

T-527-90

T-527-90

Jonh Morrisonn (*Plaintiff*)Jonh Morrisonn (*demandeur*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in right of Canada (*Defendant*)<sup>a</sup> Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*défenderesse*)

INDEXED AS: MORRISONN v. CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: MORRISONN c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, December 4 and 13, 1995.

<sup>b</sup> Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 4 et 13 décembre 1995.

*Practice — Dismissal of proceedings — Want of prosecution — No steps taken in action since defence filed in 1990 — Stay of execution of order to sell land in related proceeding in provincial superior court based on statement in affidavit plaintiff instructing counsel to proceed with this action in 1993 — Motion allowed — (1) Delay inordinate, particularly as stay of execution granted based on affidavit — (2) No reasonable explanation for delay — That defendant's counsel not answering letter from plaintiff's counsel in 1993 no excuse — Financial difficulties, unemployment possible excuse, but for 1993 affidavit — (3) Defendant likely seriously prejudiced by delay — Witness whose statement 7 1/2 years ago could prove defendant's defence now unable to give relevant evidence.*

*Pratique — Rejet des procédures — Défaut de poursuivre — Aucune mesure prise dans l'action depuis le dépôt de la défense en 1990 — Sursis à l'exécution d'une ordonnance de vendre des terrains accordé dans une procédure connexe intentée devant une cour supérieure provinciale par suite de la déclaration par affidavit du demandeur selon laquelle il avait donné instruction à son avocat de poursuivre l'action en 1993 — Requête accueillie — (1) Retard excessif, compte tenu surtout qu'un sursis à l'exécution d'une ordonnance a été accordé sur la base d'un affidavit — (2) Aucune explication raisonnable pour justifier le retard — Le fait que l'avocat de la défenderesse n'a pas répondu à une lettre de l'avocat du demandeur en 1993 n'est pas une excuse valable — Les difficultés financières et l'état de chômeur du demandeur auraient pu être des excuses valables, n'eut été de l'affidavit de 1993 — (3) Le retard causera vraisemblablement un préjudice grave à la défenderesse — Le témoin, dont la déclaration, remontant à 7 1/2 ans, pourrait établir le bien-fondé de la défense, est maintenant incapable de donner un témoignage stable.*

*Evidence — Statement concerning activities of former employer relating to illegal importation of jewellery prepared by RCMP, signed by witness 18 months after event — Witness now unable to recall specifics — Requirement of contemporaneity more strictly enforced when witness having no independent recollection of events — Probable statement would be rejected as evidence as not contemporaneous, witness having no independent recollection of events, unable to say if allegations true.*

*Preuve — Déclaration concernant les activités de son ancien employeur ayant trait à l'importation illégale de bijoux préparée par la GRC, et signée par le témoin quelque 18 mois après l'événement — Le témoin est maintenant incapable de se souvenir des détails — L'exigence de la contemporanéité est appliquée de façon plus stricte quand le témoin n'a aucun souvenir personnel des événements — La déclaration serait probablement rejetée par un tribunal étant donné qu'elle n'est pas contemporaine aux faits consignés, que le témoin n'a aucun souvenir personnel de ces événements et qu'il ne peut donc dire si les allégations sont véridiques.*

This was a motion to dismiss the action for want of prosecution pursuant to *Federal Court Rules*, Rule 440. In 1989 the Minister of National Revenue determined that the plaintiff was in contravention of the *Customs Act*. The plaintiff appealed the Minister's decision by these proceedings begun in February 1990. The Crown filed a defence in July 1990. In 1991 the Minister issued a certificate setting out the amount owed, which was followed by a certificate of judgment in another Federal Court proceeding, where-

Il s'agit d'une requête en vue de faire rejeter l'action pour défaut de poursuivre fondée sur la Règle 440 des *Règles de la Cour fédérale*. En 1989, le ministre du Revenu national a établi que le demandeur avait enfreint la *Loi sur les douanes*. Le demandeur en a appelé de la décision du ministre en intentant une action en février 1990. Le ministre public a déposé sa défense en juillet 1990. En 1991, le ministre a émis un certificat établissant la somme due, qui a été suivi par un certificat de jugement émis dans le cadre

upon the Attorney General brought a petition in the B.C. Supreme Court for the sale of land belonging to the plaintiff. In opposition to those sale proceedings the plaintiff swore an affidavit stating that in 1990 he had begun this Federal Court action appealing the Minister's determination of illegal importation, and that in June 1993 he had instructed his lawyer to proceed. Execution of the order to sell the land was stayed pending the outcome of this action. The plaintiff took no further steps to move this matter along. Key to the defence was the evidence of a former employee of the plaintiff. That witness is now unable to recall the specifics of any his then employer's activities relating to the illegal importation of jewellery. After reviewing the statement, apparently prepared by the RCMP and signed 18 months after the event, he has neither any recollection of the jewellery referred to nor any independent recollection of the allegations therein.

*Held*, the motion should be allowed.

(1) What is inordinate delay depends on the facts of each case. The delay herein was inordinate, particularly given that the stay of execution proceedings was granted based on the plaintiff's sworn statement that he had instructed counsel to proceed with the Federal Court proceedings.

(2) The plaintiff failed to give a reasonable explanation for the delay. That the plaintiff took no steps in the proceeding over a five-year period was not excused by the fact that counsel for the defendant did not answer a letter from counsel for the plaintiff in 1993. The plaintiff was well aware in 1993, mid-way through the five-year hiatus, of the passing of time but did nothing. The plaintiff's financial difficulties and the fact that he had been unemployed for the past two years might have been an arguable excuse, were it not for the 1993 affidavit assuring the B.C. Supreme Court that he would get on with the proceedings.

(3) The defendant was likely seriously prejudiced by the delay because the witness who could have proven the defence was unable to give any relevant evidence. A witness may refresh memory for testifying at trial by using notes or a written statement made by the witness at, or nearly at, the time of the occurrence of an event. As to contemporaneity of the record, the Court will fix a time limit beyond which the memory of the witness may not be trusted. The requirement of contemporaneity must be more strictly enforced in the case of a witness who has no independent recollection. It is very probable that a court would reject the use of the witness' statement herein on the basis that it was not contemporaneous, particularly because the witness had no

d'une autre action devant la Cour fédérale; par la suite, le procureur général a déposé une requête devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vue de faire vendre des terrains appartenant au demandeur. Pour s'opposer à la vente de ces terrains, le demandeur a rédigé sous serment un affidavit attestant qu'il avait intenté la présente action devant la Cour fédérale en 1990, en appel de la décision du ministre concernant l'importation illégale de bijoux, et qu'en juin 1993 il avait donné instruction à son avocat de poursuivre cette action. Le juge a accordé un sursis à l'exécution de l'ordonnance de vendre les terrains en attendant l'issue de la présente action. Le demandeur n'a pris aucune autre mesure pour faire avancer l'action. L'élément capital de la défense repose sur le témoignage d'un ancien employé du demandeur. Ce témoin est maintenant incapable de se rappeler le détail des activités de son ancien employeur ayant trait à l'importation illégale de bijoux. Après avoir examiné la déclaration, apparemment rédigée par la GRC et signée quelque 18 mois après l'événement, il n'a aucun souvenir des bijoux dont il est fait mention ni aucun souvenir personnel des allégations qui y sont portées.

*Jugement*: la requête doit être accueillie.

(1) Ce qui constitue un retard excessif tient aux faits de chaque cas. En l'espèce, le retard peut être qualifié d'excessif en raison surtout du fait que le sursis à la procédure d'exécution a été accordé parce que le demandeur a déclaré sous serment, dans un affidavit, qu'il avait donné instruction à son avocat de poursuivre l'action devant la Cour fédérale.

(2) Le demandeur n'a pas donné d'explication raisonnable pour justifier le retard. L'inaction totale du demandeur sur une période de cinq ans ne peut se justifier par le fait que l'avocat de la défenderesse n'a pas répondu à une lettre de l'avocat du demandeur en 1993. Le demandeur était parfaitement au courant en 1993, soit à mi-chemin de l'intervalle de cinq ans, que le temps passait, mais il n'a pris aucune mesure. Les difficultés financières du demandeur et le fait qu'il soit en chômage depuis deux ans pourraient constituer une excuse valable, si ce n'était de l'affidavit déposé en 1993 devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique assurant celle-ci que le demandeur s'engageait à poursuivre l'action.

(3) La défenderesse a probablement subi un préjudice grave en raison du retard parce que le témoin qui aurait pu établir le bien-fondé de la défense est incapable de livrer un témoignage fiable. Un témoin peut raviver sa mémoire, pour témoigner à l'instruction, en consultant ses notes ou une déclaration qu'il a consignée par écrit au moment des événements en question ou peu après ceux-ci. Pour ce qui a trait à la contemporanéité du document, c'est la Cour qui fixe un délai au-delà duquel on ne peut se fier à la mémoire du témoin. L'exigence de la contemporanéité doit être appliquée de façon encore plus stricte dans le cas d'un témoin qui n'a aucun souvenir personnel. Il est très probable qu'un tribunal refuserait que la déclaration du témoin en

independent recollection of the events and was unable to say if the allegations therein were true.

l'espèce soit utilisée parce qu'elle n'est pas contemporaine aux faits consignés, surtout parce que le témoin n'a aucun souvenir personnel des événements et qu'il est dans l'impossibilité de dire si les allégations qui y sont avancées sont véridiques.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Court Order Enforcement Act*, R.S.B.C. 1979, c. 75.  
*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 440.

a

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Court Order Enforcement Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 75.  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 440.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 229 (C.A.).

c

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 229 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Waterside Cargo Co-Operative v. National Harbours Board* (1986), 3 F.T.R. 189 (F.C.T.D.); *Clarke v. B.C. Elec. Ry. Co.*, [1949] 1 W.W.R. 977 (B.C.S.C.); *Archibald v. The Queen* (1956), 24 C.R. 50; 116 C.C.C. 62 (Que. S.C.).

d

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Waterside Cargo Co-Operative c. Conseil des ports nationaux* (1986), 3 F.T.R. 189 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Clarke v. B.C. Elec. Ry. Co.*, [1949] 1 W.W.R. 977 (C.S.C.-B.); *Archibald c. La Reine* (1956), 24 C.R. 50; 116 C.C.C. 62 (C.S. Qc).

e

##### REFERRED TO:

*Nichols v. Canada et al.* (1990), 36 F.T.R. 77 (F.C.T.D.); *Patex Snowmobiles Ltd. v. Bombardier Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 467; 48 F.T.R. 221 (F.C.T.D.); affd (1993), 48 C.P.R. (3d) 555; 153 N.R. 235 (F.C.A.); *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.); *Fraser v. Fraser* (1864), 14 U.C.C.P. 70; *Fleming v. Toronto R.W. Co.* (1911), 25 O.L.R. 317 (C.A.).

g

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Nichols c. Canada et autres* (1990), 36 F.T.R. 77 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Patex Snowmobiles Ltd. c. Bombardier Ltée* (1991), 37 C.P.R. (3d) 467; 48 F.T.R. 221 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1993), 48 C.P.R. (3d) 555; 153 N.R. 235 (C.A.F.); *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.); *Fraser v. Fraser* (1864), 14 U.C.C.P. 70; *Fleming v. Toronto R.W. Co.* (1911), 25 O.L.R. 317 (C.A.).

#### AUTHORS CITED

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

h

#### DOCTRINE

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

MOTION to dismiss the action for want of prosecution pursuant to *Federal Court Rules*, Rule 440. Motion allowed.

REQUÊTE en vue de faire rejeter l'action pour défaut de poursuivre fondée sur la Règle 440 des *Règles de la Cour fédérale*. Requête accueillie.

#### COUNSEL:

*Justis Raynier* for plaintiff.  
*Duff Reilly* for defendant.

i

#### AVOCATS:

*Justis Raynier* pour le demandeur.  
*Duff Reilly* pour la défenderesse.

#### SOLICITORS:

*Justis Raynier*, Vancouver, for plaintiff.

j

#### PROCUREURS:

*Justis Raynier*, Vancouver, pour le demandeur.

*Hungerford, Simon, Vancouver, for defendant.*

*Hungerford, Simon, Vancouver, pour la défenderesse.*

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

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

HARGRAVE P.: The defendant's motion to dismiss the plaintiff's action for want of prosecution, pursuant to Rule 440 [*Federal Court Rules, C.R.C.*, c. 663], is fairly straightforward as to the issues of inordinate delay and an excuse for the delay. The more interesting issue is that of prejudice to the defendant by reason of the delay by the plaintiff in moving along the action.

LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: La requête de la défenderesse en vue de faire rejeter l'action du demandeur pour défaut de poursuivre, fondée sur la Règle 440 [*Règles de la Cour fédérale, C.R.C.*, ch. 663], soulève des questions assez simples pour ce qui a trait au retard excessif et à l'excuse invoquée pour justifier ce retard. La question la plus intéressante porte sur le préjudice subi par la défenderesse en raison du retard du demandeur à poursuivre son action.

### BACKGROUND

By way of background, in August of 1989, the plaintiff, a Vancouver retail jeweller, was served with a notice of ascertained forfeiture under the *Customs Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1]. The Royal Canadian Mounted Police had reason to believe that in December of 1986 and in January/February of 1987 the plaintiff, operating as Saks Fourth Avenue and as Norgold Phoenix, had instructed his employee, Martin Berke, to order various items of jewellery from a San Diego, California, supplier for shipment to a Bellingham, Washington, warehouse and from there it is said that the jewellery came to Vancouver without the benefit of customs. The value of the two shipments totalled some \$25,000.

In order to establish the importation, to the satisfaction of the Minister of National Revenue, the authorities were apparently able to show the purchase of the jewellery in the United States and its arrival in Canada without passing through customs clearance for, in due course, the 1989 notice of forfeiture was served on the plaintiff. There followed, in November of 1989, the decision of the Minister of National Revenue setting out that the plaintiff was in contravention of the *Customs Act*. The plaintiff appealed the Minister's decision by these proceedings begun February 23, 1990. The Crown filed a defence in July of 1990, the last step in this action until fairly recently.

### CONTEXTE

En août 1989, le demandeur, détaillant de bijoux à Vancouver, a reçu un avis de confiscation par constat en vertu de la *Loi sur les douanes* [L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1]. La Gendarmerie royale du Canada avait des raisons de croire qu'en décembre 1986 et en janvier et février 1987 le demandeur, exploitant ses entreprises sous les raisons sociales de Saks Fourth Avenue et Norgold Phoenix, avait donné instruction à son employé, Martin Berke, de commander des bijoux d'un fournisseur de San Diego, en Californie, et de les faire expédier à un entrepôt de Bellingham, dans l'État de Washington; il est allégué que les bijoux ont ensuite été réexpédiés de cet entrepôt à Vancouver sans être dédouanés. La valeur totale des deux commandes s'établissait à près de 25 000 \$.

Afin d'établir, à la satisfaction du ministre du Revenu national, qu'il y a eu importation de bijoux, les autorités ont apparemment réussi à prouver que les bijoux ont été achetés aux États-Unis et qu'ils sont entrés au Canada sans dédouanement étant donné que l'avis de confiscation de 1989 a été signifié au demandeur dans les délais prescrits. En novembre 1989, la décision du ministre du Revenu national établissant que le demandeur avait transgressé la *Loi sur les douanes* a fait suite à cet avis. Le demandeur a interjeté appel de la décision du ministre en intentant la présente action le 23 février 1990. Le ministère public a déposé sa défense en juillet 1990, et cet acte

On April 26, 1991, the Minister issued a certificate by which he had determined that the plaintiff owed \$58,622.46, together with interest, for the illegal importation of jewellery. This was followed on April 29, 1991, by a certificate of judgment in another Federal Court proceeding, action T-1130-91.

On January 10, 1993, the Attorney General of Canada brought a petition, in the B.C. Supreme Court, for the sale of land belonging to the plaintiff, the sale to be pursuant to a British Columbia *Court Order Enforcement Act* [R.S.B.C. 1979, c. 75].

In opposition to those sale proceedings Jonn Morrisonn, the respondent in the B.C. Supreme Court, swore an affidavit setting out that he had begun this present Federal Court action in 1990 and that, in June of 1993, he had instructed his lawyer to get on with the Federal Court proceedings appealing the Minister's determination of illegal importation. As a result Mr. Justice Shaw, of the B.C. Supreme Court, granted the Crown's application to sell the land, but then stayed execution pending the outcome of this present Federal Court action.

The plaintiff took no steps to move this Federal Court action along, notwithstanding his affidavit in the B.C. Supreme Court proceedings, of June 25, 1993, that he had instructed his lawyer to get on with the Federal Court proceedings.

#### WANT OF PROSECUTION MOTIONS

On September 1, 1995, the defendant set down a motion to have this Federal Court action dismissed for want of prosecution. That motion was heard by Mr. Justice Rouleau, October 2, 1995. Counsel for the plaintiff appeared as an officer of the Court to advise that he was unable to obtain instructions. Initially Mr.

de procédure est la dernière mesure qui a été prise dans la présente action jusqu'à tout récemment.

Le 26 avril 1991, le ministre a émis un certificat établissant que le demandeur devait payer la somme de 58 622,46 \$, intérêt compris, pour importation illégale de bijoux. Ce certificat a été suivi le 29 avril 1991 d'un certificat de jugement émis dans le cadre d'une autre action devant la Cour fédérale portant le numéro T-1130-91.

Le 10 janvier 1993, le procureur général du Canada a déposé une requête, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, en vue de faire vendre des terrains appartenant au demandeur, conformément à la *Court Order Enforcement Act* [R.S.B.C. 1979, ch. 75] de la Colombie-Britannique.

Pour s'opposer à cette vente, Jonn Morrisonn, intimé devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a fait sous serment un affidavit attestant qu'il avait intenté la présente action devant la Cour fédérale en 1990 et qu'en juin 1993 il avait donné instruction à son avocat de poursuivre devant la Cour fédérale les procédures d'appel de la décision du ministre concernant l'importation illégale de bijoux. Le juge Shaw, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a accueilli la demande de vente de terrains présentée par le ministère public, mais il a ensuite accordé un sursis à l'exécution de son jugement en attendant l'issue de la présente action devant la Cour fédérale.

Le demandeur n'a pris aucune autre mesure pour faire avancer l'action devant la Cour fédérale, bien qu'il eût affirmé, dans l'affidavit qu'il a déposé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique le 25 juin 1993, avoir donné instruction à son avocat de poursuivre cette action en Cour fédérale.

#### REQUÊTES POUR DÉFAUT DE POURSUIVRE

Le 1<sup>er</sup> septembre 1995, la défenderesse a déposé une requête en vue de faire rejeter la présente action pour défaut de poursuivre. Cette requête a été entendue par le juge Rouleau, le 2 octobre 1995. L'avocat du demandeur a comparu en sa qualité d'auxiliaire de la justice pour informer la Cour qu'il était dans l'impos-

Justice Rouleau ordered that if the plaintiff failed to initiate further proceedings, or take steps to indicate that he wished to pursue the action, by October 31, 1995, the action would stand dismissed for want of prosecution, *nunc pro tunc*. Subsequently Mr. Justice Rouleau reconsidered and modified his order, allowing the plaintiff until November 6, 1995, to file such pleadings with the Court which he deemed necessary to have the matter restored, but that Her Majesty the Queen, as defendant, be allowed to move for dismissal on the merits, notwithstanding any application brought by the plaintiff.

On November 6, 1995, counsel for the plaintiff wrote to the Court to say, among other things, that he had by then received instructions to proceed, that he had set examinations for discovery for November 16, 1995, and had submitted a joint application for trial. It is not disputed that the joint application is without prejudice to the present motion. In addition, counsel for the plaintiff says that he has prepared a list of documents. Counsel for the plaintiff has also filed the record.

Notwithstanding all of this, the defendant now moves, pursuant to a motion of November 20, 1995, to have the action dismissed for want of prosecution.

### CONSIDERATION

In dealing with a motion to dismiss for want of prosecution an underlying concept is not that the dilatory plaintiff, who has inexcusably delayed, ought to be penalized, but rather that the defendant be assured a fair trial of the issues. This is implicit in the criteria to be applied.

The criteria, three in number, to dismiss for want of prosecution, have been clearly established:

1. There has been inordinate delay;

sibilité d'obtenir des instructions. Le juge Rouleau a commencé par statuer que, si au 31 octobre 1995 le demandeur n'avait pas engagé d'autres procédures, ou pris d'autres mesures indiquant sa volonté de poursuivre l'action, celle-ci serait rejetée *nunc pro tunc* pour défaut de poursuivre. Après réflexion, le juge Rouleau a modifié son ordonnance, en accordant au demandeur jusqu'au 6 novembre 1995 pour déposer auprès de la Cour les plaidoiries qu'il jugeait nécessaires pour la poursuite de son action, tout en reconnaissant à sa Majesté la Reine, en tant que défenderesse, la possibilité de présenter une requête pour rejet de l'action au fond, malgré toute demande déposée par le demandeur.

Le 6 novembre 1995, l'avocat du demandeur a écrit à la Cour pour l'informer, notamment, qu'il avait depuis reçu instruction de poursuivre l'action, qu'il avait fixé la date des interrogatoires préalables au 16 novembre 1995, et qu'il joignait à la lettre une demande conjointe pour fixer la date de l'instruction. Il n'est pas contesté que la demande conjointe ne porte aucunement atteinte à la présente requête. En outre, l'avocat du demandeur indique qu'il a préparé une liste de documents et déposé le dossier.

Malgré toute ces mesures, la défenderesse demande maintenant, par voie de requête déposée le 20 novembre 1995, que l'action soit rejetée pour défaut de poursuivre.

### ANALYSE

Le principe fondamental à retenir dans l'analyse d'une requête en vue de faire rejeter une action pour défaut de poursuivre n'est pas que la partie demanderesse, qui a retardé sans excuse valable la poursuite de l'action, doive être pénalisée, mais bien que la partie défenderesse soit assurée que les questions en litige seront équitablement jugées. Ce principe découle implicitement des critères applicables.

Les critères, au nombre de trois, qui doivent être réunis pour qu'une action soit rejetée pour défaut de poursuivre, ont été clairement établis:

1. Il y a eu un retard excessif;

2. The inordinate delay is inexcusable; and

2. Ce retard excessif est inexcusable; et

3. The defendant is likely to be seriously prejudiced by the delay.

3. Le retard causera vraisemblablement un préjudice grave à la partie défenderesse.

This is the essence of the three-part test set out by the Court of Appeal in *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 229, at pages 268-269. The test has been used by our Court in many instances, for example, *Nichols v. Canada et al.* (1990), 36 F.T.R. 77 and *Patex Snowmobiles Ltd. v. Bombardier Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 467; affirmed by the Federal Court of Appeal (1993), 48 C.P.R. (3d) 555. I now turn to the first branch of the test, inordinate delay.

<sup>a</sup> Voilà l'essence du triple critère énoncé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 229, aux pages 268 et 269. Ce critère a été utilisé par la présente Cour dans bien des causes, notamment *Nichols c. Canada et autres* (1990), 36 F.T.R. 77, et *Patex Snowmobiles Ltd. c. Bombardier Ltée* (1991), 37 C.P.R. (3d) 467; confirmé par la Cour d'appel fédérale (1993), 48 C.P.R. (3d) 555. J'aborde maintenant le premier volet du critère, c'est-à-dire le retard excessif.

#### Inordinate Delay

#### Le retard excessif

The events giving rise to this action took place in 1986 and 1987. The action itself was commenced in 1990, although I have not considered the time elapsed between the 1986/1987 events and the commencement of the action: see for example *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.) generally and particularly, at pages 1206-1207. The defence was filed in July of 1990. Nothing further occurred until the defendant's initial motion to strike out, filed September 1, 1995, and heard October 2, 1995, a hiatus of some five years.

<sup>d</sup> Les événements qui sont à l'origine de la présente action se sont produits en 1986 et 1987. L'action elle-même a été intentée en 1990, mais je n'ai pas tenu compte du temps écoulé entre les événements de 1986 et 1987 et le début de l'action: voir, par exemple, *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.), pour une analyse des questions générales et particulières, aux pages 1206 et 1207. La défense a été déposée en juillet 1990. Aucune autre mesure n'a été prise jusqu'à ce que la défenderesse dépose sa première requête pour faire rejeter l'action le 1<sup>er</sup> septembre 1995 et que celle-ci soit entendue le 2 octobre 1995; il y a donc eu un intervalle de quelque cinq ans.

Counsel for the plaintiff referred to the delays that occurred in the various cases which counsel for the defendant used in his argument. The delays in those cases ranged between five and eight years. Counsel for the plaintiff submitted that Mr. Morrison's delay, of about five years, was borderline.

<sup>h</sup> L'avocat du demandeur fait référence aux retards notés dans les différentes causes citées par l'avocat de la défenderesse dans son plaidoyer. Ces retards s'échelonnaient sur cinq à huit ans. L'avocat du demandeur fait valoir que le cas de M. Morrison, accusant un retard de quelque cinq ans, est un cas limite.

As Lord Justice Salmon pointed out in *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, *supra*, at page 268, there is no set tariff of years, more, or less, that constitutes inordinate delay, but that inordinate delay is recognizable when it occurs:

<sup>i</sup> Comme lord Salmon le faisait observer dans *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, précité, à la page 268, il n'y a pas de barème quant au nombre d'années qui doivent s'écouler avant que l'on puisse conclure à un retard excessif, mais celui-ci est facile à reconnaître quand il se manifeste:

It would be highly undesirable and indeed impossible to attempt to lay down a tariff—so many years or more on one side of the line and a lesser period on the other. What is or is not inordinate delay must depend upon the facts of each particular case. These vary infinitely from case to case, but inordinate delay should not be too difficult to recognise when it occurs.

In the present instance the delay is recognizable as inordinate delay, particularly given the stay of execution proceedings obtained by Mr. Morrison in 1993 in the B.C. Supreme Court, for in obtaining that stay Mr. Morrison set out in his affidavit that he had given instructions that his counsel get on with the Federal Court proceedings.

#### Excuse for the Delay

In his affidavit of December 4, 1995, in opposition to the present motion, Mr. Morrison, by way of excuse for the delay, says that his counsel wrote to the Crown in November of 1993 in order to determine whether the file was being handled by Mr. Carruthers or Mr. Bolduk, but not receiving a reply, nothing further happened until September of this year.

While I am entitled to consider delaying actions on the part of the defendant, it is not up to a defendant to move an action along in the face of a reluctant plaintiff. In short, that the plaintiff took no steps in the proceeding, over a five-year time span from 1990 to 1995, is not excused by the fact that counsel for the defendant did not answer a letter from counsel for the plaintiff in 1993.

In *Waterside Cargo Co-Operative v. National Harbours Board* (1986), 3 F.T.R. 189 (F.C.T.D.), Mr. Justice Muldoon, in dealing with a want of prosecution motion, commented that “The equitable rule which comes to mind is that ‘Equity aids the vigilant’” (page 190) and then went to dismiss for want of prosecution, observing that the plaintiff had slept on whatever rights it had for most of five years: in the present instance it would seem that the plaintiff did not sleep on his rights, but rather was well aware, in 1993, mid-way through the five-year hiatus, of the passing of time, but did nothing.

[TRADUCTION] Il serait fort peu souhaitable, voire impossible, de tenter d’établir à cet égard un barème, une ligne de démarcation quant au nombre d’années dont il doit s’agir. Ce qui constitue un retard excessif tient nécessairement aux faits de chaque cas. Ceux-ci varient énormément d’une affaire à l’autre, mais, lorsqu’il se manifeste, le retard excessif ne devrait pas être très difficile à reconnaître.

Le retard en l’espèce peut être qualifié d’excessif en raison surtout du sursis d’exécution que M. Morrison a obtenu en 1993 devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, étant donné qu’en obtenant ce sursis M. Morrison a déclaré dans son affidavit qu’il avait donné instruction à son avocat de poursuivre l’action devant la Cour fédérale.

#### L’excuse invoquée pour justifier le retard

Dans son affidavit du 4 décembre 1995, s’opposant à la présente requête, M. Morrison déclare, pour justifier son retard à poursuivre, que son avocat a écrit au ministère public en novembre 1993 afin de déterminer si M. Carruthers ou M. Bolduk s’occupait du dossier, mais, ne recevant aucune réponse, il n’a pris aucune autre mesure jusqu’en septembre de cette année.

Bien que je sois habilité à examiner les moyens dilatoires exercés par la défenderesse, celle-ci n’est nullement tenue de faire avancer une action à la place d’un demandeur peu enclin à le faire. Bref, l’inaction totale du demandeur sur une période de cinq ans, soit de 1990 à 1995, ne peut se justifier par le fait que l’avocat de la défenderesse n’a pas répondu à une lettre de son avocat en 1993.

Dans la décision *Waterside Cargo Co-Operative c. Conseil des ports nationaux* (1986), 3 F.T.R. 189 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Muldoon, examinant une requête pour défaut de poursuivre, fait observer ceci: «Une règle d’*equity* vient ici spontanément à l’esprit: ‘*l’equity* sert les justiciables diligents’» (page 190); il rejette ensuite l’action pour défaut de poursuivre, en ajoutant que la partie demanderesse n’a pas fait valoir les droits qu’elle pouvait avoir pendant près de cinq ans: en l’espèce, il ne semble pas que le demandeur ait attendu passivement que lui soient reconnus ses droits, car il était parfaitement au courant, en 1993,

The plaintiff also pleads financial difficulties, together with the fact that he has been unemployed for the past two years. Now this might elicit some sympathy and perhaps could be an arguable excuse, were it not for the plaintiff's 1993 affidavit assuring the B.C. Supreme Court, in consideration of their granting a stay of the sale of his land, that he would get on with the present Federal Court proceedings. To my mind the plaintiff has failed to give a reasonable explanation for the delay.

#### Prejudice

The test that I must apply in considering prejudice is whether the defendant is likely to be seriously prejudiced by the delay. In addition to directly shown prejudice, I may also look at any inferences that may be drawn from the delay itself: see *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, *supra*, at page 268.

While there is a general rule that the longer the delay, the greater the likelihood of serious prejudice, I would hesitate to apply that rule, in the case of a five-year delay, without something more, for depriving a plaintiff of a day in court is not to be done lightly.

In the present instance the defendant says that paramount to its defence is the evidence of one Martin Berke, for the Crown must establish the ordering of the jewellery for the plaintiff's retail operation, from the California seller in December of 1986 and January of 1987, shipment to Bellingham and the presence of the jewellery, which has long since been sold, in the Vancouver store. Key to establishing the ordering of the jewellery from California and its appearance in Vancouver is the evidence of Martin Berke.

Mr. Berke in a current affidavit now says that he can recall none of this, notwithstanding a statement

soit à mi-chemin de l'intervalle de cinq ans, que le temps passait, mais il n'a pris aucune mesure.

Le demandeur fait également valoir qu'il connaît des difficultés financières, et qu'il est au chômage depuis deux ans. Cet argument pourrait lui attirer quelques sympathies et peut-être même constituer une excuse valable, si ce n'était de l'affidavit déposé en 1993 devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui assurait celle-ci, en contrepartie de l'octroi d'un sursis à la vente de ses terrains, que le demandeur s'engageait à poursuivre la présente action devant la Cour fédérale. À mon avis, le demandeur n'a pas fourni d'explication raisonnable pour justifier son retard.

#### Le préjudice

Le critère que je dois appliquer dans l'examen du préjudice consiste à déterminer si ce retard causera vraisemblablement un préjudice grave à la défenderesse. Outre le préjudice direct, je peux aussi prendre en compte tout ce qui peut découler du retard lui-même: voir *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, précité, à la page 268.

Bien que, selon la règle générale, la gravité potentielle du préjudice est fonction de la durée du retard, j'hésiterais à appliquer cette règle dans le cas d'un retard de cinq ans, en l'absence d'une preuve supplémentaire, parce qu'il ne faut pas priver à la légère un demandeur de son droit d'avoir recours à la justice.

En l'espèce, la défenderesse prétend que l'élément capital de sa défense repose sur le témoignage d'un dénommé Martin Berke, étant donné que le ministère public doit établir que des bijoux destinés aux commerces de détail du demandeur ont été commandés au vendeur californien en décembre 1986 et janvier 1987, qu'ils ont été expédiés à Bellingham et que ces bijoux, vendus depuis longtemps, se sont trouvés dans le magasin de Vancouver. La déposition de Martin Berke est essentielle pour établir les commandes de bijoux en Californie et leur présence à Vancouver.

Dans son affidavit, M. Berke affirme maintenant qu'il ne se souvient de rien, malgré la déclaration qu'il

which he signed for the police in June of 1988 and which is attached as an exhibit to his affidavit. To paraphrase, the signed statement sets out that Mr. Berke worked for the plaintiff for some three and a half years between early 1984 and June of 1987, and that on two occasions, in December of 1986 and January of 1987, he ordered jewellery on behalf of Mr. Morrison's proprietorships. He was able to identify these two orders from the invoices of the California vendor. He went on to say, in the signed statement, that while he does not know how the jewellery entered Canada, he saw jewellery from the first order, sometime in December of 1986, when it was being stamped with a trademark by one David Allen in the work shop in the basement of Saks Fourth Avenue in Vancouver. He goes on to say that he also saw the January 1987 order of California jewellery in the basement of Saks Fourth Avenue being worked on by the same David Allen.

In his affidavit in support of this present motion, sworn June 23, 1995, Martin Berke now says that he cannot recall the specifics of any activities of Jonn Morrison relating to the illegal importation of jewellery at Saks Fourth Avenue; that while he can recall speaking with a police officer, at least six years ago, about the importation of jewellery into Jonn Morrison's store, Saks Fourth Avenue, he cannot recall the specifics of that conversation, nor can he recall anything about the jewellery; that while he can recall signing a statement in about June of 1988, he cannot recall whether the exhibited signed police statement of June 1988 is the one that he signed; that after reviewing the statement he has no recollection about the jewellery referred to in the statement, and that:

5. After reviewing the Statement I do not have an independent recollection of the allegations in that statement and, as a result, I am unable to say that the allegations in that statement are true, although I can recall that when I originally signed the statement for the police several years ago, I believed what I said in the statement.

Given that unsworn evidence may not be received, short of statutory authorization, the question is

a signée pour la police en juin 1988 et qui est jointe à l'appui de son affidavit. Pour résumer, la déclaration signée déclare que M. Berke a travaillé pour le demandeur pendant quelque trois ans et demi entre le début de 1984 et juin 1987, et qu'à deux reprises, soit en décembre 1986 et en janvier 1987, il a commandé des bijoux au nom des entreprises de M. Morrison. Il a été en mesure d'identifier ces deux commandes à partir des factures soumises par le fournisseur californien. Dans cette déclaration signée, il indique également qu'il ne sait pas comment les bijoux sont entrés au Canada, mais qu'il a vu les bijoux de la première commande, en décembre 1986, dans l'atelier situé au sous-sol du magasin Saks Fourth Avenue à Vancouver, sur lesquels un dénommé David Allen apposait une marque de commerce. Il a aussi vu la commande de bijoux de janvier 1987 sur lesquels le même David Allen travaillait, dans le sous-sol de l'immeuble de Saks Fourth Avenue.

Dans son affidavit déposé à l'appui de la présente requête, et établi sous serment le 23 juin 1995, Martin Berke déclare maintenant qu'il ne peut se rappeler le détail des activités de Jonn Morrison ayant trait à l'importation illégale de bijoux pour le magasin Saks Fourth Avenue; que, bien qu'il se souvienne d'avoir parlé avec un agent de police, il y a au moins six ans, au sujet de l'importation de bijoux pour le magasin de Jonn Morrison, Saks Fourth Avenue, il ne peut se rappeler les détails de cette conversation, ni quoi que ce soit concernant les bijoux; que, bien qu'il se souvienne d'avoir signé une déclaration aux environs de juin 1988, il ne peut se rappeler si la déclaration pour la police signée en juin 1988, et produite comme pièce à l'appui, est bien celle qu'il a signée; qu'après avoir examiné la déclaration il n'a aucun souvenir des bijoux qui y sont mentionnés; enfin, il déclare ce qui suit:

[TRADUCTION] 5. Après avoir examiné la déclaration, je n'ai toujours aucun souvenir personnel des allégations qui y sont portées et, par conséquent, je suis incapable de dire si ces allégations sont véridiques, même si je me rappelle qu'à l'époque où j'ai signé la déclaration pour la police, il y a plusieurs années, je croyais ce que j'ai dit dans la déclaration.

Compte tenu du fait que les témoignages ne sont pas admissibles s'ils ne sont pas donnés sous serment, à

whether this memory failure is prejudicial to the defendant, for counsel for the plaintiff submits that Mr. Berke, as witness, can use the signed statement as notes, just as the police may use their notes, to refresh his memory so as to give cogent evidence.

The basic proposition is that a witness may refresh memory, for testifying at trial, using notes or a written statement made by the witness at or nearly at the time of the occurrence of an event: see for example *Fraser v. Fraser* (1864), 14 U.C.C.P. 70, at page 79 *et seq.* And typically, this may be the situation of the policeman referred to by counsel for the plaintiff who, over the course of several years, will observe many events and be called upon to give evidence of a specific event a number of months later. In that situation the policeman, as witness, is allowed to look at the notes and say, if such is the case, that he made them when the facts were fresh in memory and that he has no reason to doubt the facts are correctly stated. In that instance the statement of the witness is evidence of the facts recorded in the writing: see for example *Fleming v. Toronto R.W. Co.* (1911), 25 O.L.R. 317 (C.A.), at pages 325-326. Now this raises two questions. First, whether the record in the present instance is contemporaneous; and second, the acceptability of the testimony of a witness where, as is the case here, the witness has no independent recollection, but would have to base his evidence on a document which he cannot remember signing. There is a good consideration of both of these problems in Sopinka on *The Law of Evidence in Canada*, published by Butterworths, at page 850 *et seq.*

Dealing with the contemporaneity of the record, Mr. Justice Sopinka points out that it is not for the witness to say whether his or her recollection was still fresh when the record was made, but rather it is for the court to fix a time limit beyond which the memory of the witness may not be trusted, referring for this proposition to *Fraser v. Fraser*, *supra*.

moins que la loi le permette, la question est de savoir si cette défaillance de mémoire porte préjudice à la défenderesse, étant donné que l'avocat du demandeur fait valoir que M. Berke peut consulter la déclaration signée comme s'il s'agissait de ses notes, tout comme les agents de police consultent les leurs, pour raviver sa mémoire et livrer ainsi un témoignage convainquant.

La proposition fondamentale dont je suis saisi est qu'un témoin peut se rafraîchir la mémoire, pour témoigner à l'instruction, en consultant ses notes ou une déclaration qu'il a consignée par écrit au moment des événements en question ou peu après ceux-ci: voir, par exemple, *Fraser v. Fraser* (1864), 14 U.C.C.P. 70, à la page 79 et suivantes. Comme exemple type, on peut citer l'agent de police, auquel a fait référence l'avocat du demandeur, qui, pendant plusieurs années, observe de nombreux événements et peut être appelé à témoigner sur des événements particuliers plusieurs mois après que ceux-ci se sont produits. En pareil cas, l'agent de police cité comme témoin est autorisé à consulter ses notes et à dire, si tel est le cas, qu'il a consigné ces notes quand les faits étaient présents à sa mémoire et qu'il n'a aucune raison de douter de leur exactitude. Dans ce genre de situation, la déclaration du témoin fait preuve des faits consignés par écrit: voir, par exemple, *Fleming v. Toronto R.W. Co.* (1911), 25 O.L.R. 317 (C.A.), aux pages 325 et 326. Deux questions se posent en l'espèce. Il faut déterminer tout d'abord si le document en question est contemporain aux faits qu'il décrit, et deuxièmement, l'admissibilité de la déposition d'un témoin qui, n'ayant aucun souvenir personnel, comme celui en l'espèce, devrait fonder sa déposition sur un document qu'il ne se souvient pas avoir signé. Ces problèmes sont bien analysés dans l'ouvrage de Sopinka, *The Law of Evidence in Canada*, publié chez Butterworths, à la page 850 et suivantes.

Pour ce qui a trait à la contemporanéité du document, le juge Sopinka signale, en se référant à l'arrêt *Fraser v. Fraser*, précité, qu'il n'appartient pas au témoin de dire si sa mémoire était toujours fidèle quand le document a été constitué, mais qu'il incombe plutôt à la Cour de fixer un délai au-delà duquel on ne pourra se fier à la mémoire du témoin.

By way of example Mr. Justice Sopinka cites *Clarke v. B.C. Elec. Ry. Co.*, [1949] 1 W.W.R. 977 (B.C.S.C.): in that case the defendant's traffic inspector refreshed his memory from a statement which he had dictated, describing an accident aboard a streetcar and setting out what the plaintiff had said, nearly two months after the event. The Judge said that he did not think it was open to a witness to refresh his memory from a statement dictated nearly two months after the event, but even if it were admissible, he would not give any weight to the evidence, bearing in mind discrepancies and the plaintiff's contrary evidence (page 978).

Mr. Justice Sopinka and his co-authors also refer to *Archibald v. The Queen* (1956), 24 C.R. 50. This is an archetypical police note case in which Mr. Justice Lazure, of the Quebec Superior Court, commented that it was evident that constables, who may observe several matters in the same interval, cannot remember different dates, exact hours and descriptions of persons or places without taking notes, but that to be able to use those notes, when appearing as a witness, the constable "must be in a position to declare that when he compiled or completed his notes in the evening or the next day, what he wrote was true according to his own knowledge and his own recollection." (page 57). Mr. Justice Lazure then went on to say that "It is clear that if their report has been completed on summary notes several weeks or several months later, their evidence would be greatly weakened, and the judge, considering the circumstances, could refuse to permit the witness to refer to his report" (*loc cit.*). Thus, on the basis of the *Archibald* case, in certain circumstances several weeks' delay in writing up the statement might disqualify the use of the record. In summing up, and this is particularly apt in the present circumstance, Mr. Justice Sopinka and his co-authors state, at page 851:

The requirement of contemporaneity must be more strictly enforced in the case of a witness who has no independent recollection. In such a case, the witness' evidence is of little

À titre d'exemple, le juge Sopinka cite l'arrêt *Clarke v. B.C. Elec. Ry. Co.*, [1949] 1 W.W.R. 977 (C.S.C.-B.): dans cette affaire, l'inspecteur de la circulation cité par la partie défenderesse a ravivé sa mémoire en consultant une déclaration décrivant un accident qui s'était produit à bord d'un tramway et relatant les propos de la partie demanderesse, mais qu'il avait dictée près de deux mois après que l'événement se fut produit. Le juge a statué qu'il ne croyait pas qu'un témoin puisse raviver sa mémoire à partir d'une déclaration dictée près de deux mois après l'événement en question, mais que, même si cet élément de preuve était admissible, il ne lui accorderait aucune importance, compte tenu des divergences et de la preuve contraire fournie par la partie demanderesse (page 978).

Le juge Sopinka et les coauteurs de l'ouvrage font également référence à *Archibald c. La Reine* (1956), 24 C.R. 50. Il s'agit d'un cas typique ayant trait aux notes d'un agent de police dans lequel le juge Lazure, de la Cour supérieure du Québec, fait observer qu'il est évident que les agents de police dont les observations se rapportent parfois à plusieurs sujets dans le même intervalle, ne peuvent se souvenir des différentes dates, de l'heure exacte, de la description des personnes ou des lieux sans prendre des notes à ce sujet; toutefois, pour être autorisé à utiliser ces notes dans sa déposition, l'agent de police doit être «en état de déclarer que lorsqu'il a compilé ou complété ses notes le soir ou le lendemain, ce qu'il écrivait était véridique d'après ses propres connaissances et son propre souvenir» (page 53). Le juge Lazure poursuit: «Il est clair que si leur rapport a été complété sur les premières notes sommaires quelques semaines ou quelques mois plus tard, la preuve en sera grandement affaiblie, et le juge, selon les circonstances, pourra refuser au témoin le recours à son rapport» (*loc. cit.*). Ainsi donc, d'après l'arrêt *Archibald*, il est possible d'affirmer que, dans certaines circonstances, un retard de plusieurs semaines à consigner la déclaration pourrait exclure le recours au document. En résumé, et cela est particulièrement vrai en l'espèce, le juge Sopinka et les coauteurs de l'ouvrage déclarent ceci, à la page 851:

[TRADUCTION] L'exigence de la contemporanéité doit être appliquée de façon encore plus stricte dans le cas d'un témoin qui n'a aucun souvenir personnel. En pareil cas, la

or no assistance with regard to the acuity of his or her recollection at the relevant time. It is, therefore, proper for the court to insist on a prompt recording of events as the only guarantee of accuracy.

In the present instance, it is very probable that a court would reject the use of the statement, apparently prepared by the RCMP and signed by Mr. Berke, on the basis that it was not contemporaneous, but rather had been prepared and signed some 18 months after the event and all the more so because Mr. Berke has no independent recollection of the events.

Turning now to the absence of independent recollection, Mr. Justice Sopinka, at page 851, notes that when a witness, with no independent recollection, bases his evidence on a document, difficulties arise as to whether the document itself is evidence, for the witness has no memory to refresh. The authors go on to point out that where the witness affirms the making of the document and expresses his faith in its accuracy, the document might then be considered evidence, or at least the arguments in favour of making the document evidence outweigh those against its admission (pages 851-852). However, in the present instance, Mr. Berke, by his own sworn affidavit evidence, is currently unable to say if the allegations in the statement are true. Again, it would be highly improbable that a judge, hearing the present case, would look upon the statement as evidence.

All of this leads to the likely conclusion that the defendant has been seriously prejudiced because Mr. Berke, who some seven and a half years ago was certain enough of facts to sign a statement setting out events which would prove the defendant's defence, can now give no relevant evidence whatsoever. The defendant is in the position of having been seriously prejudiced by the delay brought about by the plaintiff's failure to prosecute the action diligently. A fair trial of the issues is no longer possible.

The defendant's motion is allowed. The action is struck out for want of prosecution.

déposition du témoin n'a guère d'utilité, sinon aucune, pour garantir l'exactitude de ses souvenirs à l'époque pertinente. Par conséquent, il est approprié que le tribunal insiste sur une prompte consignation des événements comme seule garantie d'exactitude.

<sup>a</sup> En l'espèce, il est très probable qu'un tribunal refuserait que la déclaration, apparemment préparée par la GRC et signée par M. Berke, soit utilisée parce qu'elle n'est pas contemporaine aux faits consignés, et parce qu'elle a été préparée et signée quelque 18 mois après l'événement, d'autant plus que M. Berke n'a aucun souvenir personnel de ces événements.

<sup>c</sup> Passant ensuite à l'absence de souvenir personnel, le juge Sopinka signale, à la page 851, que, lorsqu'un témoin qui n'a aucun souvenir personnel fonde sa déposition sur un document, la difficulté se pose de savoir si le document lui-même doit être considéré comme une preuve, étant donné que le témoin n'a aucun souvenir à raviver. Les auteurs ajoutent que, lorsque le témoin affirme que le document a bel et bien été constitué et qu'il croit en son exactitude, le document pourrait alors être considéré comme une preuve, ou du moins que les arguments en faveur de l'admissibilité du document en preuve sont plus convaincants que ceux qui militent à l'encontre de celle-ci (pages 851 et 852). Toutefois, en l'espèce, d'après l'affidavit qu'il a signé sous serment, M. Berke est actuellement dans l'impossibilité de dire si les allégations contenues dans la déclaration sont véridiques. Je le répète, il serait tout à fait improbable qu'un juge, saisi de la présente affaire, accepte cette déclaration en preuve.

<sup>h</sup> Toute cette analyse nous amène à la conclusion probable que la défenderesse a subi un préjudice grave parce que M. Berke, qui, il y a quelque sept ans et demi, était assez certain des faits pour signer une déclaration relatant les événements qui auraient servi à prouver la cause de la défenderesse, ne peut plus aujourd'hui livrer un témoignage fiable. La défenderesse a donc subi un préjudice grave à cause du retard engendré par l'inaction du demandeur qui n'a pas poursuivi son action avec diligence. Il n'est donc plus possible de juger équitablement des questions en litige.

<sup>j</sup> La requête de la défenderesse est accueillie. L'action est rejetée pour défaut de poursuivre.