entre elle et une autre partie, ou dans le délai plus long que cette autre partie peut accepter, [de] déposer et signifier à cette autre partie une liste des documents dont elle a connaissance à ce moment et qui pourraient être présentés comme preuve». Cependant, la seule sanction de cet impératif procédural est une ordonnance de produire sous le régime de la Règle 460 [mod. par DORS/90-846, art. 15], procédure que l’appelante n’a pas invoquée. De même, l’intimée invoque les dispositions de la Règle 331A [éditée par DORS/79-57, art. 6], aux termes de laquelle «[l]orsqu’une année ou plus s’est écoulée depuis le

not less than one month's notice of his intention to proceed." But there seems to be no consequence clearly provided in the rules for such default, and in any event the rule was not previously invoked.

The appellant not having succeeded in establishing any error of law, the appeal must therefore be dismissed with costs.

MAHONEY J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A. (*dissenting*): I share the view of the Chief Justice that this appeal should be allowed. Even if I were to accede to the argument of my colleague MacGuigan J.A. that under the proposed review standard the Trial Judge was entitled to exercise his discretion *de novo*, I am not persuaded that the result should be any different. In my respectful opinion, the Motions Judge erred when applying the test on which decisions to dismiss actions for want of prosecution must be based. That test is set out in the decision of Dubé J. in *Nichols v. Canada et al.* (1990), 36 F.T.R. 77 (F.C.T.D.), at page 78:

The classic test to be applied in these matters is threefold: first, whether there has been an inordinate delay; secondly, is the delay inexcusable; and thirdly, whether the defendants are likely to be seriously prejudiced by the delay. [Emphasis is mine].

It is common ground that the appellant's delay was "inexcusable". As well, I am willing to concede that the two-year delay was "inordinate". Thus it remains to be determined whether the respondent was "likely to be seriously prejudiced by the delay". In this regard the Motions Judge held [at page 5642]:

In order to succeed on an application to dismiss an action for want of prosecution, the defendant must show that there has been inordinate delay which is inexcusable and that it will

dépôt de la dernière procédure dans une affaire, une partie qui désire procéder doit donner à chaque autre partie un avis d'au moins un mois de son intention de procéder». Il ne semble cependant pas que les Règles prévoient clairement une sanction pour l'inobservation de cette disposition et, de toute façon, cette règle n'a pas été invoquée en premier lieu.

L'appelante n'ayant pas réussi à démontrer qu'il y a eu erreur de droit, il faut rejeter l'appel avec dépens.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

* * *

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*dissident*): Je partage la conclusion tirée par le juge en chef qui se prononce pour l'accueil de cet appel. Même si je souscrivais à l'argument de mon collègue le juge MacGuigan, J.C.A. à savoir qu'au regard de la norme de révision proposée, le juge de première instance était en droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire par instruction *de novo*, je ne pense pas que le résultat doive en être différent. À mon avis, le juge des requêtes a commis une erreur dans l'application de la norme régissant le rejet d'une action pour défaut de poursuivre. Cette norme est évoquée par le juge Dubé dans *Nichols c. Canada et autres* (1990), 36 F.T.R. 77 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 78:

Le critère classique à appliquer pour résoudre cette question est triple. En premier lieu, le retard est-il excessif? En deuxième lieu, le retard est-il inexcusable? En troisième lieu, les défendeurs sont-ils susceptibles de subir un préjudice grave en raison de ce retard? [Mots non soulignés dans le texte.]

Il est constant qu'en l'espèce, le retard de la part de l'appelante était «inexcusable». Je veux bien aussi reconnaître qu'un retard de deux ans est «excessif». Il reste à examiner si l'intimée était «susceptible de subir un préjudice grave». À ce sujet, le juge des requêtes a conclu en ces termes [à la page 5642]:

Pour avoir gain de cause dans une demande de rejet d'une action pour défaut de poursuivre, la défenderesse doit établir qu'il y a eu un retard démesuré et inexcusable et qu'elle sera

likely be seriously prejudiced by the delay. The general rule is that the longer the delay, the greater the likelihood of serious prejudice at the trial as the passage of time weakens witnesses' recollection of events.

In my respectful opinion, one should not presume serious prejudice because the delay is deemed inordinate. Nor I am persuaded that the "fading memory" rationale is applicable in the instant case. Unless a defendant leads evidence to that effect, one should refrain from speculating on the possible deleterious effects of inordinate delay.

I must confess that I am sceptical of the "fading memory" rationale being invoked as the sole basis on which to rest a decision to dismiss for want of prosecution. One need only take cognizance of the lengthy delays generally experienced throughout this country in bringing cases to trial to appreciate that the passage of time *simpliciter* is not regarded as an impediment to a fair trial, at least so far as civil actions are concerned. Moreover, cases such as *Farrar v. McMullen*, [1971] 1 O.R. 709 (C.A.) reveal that the burden of demonstrating sufficient prejudice is not easily met. In that case, the Ontario Court of Appeal declined to dismiss the action on the basis of delay despite the intervening death of the only witness who could testify on behalf of the defendant.

In my view, the Court should not assess the likelihood of serious prejudice in a factual vacuum. The complexity and nature of the case, the conduct of the respective solicitors, the kinds of issues under consideration, the physical and mental well-being of witnesses and the existence of documentary evidence are examples of matters which require careful consideration.

From the appeal record, it is apparent that the respondent offered no specific evidence which could reasonably be regarded as giving rise to a likelihood of serious prejudice.¹⁷ Moreover, on appeal, it simply maintained that such prejudice may properly be presumed and went on to speculate that serious prejudice "might have been found in the difficulty of operating a business while ensnared in a tax dispute for an inordinate time" (see respondent's memorandum of fact

¹⁷ The fact that the litigation is concerned with the "law of taxation" does not necessarily lead to the conclusion that the issues are, for example, complex.

vraisemblablement gravement lésée par ce retard. Selon la règle générale, plus le délai est long, plus le risque que ce retard cause un grave préjudice à l'instruction augmente, étant donné qu'avec le temps, les témoins ont tendance à moins bien se souvenir des événements.

À mon humble avis, le préjudice grave ne se présume pas du seul fait que le retard est réputé excessif. Je ne suis pas convaincu non plus que le moyen du «souvenir diminué» soit applicable en l'espèce. À moins que le défendeur ne produise des preuves à cet effet, on doit s'abstenir de conjecturer sur les effets nuisibles possibles du retard excessif.

Je dois avouer mon scepticisme face au moyen du «souvenir diminué» invoqué comme seul motif à l'appui de la décision de rejet pour défaut de poursuivre. Il suffit de se rappeler les longs retards qu'on connaît généralement à travers le pays dans la mise en état des causes, pour se rendre compte que le passage du temps ne peut être considéré comme constituant à lui seul un obstacle au jugement équitable, du moins en ce qui concerne les actions civiles. D'ailleurs, les causes comme *Farrar v. McMullen*, [1971] 1 O.R. 709 (C.A.), montrent qu'il n'est pas si facile de prouver le préjudice suffisant. Dans cette dernière affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de rejeter l'action en raison du retard malgré la mort dans l'intervalle du seul témoin du défendeur.

À mon avis, il ne faut pas que la Cour considère la probabilité de préjudice grave dans le vide. La complexité et la nature de l'affaire, la conduite des procureurs respectifs des parties, les genres de points litigieux, le bien-être physique et mental des témoins et l'existence des preuves documentaires, voilà autant de questions qu'il faut considérer attentivement.

Il ressort du dossier d'appel que l'intimée n'a produit aucune preuve spécifique qui puisse être raisonnablement considérée comme un indice de probabilité de préjudice grave¹⁷. Qui plus est, en appel, elle s'est contentée de soutenir que ce préjudice pouvait être présumé à bon droit, et a conjecturé qu'un préjudice grave [TRADUCTION] «pourrait résider dans la difficulté qu'il y a à exploiter une entreprise tout en se trouvant empêtré dans un contentieux fiscal pendant

¹⁷ Le fait qu'il s'agit d'une affaire d'impôt sur le revenu ne signifie pas qu'il faut nécessairement conclure que les points litigieux sont, par exemple, complexes.

and law, paragraph 20, page 9). This argument might have been relevant had the respondent offered some supporting evidence. Alternatively, the respondent might have argued (which it did not) that the facts raised a rebuttable presumption of prejudice. But even if that argument were available, there is, in my opinion, sufficient evidence to rebut such a presumption.

Before the prothonotary, counsel for the respondent [at page 5546] “admitted that there was substantial evidence from the witness at the trial in the Tax Court” and hence the prothonotary observed “no doubt transcripts of that testimony will go far to refresh the witness’s memory.” The respondent’s admission, in and of itself, undermines the validity of the “fading memory” rationale and, if necessary, would rebut any presumption of prejudice. Consequently, the onus would shift to the respondent (defendant) to prove actual prejudice. This is not to suggest that in law a rebuttable presumption arises where motions for dismissal for want of prosecution are involved. In my opinion, it is as much an error of law to place on the appellant (plaintiff) the onus of disproving the likelihood of serious prejudice which arises as a result of a presumption, as it is to presume prejudice because of a lengthy delay. On this point, I find myself in respectful disagreement with the Motions Judge and my colleague MacGuigan J.A. Prejudice is being presumed and consequently the appellant bears the onus of refuting the possible adverse effects which the delay might have had on the respondent’s case.

Finally, I think it important to emphasize that an order dismissing an action for want of prosecution is not intended to punish a plaintiff for its failure to proceed expeditiously. Its aim is to ensure that defendants are not exposed to “a substantial risk that a fair trial of the issues in the litigation will not be possible” (*per* Diplock L.J., *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, *supra*, at page 556). In my opinion, the respondent failed to adduce the evidence necessary to demonstrate that it would be unable to obtain a fair trial on the issues.

un temps excessivement long» (Mémoire des points de fait et de droit de l’intimée, paragraphe 20, page 9). Cet argument aurait pu porter si l’intimée avait produit des preuves à l’appui. Elle aurait pu soutenir, à titre d’argument subsidiaire (ce qu’elle n’a pas fait), que les faits de la cause donnaient lieu à une présomption simple de préjudice. Mais à supposer même qu’il ait été possible d’avancer cet argument, il y a en l’espèce, à mon avis, suffisamment de preuves pour réfuter pareille présomption.

Devant le protonotaire, l’avocat de l’intimée a admis que [à la page 5546] «la déposition du témoin au procès devant la Cour de l’impôt était assez considérable», ce qui a amené le protonotaire à conclure que «sans aucun doute, sa transcription contribuera à rafraîchir la mémoire des témoins». L’aveu de l’intimée suffit à détruire la validité du moyen du «souvenir diminué» et, si nécessaire, à réfuter la présomption de préjudice. En conséquence, il incomberait à l’intimée (la défenderesse) de prouver le préjudice réel. Cette conclusion ne signifie pas qu’en droit, il y a une présomption simple chaque fois qu’il y a exception de défaut de poursuivre. À mon avis, c’est tout autant une erreur de droit d’obliger l’appelante (la demanderesse) à réfuter la probabilité de préjudice grave résultant d’une présomption, que de présumer qu’il y a un préjudice à cause d’un retard prolongé. Sur ce point, je dois m’opposer respectueusement aux conclusions du juge des requêtes et de mon collègue le juge MacGuigan, J.C.A. À leurs yeux, le préjudice est présumé et en conséquence, il incombe à l’appelante de réfuter les effets indésirables que le retard pourrait entraîner pour la défense de l’intimée.

Enfin, je pense qu’il est important de souligner que l’ordonnance portant rejet d’une action pour défaut de poursuivre ne vise pas à punir le demandeur pour défaut de faire diligence. Le but en est de protéger les défendeurs contre le retard qui [TRADUCTION] «risque vraiment de rendre impossible le jugement équitable des points litigieux» (le lord juge Diplock dans *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, *supra*, à la page 556). À mon avis, l’intimée n’a pu produire les preuves nécessaires pour démontrer qu’il lui serait impossible d’obtenir un jugement équitable des points litigieux.

I would allow the appeal in the manner proposed
by the Chief Justice.

Je me prononce pour l'accueil de l'appel de la
manière proposée par le juge en chef.