

T-1168-96

Allison G. Abbott, Margaret Abbott and Margaret Elizabeth McIntosh (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

and

Canadian Pacific Hotels Corporation (*Intervener*)

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

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, March 16 and April 3, 2000.

Practice — Variation of time — Reply overlooked and pleadings closed — Motion for extension of time to file reply — Reply alleging estoppel — Issue arising during discovery of Crown's witness — Underlying consideration whether, in circumstances, grant of extension required to do justice between parties — Search for justice may require balancing of principle time limits in Rules requirements to be met against principle party committing procedural default should not be denied adjudication of claim unless prejudice to other side not compensable in costs — Except in exceptional circumstances, including where costs not proper compensation, time extension should ordinarily be allowed if in overall interests of justice — Must look at whether adequate explanation for failure to act in timely manner, whether arguable case — Even though some delay since completion of discoveries, any prejudice (e.g. further discoveries) compensable in costs — Reply not fundamental alteration of case, but evolution — Liberal approach necessary to do justice between parties.

This was a motion for an extension of time within which to file a reply. The action was commenced in 1996, with the plaintiffs filing an amended statement of claim in May 1998. The defence, filed in June 1998, alleged a lack of authority to grant leases containing perpetual renewal clauses. The essence of the reply is that the Crown, by its past actions, may now be estopped from denying the authority to consent to the assignment of leases of land in Riding Mountain National Park in Manitoba, without requiring the surrender

T-1168-96

Allison G. Abbott, Margaret Abbott et Margaret Elizabeth McIntosh (*demandereses*)

c.

Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)

et

Corporation Hôtelière Canadien Pacifique (*intervenant*)

RÉPERTORIÉ: ABBOTT c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 16 mars et 3 avril 2000.

Pratique — Modification des délais — Omission de déposer une réponse et clôture des actes de procédure — Requête en prorogation du délai imparti pour déposer une réponse — Réponse soulevant un moyen de préclusion — Question apparue lors de l'interrogatoire préalable d'un témoin de la Couronne — On doit d'abord se demander si, dans les circonstances, la prorogation est nécessaire pour que justice soit rendue entre les parties — Pour que justice soit rendue, il peut être nécessaire de mettre en balance l'exigence du délai prescrit par les règles et le principe suivant lequel il n'est pas opportun de refuser de se prononcer sur la demande d'une partie en défaut à moins que l'autre partie ne subisse un préjudice qui ne puisse être compensé par des dépens — Sauf circonstances exceptionnelles, entre autres lorsque l'octroi de dépens ne constitue pas une compensation adéquate, la prorogation de délai devrait normalement être accordée s'il y a de l'intérêt supérieur de la justice — Il faut examiner s'il y a une explication adéquate à l'omission d'agir en temps opportun, si la cause est défendable — Même s'il s'est écoulé un certain délai depuis la fin des interrogatoires, le préjudice (i.e. d'autres interrogatoires préalables) peut être compensé par l'octroi de dépens — La réponse ne constitue pas un changement fondamental de la preuve, mais une évolution — Une approche libérale est de mise pour rendre justice entre les parties.

Il s'agissait d'une requête en prorogation du délai imparti pour déposer une réponse. L'action a commencé en 1996 et les demandereses ont déposé une déclaration modifiée en mai 1998. La défense, déposée en juin 1998, a allégué l'absence d'autorité pour accorder des baux comprenant des clauses de renouvellement perpétuel. La réponse allègue plus particulièrement qu'en raison de ses actions passées, la Couronne pourrait ne plus pouvoir nier qu'elle a l'autorité pour consentir à la cession de baux de terres situées dans le

of a right of perpetual renewal. The estoppel issue became apparent during discovery of a Crown witness in September 1998 which was completed in November 1999.

Held, the motion should be allowed.

The proper approach when a reply has been overlooked and the pleadings closed is to seek an extension of time.

The underlying consideration is whether, in the circumstances, to do justice between the parties calls for the grant of the extension. In the search for justice it may be necessary to balance the relevant factors, eg. a weak explanation for delay may be compensated for by a strong case. To deny a time extension over a small procedural matter, thus perhaps crippling the plaintiffs' case and preventing a proper adjudication, is a result out of all proportion to the offence, unless there has been an inordinate breach of the Rules by the plaintiffs such as to cause prejudice to the defendant.

The time limits in the rules are not expressions of pious hope, but are requirements to be met. An intersecting principle is the impropriety of denying an adjudication of the merits of a claim unless there is prejudice going beyond what might be made up for by costs. Neither principle is absolute. To rigidly enforce the first would lead to penalizing a defaulting party without reference to whether the other side had been prejudiced. Yet to treat breaches of the Rules as merely sounding in costs would allow a well-to-do litigant to flout the rules with impunity unless or until the other side could demonstrate prejudice. Save for exceptional circumstances, including where costs are not proper compensation, a time extension ought ordinarily to be allowed if it is in the overall interests of justice. Whenever the grant of an extension of time is being considered the Court will generally look at whether there is an adequate explanation for the failure to act in a timely manner and whether the applicant has an arguable case.

Accepting that completion of discoveries in November 1999, when the plaintiffs had all of the Crown's discovery evidence bearing on estoppel, as the underpinning of the estoppel argument, there was some delay, but such delay was justified until about the end of 1999. The intention to file a reply pleading estoppel was not abandoned between then and the March 2000 hearing date of this motion.

Any prejudice to defendant could be compensated in costs. Delay in and of itself does not necessarily cause

Parc national du Mont-Riding (Manitoba) sans exiger la renonciation à un droit de renouvellement perpétuel. Il est apparu qu'il fallait soulever cet argument de la préclusion lors des interrogatoires préalables du témoin de la Couronne qui ont eu lieu en septembre 1998 et ont été complétés en novembre 1999.

Jugement: la requête doit être accueillie.

Lorsqu'on a négligé de déposer une réponse et qu'il y a eu clôture des actes de procédure, il convient de procéder par voie de demande de prorogation de délai.

On doit d'abord se demander si, dans les circonstances, une prorogation de délai est nécessaire pour que justice soit rendue entre les parties. Pour rendre justice, il peut être nécessaire de soupeser les facteurs pertinents, exemple: une explication faible peut être compensé par une très bonne cause. Refuser une prorogation de délai sur une simple question de procédure, paralysant peut-être ainsi la cause des demanderesse et empêchant que soit rendue une décision régulière, est un résultat hors de proportion avec l'offense, à moins que les demanderesse se soient rendus coupables d'une dérogation excessive aux règles qui causerait un préjudice à la défenderesse.

Les délais prescrits par les règles ne sont pas des vœux pieux mais des exigences qu'il faut respecter. Le principe opposé est qu'il n'est pas opportun de refuser de se prononcer sur le fond de la demande à moins qu'il n'y ait préjudice qui ne puisse être compensé par des dépens. Ni l'un ni l'autre de ces principes n'est absolu. L'application rigoureuse du premier principe conduirait à pénaliser la partie en défaut sans se demander s'il y a eu préjudice pour l'autre partie. Pourtant, considérer la violation des règles comme un comportement n'ayant de répercussions qu'au niveau des dépens permettrait à une partie aisée de faire impunément fi des règles à moins que l'autre partie puisse démontrer qu'elle en subit un préjudice. Sauf circonstances exceptionnelles, incluant celles où l'attribution de dépens ne constitue pas une compensation adéquate, la prorogation de délai doit normalement être accordée s'il y a de l'intérêt supérieur de la justice. Chaque fois qu'une demande de prorogation de délai est examinée, la Cour examinera généralement si une explication adéquate a été fournie pour l'omission d'agir en temps opportun et si la cause du requérant est défendable.

Si l'on tient pour acquis que la fin des interrogatoires en novembre 1999, au moment où les demanderesse avaient en main toute la preuve découlant de l'interrogatoire de la Couronne, fonde l'argument de la préclusion, il y a eu retard, mais un retard qui peut se justifier, du moins jusque vers la fin de 1999. Il n'y a pas eu abandon de l'intention de déposer une réponse soulevant l'argument de la préclusion entre ce moment et la date d'audition de la présente requête.

La défenderesse n'a subi aucun préjudice qui ne puisse être indemnisé par l'octroi de dépens. Le retard en lui-même

prejudice. One must look not at delay *per se*, but at the result of the delay, to determine if prejudice exists. Further discovery of some 20 witnesses can be compensated for in costs. The estoppel argument was not a fundamental alteration of the case, but an evolution arising mainly from the discovery process.

To deny the plaintiffs an opportunity to reply would give too much weight to the principle that times set out in the Rules are to be met, and insufficient weight to the principle that a party committing a procedural default should not be denied adjudication of a claim unless there is prejudice to the other side which cannot be compensated by costs. Even though there has been delay and some prejudice to the defendant, a liberal approach is in order and indeed is necessary to do justice between the parties.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 184(1), 200.

Rules of the Supreme Court 1965 (U.K.), S.I. 1965/1776, Ord. 3, r. 5.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); affg *The Queen v. Aqua-Gem Investments Ltd.* (1991), 91 DTC 5641; 50 F.T.R. 115 (F.C.T.D.); *Ferguson v. Arctic Transportation Ltd. et al.* (1996), 118 F.T.R. 154 (F.C.T.D.); *Eaton v. Storer* (1882), 22 Ch. D. 91 (C.A.); *Grewal v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263; (1985), 63 N.R. 106 (C.A.); *Costellow v. Somerset County Council*, [1993] 1 W.L.R. 256 (C.A.); *R. v. Walker*, [1970] S.C.R. 649; (1970), 11 D.L.R. (3d) 173.

DISTINGUISHED:

Beilin v. Minister of Employment and Immigration (1994), 88 F.T.R. 132 (F.C.T.D.); *Council of Canadians et al. v. Director of Investigation and Research, Competition Act et al.* (1997), 212 N.R. 254 (F.C.A.); *Council of Canadians et al. v. Director of Investigation and Research, Competition Act et al.* (1996), 124 F.T.R. 269 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Valyenegro v. Canada (Secretary of State) (1994), 88 F.T.R. 196 (F.C.T.D.); *University of Saskatchewan v.*

et de lui-même ne cause pas nécessairement un préjudice. Il faut considérer non pas le retard en lui-même mais l'effet du retard pour déterminer s'il y a préjudice. Des interrogatoires supplémentaires de quelques 20 témoins pourront être compensés par les dépens. L'argument de la préclusion n'a pas constitué un changement fondamental de la preuve, mais plutôt une évolution qui découle principalement du processus de communication préalable.

Nier aux demandresses la possibilité de déposer une réponse serait accorder trop d'importance au principe que les délais prévus aux règles sont de rigueur et insuffisamment d'importance au principe qu'une partie en défaut au regard d'une règle de procédure ne doit pas se voir priver de son droit de faire statuer sur sa demande à moins que la partie adverse ne subisse un préjudice qui ne puisse être indemnisé par l'octroi de dépens. Bien qu'il y ait eu retard et un certain préjudice causé à la défenderesse, une approche libérale est de mise et est même nécessaire pour rendre justice entre les parties.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 184(1), 200.

Rules of the Supreme Court 1965 (R.-U.), S.I. 1965/1776, Ord. 3, r. 5.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 C.F. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); conf. *La Reine c. Aqua-Gem Investments Ltd.* (1991), 91 DTC 5641; 50 F.T.R. 115 (C.F. 1^{re} inst.); *Ferguson c. Arctic Transportation Ltd. et al.* (1996), 118 F.T.R. 154 (C.F. 1^{re} inst.); *Eaton v. Storer* (1882), 22 Ch. D. 91 (C.A.); *Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263; (1985), 63 N.R. 106 (C.A.); *Costellow v. Somerset County Council*, [1993] 1 W.L.R. 256 (C.A.); *R. c. Walker*, [1970] R.C.S. 649; (1970), 11 D.L.R. (3d) 173.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Beilin c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1994), 88 F.T.R. 132 (C.F. 1^{re} inst.); *Conseil des canadiens et al. c. Directeur des enquêtes et recherches. Loi sur la concurrence et al.* (1997), 212 N.R. 254 (C.A.F.); *Conseil des canadiens et al. c. Directeur des enquêtes et recherches. Loi sur la concurrence et al.* (1996), 124 F.T.R. 269 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Valyenegro c. Canada (Secrétaire d'État) (1994), 88 F.T.R. 196 (C.F. 1^{re} inst.); *Université de la*

Canadian Union of Public Employees Local Union 1975 et al., [1978] 2 S.C.R. 830.

MOTION for an extension of time within which to file a reply. Motion allowed.

APPEARANCES:

Arthur J. Stacey for plaintiffs.
Paul D. Edwards for defendant.
Judson E. Virtue for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg, for plaintiffs.
Duboff, Edwards, Haight & Schachter, Winnipeg, for defendant.
Macleod Dixon, Calgary, for intervener.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] HARGRAVE P.: The plaintiffs' motion is for an extension of time within which to file a reply and to be able to refer to that reply on a pending question of law. The essence of the reply is estoppel, arising out of a plea in the defence, filed 23 June 1998, the need for which estoppel became apparent during or on the completion of examinations for discovery which were held in September of 1998 and November of 1999.

[2] Specifically, the estoppel plea is to the effect that the Crown, by its past actions, may now be estopped from denying the authority to consent to the assignment of leases, of land in Riding Mountain National Park, in Manitoba, without requiring the surrender of a right of perpetual renewal.

CONSIDERATION

Failure to File a Reply

[3] I accept that the estoppel plea, while certainly far from the whole of the plaintiffs' case, is relevant and necessary to determine an aspect of the controversy between the parties. Were the issue merely one of

Saskatchewan c. Section locale 1975 du syndicat canadien de la Fonction publique et autres, [1978] 2 R.C.S. 830.

REQUÊTE en prorogation du délai pour déposer une réponse. Requête accueillie.

ONT COMPARU:

Arthur J. Stacey pour les demanderessees.
Paul D. Edwards pour la défenderesse.
Judson E. Virtue pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg, pour les demanderessees.
Duboff, Edwards, Haight & Schachter, Winnipeg, pour la défenderesse.
Macleod Dixon, Calgary, pour l'intervenante.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les demanderessees ont présenté une requête pour obtenir une prorogation du délai imparti pour déposer une réponse afin de pouvoir y renvoyer à une question pendante de droit. La réponse soulève essentiellement une question de préclusion faisant suite à une allégation de la défense déposée le 23 juin 1998. Il est apparu qu'il fallait soulever cette question de la préclusion lors des interrogatoires préalables qui ont eu lieu en septembre 1998 et ont été complétés en novembre 1999.

[2] Plus particulièrement, le plaidoyer de préclusion porte qu'en raison de ses actions passées, la Couronne pourrait ne plus pouvoir nier qu'elle a l'autorité pour consentir à la cession de baux de terres situées dans le parc national du Mont-Riding (Manitoba) sans exiger la renonciation à un droit de renouvellement perpétuel.

EXAMEN DE LA QUESTION

Défaut de produire une réponse

[3] Je conviens que le plaidoyer de préclusion, bien qu'il soit loin de constituer toute la preuve des demanderessees, est pertinent et nécessaire pour déterminer un aspect du litige entre les parties. S'il s'était agi

amending a pleading, here an amendment of a reply, I expect the order might well go without opposition, for such an amendment would be in the interests of justice. There would be no injustice to the defendant which might not be capable of compensation by award of costs. Herein lies the problem. Following the receipt of the defence counsel for the plaintiffs, perhaps quite correctly, given the then known facts, decided that no reply was necessary and here I would refer to what is now subsection 184(1) [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106], which provides an automatic denial to a pleading which is not admitted. A reply, merely joining issue, is thus unnecessary in many instances.

[4] As a result there exists no reply to amend. Moreover, the estoppel plea, arising as it does out the defence and discovery, ought, in the view of counsel for the plaintiffs, to be set out in a reply, not as an amendment to the statement of claim.

[5] The proper approach, when a reply has been overlooked and the pleadings closed, is to seek an extension of time. The basic case, still referred to, as an illustration of this procedure, is *Eaton v. Storer* (1882), 22 Ch. D. 91 (C.A.), in which the plaintiff, having overlooked a necessary reply, successfully fended off the defendant's motion for dismissal by seeking an extension of time within which to file a reply. Jessel M.R., pointed out at page 92 that the usual procedure, in such an instance, was to give the plaintiff time to take the next procedural step, with payment of costs being sufficient punishment to prevent the rules from becoming meaningless. But Jessel M.R., did add a caution to the effect that while this was the standard course not to be departed from ordinarily, a special circumstance, such as excessive delay, might result in refusal of an extension and, in a particular instance, dismissal of an action.

Time Extension

[6] The approach in *Eaton* is liberal and less strict than that applied, for example, in *Grewal v. Minister*

simplement d'une question de modification d'un acte de procédure, en l'occurrence la modification de la réponse, l'ordonnance pourrait fort bien à mon avis être rendue sans opposition, car une telle modification serait dans l'intérêt de la justice. La défenderesse n'en subirait aucun préjudice pour lequel elle ne pourrait être indemnisée par l'octroi de dépens. Or voici le problème. Après réception de la défense, l'avocat des demanderesse, peut-être avec raison étant donné les faits alors connus, a décidé qu'il n'était pas nécessaire de déposer une réponse; je renvoie ici au paragraphe 184(1) [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106], qui prévoit que les allégations des actes de procédures qui ne sont pas admises sont automatiquement niées. Une réponse, qui lie simplement contestation, est donc inutile dans bien des cas.

[4] Il en résulte qu'il n'y a aucune réponse à modifier. De plus, selon l'avocat des demanderesse, le plaidoyer de préclusion, qui fait suite en l'espèce à la défense et à la communication préalable, doit apparaître dans une réponse et non pas être introduit au moyen d'une modification de la déclaration.

[5] Lorsqu'on a négligé de déposer une réponse et qu'il y a eu clôture des actes de procédure, il convient de procéder par voie de demande de prorogation de délai. La cause fondamentale, à laquelle on se reporte encore pour illustrer cette procédure, est *Eaton v. Storer* (1882), 22 Ch. D. 91 (C.A.), dans laquelle le demandeur, qui avait négligé de produire une réponse indispensable, a contesté avec succès la requête en irrecevabilité du défendeur en demandant une prorogation de délai pour ce faire. Le maître des rôles Jessel a indiqué à la page 92 que, dans un tel cas, la procédure normale était d'accorder au demandeur un délai pour entreprendre l'étape suivante des procédures, le paiement des dépens étant une punition suffisante pour éviter que les règles deviennent vides de sens. Mais le maître des rôles Jessel a ajouté une réserve, disant que, s'il s'agissait là de la voie à suivre en temps normal, une circonstance spéciale, tel un retard excessif, pourrait entraîner le refus de la prorogation et même le rejet de l'action.

Prorogation de délai

[6] L'approche suivie dans *Eaton* est libérale et moins stricte que celle appliquée, par exemple, dans la

of *Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263 (C.A.) and in some subsequent cases following *Grewal*. Counsel for the plaintiffs, while not referring to *Eaton*, suggest a liberal approach, submitting that the stringent *Grewal*-type test was applied to, and is more suitable for, immigration appeals and the like, but not for a fairly basic procedural matter such as an extension of time within which to file a reply.

[7] *Grewal* may be summarized by saying that there was some justification for the delay throughout and that there was an arguable case, but that overall on a balancing of the factors, including the nature of the interest at stake, an extension was necessary to do justice between the parties (Chief Justice Thurlow, at page 272):

The underlying consideration, however, which, as it seems to me, must be borne in mind in dealing with any application of this kind, is whether, in the circumstances presented, to do justice between the parties calls for the grant of the extension.

Mr. Justice Marceau, who also gave reasons in *Grewal*, wrote of the need to bring litigation to an end by observing time limits, but then went on to point to the need, in the search for justice, to balance the relevant factors (at page 282):

It seems to me that, in order to properly evaluate the situation and draw a valid conclusion, a balancing of the various factors involved is essential. For example, a compelling explanation for the delay may lead to a positive response even if the case against the judgment appears weak, and equally a strong case may counterbalance a less satisfactory justification for the delay.

Clearly a weak explanation for delay may be compensated for by a strong case.

[8] One of the many cases following *Grewal* is *Beilin v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 88 F.T.R. 132 (F.C.T.D.), a decision of Mr. Justice Strayer. There, the unsuccessful applicants had been less than diligent in applying for reconsideration and were unable to show "some justification for the

décision *Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.) et certaines autres affaires qui l'ont suivie. Bien qu'il n'ait pas renvoyé à la décision *Eaton*, l'avocat des demandesses a fait valoir qu'il fallait adopter une approche libérale et a soutenu que le test rigoureux de *Grewal* était appliqué aux appels en matière d'immigration et convenait davantage aux affaires de ce type qu'aux questions, passablement élémentaires, de procédure telle que la prorogation du délai imparti pour déposer une réponse.

[7] On peut résumer l'affaire *Grewal* en disant que le retard était justifié pour toute la période et que la cause était défendable mais, qu'en soupesant tous les facteurs, dont la nature de l'intérêt en jeu, une prorogation était nécessaire pour que justice soit rendue entre les parties (le juge en chef Thurlow, à la page 272):

Il me semble toutefois qu'en étudiant une demande comme celle-ci, on doit tout d'abord se demander si, dans les circonstances mises en preuve, la prorogation du délai est nécessaire pour que justice soit faite entre les parties.

Le juge Marceau, qui a également rendu des motifs dans l'affaire *Grewal*, a parlé de la nécessité de mettre une fin aux litiges en forçant l'observation des délais, tout en soulignant la nécessité, dans la recherche de la justice, de soupeser les facteurs pertinents (à la page 282):

Il me semble que, pour apprécier la situation comme il se doit et tirer une conclusion valide, il est essentiel de balancer les différents facteurs impliqués. Par exemple, une explication parfaitement convaincante justifiant le retard peut entraîner une réponse positive même si les arguments appuyant la contestation du jugement paraissent faibles et, de la même façon, une très bonne cause peut contrebalancer une justification du retard moins convaincante.

En clair, une explication faible peut être compensée par une très bonne cause.

[8] Parmi les nombreuses décisions qui ont suivi la décision *Grewal* on retrouve *Beilin c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 88 F.T.R. 132 (C.F. 1^{re} inst.), décision rendue par le juge Strayer. Dans cette affaire, les demandeurs déboutés ont été moins que diligents dans leur demande de révision et

delay throughout the whole period of the delay” (page 134).

[9] There are many cases which have followed *Grewal*: most add little to the basic *Grewal* principles. However, I will touch upon *Council of Canadians et al. v. Director of Investigation and Research, Competition Act et al.* (1997), 212 N.R. 254 (F.C.A.). Mr. Justice Hugessen commented that the Motions Judge did not consider an irrelevant factor “when he asked himself if the Council had formed an intention to apply for judicial review within the time fixed by law” (page 255). The Court of Appeal noted there was no immutable check list by which to measure an application for a time extension, but that a court “will generally look at whether there is an adequate explanation for the failure to act timely and whether the applicant has an arguable case” (*loc. cit.*). The Court of Appeal went on to consider Chief Justice Thurlow’s view in *Grewal* at pages 277-278 where, after setting out various considerations, he wrote that discretion to grant a time extension ought not to be fettered by hard and fast rules. Mr. Justice Hugessen summed up this passage by saying that he felt it was for the applicant for a time extension to display due diligence. In *Council of Canadians* there was a delay of some four months, which was not satisfactorily explained, in bringing on a motion for a time extension within which to bring judicial review. The Trial decision in *Council of Canadians* (1996), 124 F.T.R. 269, chronicled a number of weeks of vacillation on the part of the Council. The applicants were not successful in obtaining an extension. One might say that the need to bring litigation to an end overrode the harm of denying an adjudication on the merits when the applicants really could not within a reasonable time decide whether they wished to bring judicial review proceedings or not. This points to the conflict between two valid and basic principles. This was referred to as an “intersection of two salutary principles” by the Court of Appeal in *Costellow v. Somerset County Council*, [1993] 1 W.L.R. 256, at page 263.

ont été incapables de faire la preuve «d’une justification pour le retard pendant toute la période du retard» (page 134).

[9] De nombreuses décisions ont suivi *Grewal* et la plupart n’ont guère ajouté aux principes de base énoncés dans cette décision. Je voudrais toutefois signaler l’affaire *Conseil des canadiens et al. c. Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence et al.* (1997), 212 N.R. 254 (C.A.F.). Le juge Hugessen y a fait remarquer que le juge des requêtes n’a pas pris en compte un facteur non pertinent «lorsqu’il s’est demandé si le Conseil avait eu l’intention de présenter une demande de contrôle judiciaire dans le délai prescrit par la loi» (page 255). La Cour d’appel a souligné qu’il n’existe pas de liste de contrôle immuable à vérifier dans l’examen d’une demande de prorogation de délai, mais que la Cour «examinera généralement si une explication adéquate a été fournie pour l’omission d’agir en temps opportun et si la cause du requérant est défendable» (*loc. cit.*). La Cour d’appel a examiné l’opinion du juge en chef Thurlow dans *Grewal* aux pages 277 et 278 où, après avoir énuméré diverses considérations, il a écrit que la discrétion nécessaire pour accorder une prorogation de délai ne devrait pas être entravée par des règles rigoureuses. Le juge Hugessen a résumé ce passage en disant qu’à son avis le requérant qui demande une prorogation de délai doit prouver qu’il a fait preuve de diligence raisonnable. Dans l’affaire *Conseil des canadiens*, le retard pour agir, de quelques quatre mois, n’a pas été expliqué convenablement dans la requête en prorogation du délai imparti pour présenter une demande de contrôle judiciaire. La décision de la Section de première instance dans cette affaire, (1996), 124 F.T.R. 269, fait état de plusieurs semaines d’hésitation de la part du Conseil. Les requérants n’ont pas obtenu de prorogation de délai. On pourrait dire que la nécessité de mettre une fin à un litige prévaut sur le préjudice résultant du défaut d’adjuger au fond lorsque les requérants ne sont pas parvenus, dans ce délai raisonnable, à décider s’ils désiraient ou non instituer des procédures de contrôle judiciaire. Cela fait ressortir le conflit entre deux principes fondamentaux tout aussi valides. La Cour d’appel en a parlé comme [TRADUCTION] «de la rencontre de deux principes salutaires» dans *Costellow v. Somerset County Council*, [1993] 1 W.L.R. 256, à la page 263.

[10] In *Costellow* at issue were cross motions: one to strike out for delay and the other to obtain an extension of time within which to serve medical reports. The plaintiff's argument, which the Court of Appeal termed a powerful argument, was that to strike out for delay was too severe and against the weight of the jurisprudence, unless the delay was not only inexcusable, but also inordinate and as such caused prejudice. Now this may seem a little remote from the present issue, however it is an applicable concept: to deny a time extension over a small procedural matter, thus perhaps crippling the plaintiffs' case and preventing a proper adjudication, is a result out of all proportion to the offence, unless there has been an inordinate breach of the rules by the plaintiffs such as to cause prejudice to the defendant.

[11] In *Costellow*, Sir Thomas Bingham M.R., grappled with this problem by observing that the limits in the rules are not expressions of pious hope, but are requirements to be met (at page 263):

The first principle is that the rules of court and the associated rules of practice, devised in the public interest to promote the expeditious dispatch of litigation, must be observed. The prescribed time limits are not targets to be aimed at or expressions of pious hope but requirements to be met.

The intersecting principle is the impropriety of denial of an adjudication, or indeed an effective adjudication, of the merits of a claim, unless there is prejudice going beyond what might be made up for by costs. As put in *Costellow* [at pages 263-264]:

The second principle is that a plaintiff should not in the ordinary way be denied an adjudication of his claim on its merits because of procedural default, unless the default causes prejudice to his opponent for which an award of costs cannot compensate. This principle is reflected in the general discretion to extend time conferred by Ord. 3, r. 5, a discretion to be exercised in accordance with the requirements of justice in the particular case. It is a principle also reflected in the liberal approach generally adopted in

[10] Des requêtes opposées étaient en litige dans l'affaire *Costellow*: une première requête en radiation pour retard et une seconde en prorogation du délai imparti pour signifier des rapports médicaux. L'argument du demandeur, que la Cour d'appel a qualifié de convaincant, était que la radiation pour défaut de respecter le délai était une mesure trop sévère et qu'elle allait à l'encontre de la jurisprudence, à moins que le retard soit non seulement inexcusable mais aussi excessif et qu'il ait ainsi causé un préjudice. Tout cela peut sembler un peu loin de la question en litige en l'espèce, mais le concept est applicable: refuser une prorogation de délai sur une simple question de procédure, paralysant peut-être ainsi la cause des demanderesse et empêchant que soit rendue une décision régulière, aurait un résultat hors de proportion avec l'offense, à moins que les demanderesse se soient rendus coupables d'une dérogation excessive aux règles qui causerait un préjudice à la défenderesse.

[11] Dans la décision *Costellow*, Sir Thomas Bingham, maître des rôles, s'est penché sur ce problème en faisant observer que les délais prescrits par les règles n'étaient pas des vœux pieux, mais des exigences qu'il fallait respecter (à la page 263):

[TRADUCTION] Le premier principe veut que les règles du tribunal et les règles de pratique qui y sont associées, conçues dans l'intérêt public pour favoriser le cheminement expéditif des litiges, doivent être respectées. Les délais prescrits ne sont pas des objectifs à viser ni l'expression de vœux pieux, mais des exigences qu'il faut respecter.

Le principe opposé est qu'il n'est pas opportun de refuser de se prononcer, ou de se prononcer effectivement, sur le fond de la demande à moins qu'il n'y ait préjudice qui ne puisse être compensé par des dépens. Ainsi qu'il est dit dans la décision *Costellow* [aux pages 263 et 264]:

[TRADUCTION] Le second principe veut qu'un demandeur ne devrait pas, dans le cours normal d'une affaire, se voir refuser une décision sur le fond de sa demande à cause d'un défaut dans la procédure, à moins que ce défaut cause à son adversaire un préjudice que l'octroi de dépens ne peut compenser. Ce principe apparaît à l'Ord. 3, r. 5, qui accorde une discrétion générale de proroger un délai, cette discrétion devant être exercée en conformité avec les exigences de la justice en l'espèce. Ce principe se retrouve également dans

relation to the amendment of pleadings.

[12] The Court of Appeal pointed out, in *Costellow*, that neither principle was absolute. To rigidly enforce the first principle would lead to penalizing a defaulting party without reference to whether the other side had been prejudiced. Yet to treat breaches of the rules as merely sounding in costs would allow a well-to-do litigant to flout the rules with impunity unless or until the other side could demonstrate prejudice (at page 264):

Neither of these principles is absolute. If the first were rigidly enforced, procedural default would lead to dismissal of actions without any consideration of whether the plaintiff's default had caused prejudice to the defendant. But the court's practice has been to treat the existence of such prejudice as a crucial, and often decisive, matter. If the second principle were followed without exception, a well-to-do plaintiff willing and able to meet orders for costs made against him could flout the rules with impunity, confident he would suffer no penalty unless or until the defendant could demonstrate prejudice. This would circumscribe the very general discretion conferred by Ord. 3, r. 5 and would indeed involve a substantial rewriting of the rule.

The Court of Appeal rejected any single universal rule of thumb solution, or any rigid mechanistic approach, as inappropriate. It felt that such conflict ought to be viewed in the round, so as to do justice to both parties. The Court went on to say that (at page 264):

Cases involving procedural abuse . . . may call for special treatment. So, of course, will cases of contumelious and intentional default and cases where a default was repeated or persisted in after a peremptory order. But in the ordinary way, and in the absence of special circumstances, a court will not exercise its inherent jurisdiction to dismiss a plaintiff's action for want of prosecution unless the delay complained of after the issue of proceedings has caused at least a real risk of prejudice to the defendant. A similar approach should govern applications under Orders 19, 24, 25, 28 and 34. The approach to applications under Ord. 3, r. 5 should not in most cases be very different. Save in special cases or exceptional circumstances, it can rarely be appropriate, on an overall assessment of what justice

l'approche libérale généralement adoptée eu égard à la modification d'actes de procédure.

[12] Dans la décision *Costellow*, la Cour d'appel a souligné que ni l'un ni l'autre de ces principes n'était absolu. L'application rigoureuse du premier principe conduirait à pénaliser la partie en défaut sans se demander s'il y a eu préjudice pour l'autre partie. Pourtant, considérer la violation des règles comme un comportement n'ayant des répercussions qu'au niveau des dépens permettrait à une partie aisée de faire impunément fi des règles à moins ou jusqu'à ce que l'autre partie puisse démontrer qu'elle en subit un préjudice (à la page 264):

[TRADUCTION] Aucun de ces principes n'est absolu. Si le premier principe était appliqué de façon stricte, un défaut dans les procédures conduirait à rejeter les actions sans examiner la question de savoir si le défaut du demandeur a causé un préjudice au défendeur. Mais la pratique de la Cour a été de considérer l'existence d'un tel préjudice comme une question cruciale et souvent décisive. Si le second principe était suivi dans tous les cas, un demandeur aisé, qui voudrait et pourrait faire face à toutes les condamnations à des dépens rendues contre lui pourrait faire impunément fi des règles, étant confiant qu'aucune pénalité ne lui serait imposée à moins ou jusqu'à ce que le défendeur puisse faire la preuve qu'il subit un préjudice. Cela pourrait restreindre la discrétion très générale conférée par l'Ord. 3, r. 5 et pourrait de ce fait appeler une réécriture substantielle de la règle.

La Cour d'appel a rejeté comme non appropriée toute solution universelle empirique ou toute méthode mécaniste. Elle a estimé qu'un tel conflit devait être examiné sous toutes ces facettes de façon à rendre justice aux deux parties. La Cour a poursuivi en ces termes (à la page 264):

[TRADUCTION] Les affaires impliquant des abus de procédure [. . .] peuvent requérir un traitement spécial. Il en sera à coup sûr ainsi des cas de défauts méprisants et intentionnels et des cas où le défaut se répète ou persiste après le prononcé d'une ordonnance péremptoire. Mais, habituellement et en l'absence de circonstances spéciales, un tribunal n'utilisera pas son pouvoir inhérent de rejeter l'action du demandeur pour défaut de poursuivre à moins que le retard dont on se plaint après l'émission des actes de procédure ait causé à tout le moins un risque réel de préjudice au défendeur. Une approche similaire devrait gouverner les demandes faites en vertu des ordonnances 19, 24, 25, 28 et 34. Dans le cas des demandes faites en vertu de l'Ord. 3, r. 5, l'approche ne devrait pas, dans la plupart

requires, to deny the plaintiff an extension (where the denial will stifle his action) because of a procedural default which, even if unjustifiable, had caused the defendant no prejudice for which he cannot be compensated by an award of costs. In short, an application under Ord. 3, r. 5 should ordinarily be granted where the overall justice of the case requires that the action be allowed to proceed. [Emphasis added.]

Here the Court of Appeal, by referring to [*Rules of the Supreme Court 1965* (U.K.), S.I. 1965/1776] Order 3, rule 5, the English time extension rule, clearly brings the conflicting principles to an appropriate focus: save for exceptional circumstances, including where costs are not proper compensation, a time extension ought ordinarily to be allowed if it is in the overall interests of justice. This concept of doing justice between the parties is the same concept that both Chief Justice Thurlow and Mr. Justice Marceau used as an underpinning in *Grewal* (*supra*). Nor is it inconsistent with Mr. Justice Hugessen's view in *Council of Canadians* (*supra*), for there he pointed out that there "is no immutable check list of matters that must be reviewed whenever the grant of an extension of time is being considered; the most that can be said is that the Court will generally look at whether there is an adequate explanation for the failure to act timely and whether the applicant has an arguable case" (page 255).

Some Relevant Background

[13] Applying some of this to the present situation requires an examination of the nature of the estoppel plea, of the time line leading to the present motion and the prejudice to the defendant.

[14] The action was commenced in 1996, with the plaintiffs filing an amended statement of claim in May of 1998. The defence, which followed in June of 1998, set out, among other things, a complete lack of legal authority to grant leases containing perpetual renewal clauses, from which it follows, according to the defence, that the clauses were null and void.

des cas, être bien différente. Sauf cas spéciaux ou circonstances exceptionnelles, il est rarement approprié, pour satisfaire aux impératifs de la justice en l'espèce, de refuser au demandeur une prorogation (dans le cas où le refus freinerait son action) à cause d'un défaut de procédure qui, même non justifié, n'a causé au défendeur aucun préjudice pour lequel il ne peut être indemnisé au moyen de l'attribution de dépens. En résumé, une demande faite en vertu de l'Ord. 3, r. 5, devrait normalement être accordée lorsque les intérêts supérieurs de la justice en l'espèce requiert que l'action suive son cours. [Nous soulignons.]

La Cour d'appel, en faisant référence à l'ordonnance 3, règle 5 [des *Rules of the Supreme Court 1965* (R.-U.), S.I. 1965/1776], c'est-à-dire à la règle anglaise en matière de prorogation de délai, a bien dégagé les principes qui s'opposent: exception faite de circonstances exceptionnelles, incluant celles où l'attribution de dépens ne constitue pas une compensation appropriée, la prorogation de délai doit normalement être accordée s'il y va de l'intérêt supérieur de la justice. Cette notion de justice entre les parties est celle-là même que le juge en chef Thurlow et le juge Marceau ont utilisée comme fondement dans la décision *Grewal*, précitée. Elle n'est pas non plus incompatible avec l'opinion exprimée par le juge Hugessen dans la décision *Conseil des canadiens*, précitée, où il a souligné qu'«[i]l n'existe pas de liste de contrôle immuable à vérifier chaque fois qu'une demande de prolongation de délai est examinée; le plus que l'on puisse dire est que la Cour examinera généralement si une explication adéquate a été fournie pour l'omission d'agir en temps opportun et si la cause du requérant est défendable» (page 255).

Contexte pertinent

[13] L'application de ce qui précède à la présente situation requiert un examen de la nature du plaidoyer de préclusion, de la chronologie des événements qui ont conduit à la présente requête et du préjudice causé à la défenderesse.

[14] L'action a commencé en 1996, et les demanderesse ont déposé une déclaration modifiée en mai 1998. La défense a suivi en juin 1998. Il y est allégué notamment l'absence complète d'autorité légale pour accorder des baux comprenant des clauses de renouvellement perpétuel, et, par conséquent, la nullité de ces clauses.

[15] The plaintiffs examined the Crown on this point in September 1998 and November 1999. Counsel for the plaintiffs submits that the estoppel issue became apparent during the discovery of the Crown's Mr. Low, the issue then being put on the table. Now it can be too easy, in hindsight, to read given elements into a discovery transcript and for that reason I have again read through not only portions of the transcript referred to me by counsel, but also some portions of the transcript surrounding those references. Certainly the Crown agreed, beginning in the 1930s, that a lease of park land containing a perpetual renewal clause was consistent with the Crown's policy at that time, but that the perpetual lease policy ceased in about 1958 by reason of doubts on the part of the Crown that it could grant lease renewal in perpetuity. Moreover, up to about 1958, Crown approval of assignment of leases was a mere formality. However, after 1958, the Crown not only stopped issuing perpetually renewable leases, but also refused to allow assignments of leases unless the lease holder surrendered the existing lease, together with its right of perpetual renewal. This policy changed in about 1970 when the Supreme Court of Canada, in *R. v. Walker*, [1970] S.C.R. 649, held that once a lease holder had a perpetual renewal right it could not be taken away on a renewal. The Crown also, at some point, decided that on an assignment of lease, rather than on a renewal, it might take away the renewal right by insisting on a surrender of the existing lease and to date will not reinstate the perpetual lease clauses in any fresh lease issued to an assignee.

[16] Moreover, the Crown's position remains that assignments are no longer automatic, without condition, even when the lease holder has been behaving properly. At this point, following the completion of the Low discovery in November of 1999, there could be no doubt that the plaintiffs, by then, had estoppel firmly in mind and that the discovery answers confirmed that an arguable case might be made utilizing estoppel, even though estoppel may, in some

[15] Les demanders ont interrogé la Couronne sur ce point en septembre 1998 et en novembre 1999. L'avocat des demanders soutient que le motif de préclusion est devenu apparent lors de l'interrogatoire du représentant de la Couronne, M. Low, la question étant alors soulevée. Rétrospectivement, il peut être trop facile d'interpréter la transcription d'un interrogatoire comme si elle incluait des éléments donnés et pour cette raison je n'ai pas lu seulement les extraits auxquels l'avocat des demanders a renvoyé mais j'ai également lu d'autres portions du texte entourant ces extraits. La Couronne convient sûrement que, depuis les années 1930, le bail d'un parc contenant une clause de renouvellement perpétuel était conforme à la politique de l'époque, mais que cette politique sur les baux perpétuels a cessé vers 1958 parce que la Couronne avait alors des doutes sur la possibilité d'accorder des baux qui se renouvellent à perpétuité. De plus, jusque vers 1958, l'approbation de la cession de baux par la Couronne n'était qu'une simple formalité. Toutefois, après 1958, la Couronne n'a pas seulement cessé d'accorder des baux qui se renouvellent à perpétuité, mais a également refusé de consentir des cessions de baux à moins que le détenteur renonce au bail existant ainsi qu'à son droit au renouvellement perpétuel. Cette politique a changé vers 1970 lorsque la Cour suprême du Canada a jugé dans *R. c. Walker*, [1970] R.C.S. 649, que lorsque le détenteur du bail avait un droit de renouvellement perpétuel ce droit ne pouvait lui être enlevé au moment d'un renouvellement. À un moment donné, la Couronne a également décidé que lors d'une cession de bail, plutôt que lors d'un renouvellement, elle pouvait enlever le droit au renouvellement en insistant pour obtenir une renonciation au bail existant et, à ce jour, elle n'accorde plus la clause de bail perpétuel dans tout nouveau bail consenti à un cessionnaire.

[16] De plus, la position de la Couronne est demeurée la même, à savoir qu'elle n'accorde plus de cession automatique et sans condition, même si le détenteur du bail a affiché un comportement irréprochable. Après l'interrogatoire de M. Low en novembre 1999, il ne faisait aucun doute que les demanders avaient dès lors la préclusion fermement en tête et que les réponses données lors de cet interrogatoire confirmaient qu'il serait possible de soulever ce moyen,

instances, be of limited value as against the Crown. Here I accept that estoppel represents at least an arguable approach by which to obtain relief.

[17] It is against this background of the June 1998 defence and the discovery of the Crown's Mr. Low, completed in November 1999, that counsel for the plaintiffs recognized the need for a reply to specifically raise the estoppel issue, essentially setting out that the defendant may not resile from the exercise of an authority and procedure which gave a right to renew leases in perpetuity.

Intention to Reply

[18] I am satisfied that the plaintiffs had an intention to rely on the estoppel argument as early as the September 1998 discovery of the Crown's Mr. Low, a discovery completed in November 1999. To have considered a reply, at an earlier date, would have required much speculation and perhaps the hope of turning up assistance on examination for discovery. It is therefore unrealistic to require the intention to file a reply to go back to July 1998, 10 days following the receipt of the defence.

[19] Partial completion of discovery, some 20 months ago, when an estoppel argument had some underpinning, might be argued to have been an appropriate time at which to seek to file a reply, however the better base line is completion of discoveries in November 1999, when the plaintiffs had all of the Crown's discovery evidence bearing on estoppel. By this measure there has been delay, but justification for the delay, at least until about the end of 1999. I do not see an abandonment of that intention between then and the March 2000 hearing date of this motion, for while both sides were preoccupied with negotiating rule 200 questions of law to be heard in the spring and with some form of document production from, and possibly discovery of, predecessor lease holders, there was discussion of the estoppel issue at the 13 January 2000 case management conference.

même si la préclusion peut dans certaines circonstances s'avérer d'une efficacité limitée contre la Couronne. Je conviens que la préclusion représente dans les circonstances tout au moins une approche défendable pour obtenir le redressement recherché.

[17] C'est dans ce contexte de la défense de juin 1998 et de l'interrogatoire du représentant de la Couronne, M. Low, complété en novembre 1999, que l'avocat des demanderesse a reconnu la nécessité d'une réponse pour soulever spécifiquement la question de la préclusion, à savoir que la défenderesse ne peut pas renoncer à l'exercice d'une autorité et d'une procédure qui conféraient le droit de renouveler des baux à perpétuité.

Intention de déposer une réponse

[18] Je suis convaincu que les demanderesse avaient l'intention de soulever l'argument de la préclusion dès l'interrogatoire commencé en septembre 1998 du représentant de la Couronne, M. Low, et complété en novembre 1999. Pour envisager une réponse avant cette date, il aurait fallu une bonne dose de suppositions et peut-être l'espoir de tirer partie de l'interrogatoire préalable. Il est par conséquent réaliste d'exiger que l'intention de déposer une réponse ait été présente dès juillet 1998, soit 10 jours après le dépôt de la défense.

[19] On pourrait faire valoir que c'est au moment de l'achèvement partiel de l'examen préalable, il y a quelques 20 mois, alors que l'argument de la préclusion prenait corps, qu'il était approprié de chercher à déposer une réponse, mais le meilleur point de départ est la fin des interrogatoires en novembre 1999, au moment où les demanderesse avaient en main toute la preuve découlant de l'interrogatoire de la Couronne. De ce point de vue, il y a eu retard, mais un retard qui peut se justifier, du moins jusque vers la fin de 1999. Il n'y a pas eu à mon sens abandon de cette intention entre ce moment et la date d'audition de la présente requête en mars 2000, car alors que les deux parties étaient occupées à négocier l'audition des questions de droit de la règle 200 au printemps, ainsi que la production de documents et éventuellement l'interrogatoire de précédents détenteurs de baux, il y a eu examen de la question de la préclusion à la conférence de gestion de l'instance le 13 janvier 2000.

[20] This leaves the question of the existence of prejudice which cannot be compensated in costs.

Prejudice

[21] The defendant points to *Valyenegro v. Canada (Secretary of State)* (1994), 88 F.T.R. 196 (F.C.T.D.) for the proposition that delay, for all practical purposes, may be equated with prejudice. The Court in *Valyenegro* relied, for this proposition, on *University of Saskatchewan v. Canadian Union of Public Employees Local Union 1975 et al.*, [1978] 2 S.C.R. 830. There the Supreme Court of Canada granted an extension of time within which to appeal on the basis that an extension was justified by reason of the principle that relief ought to be granted if it can be done without serious prejudice to the other party, where it prevents serious prejudice to the litigant applying for the extension (at page 831):

Nevertheless, I feel that an extension is justified under the circumstances by reason of the principle that, if it can be done without serious prejudice to the other party, relief should be granted in order to prevent serious prejudice to a litigant. This is, as it appears to me, the principle on which this Court, overruling the Quebec Court of Appeal, granted an extension of time for bringing an appeal to that Court in *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg., Ltd.* (February 7, 1978, not yet reported). In the present case, the appeal, even if brought in time, would not have been ready for inscription for this term. Any appreciable prejudice can therefore be avoided by granting an extension subject to the condition that the case be made ready for inscription for the April term.

The line of reasoning, the delay *per se* is prejudicial, is apparently based on the proposition that there was no prejudice because the appeal could not have been ready, in any event, for inscription in the current term. The Supreme Court of Canada does not go so far as to automatically equate delay with prejudice.

[22] I believe the better view is that touched upon by Mr. Justice MacGuigan, in the majority decision in *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425, at page 468, where he rejects the “intuitive notion that inordinate delay necessarily entails serious preju-

[20] Il reste maintenant à traiter de la question de l’existence du préjudice qui ne pourrait être indemnisé par l’octroi de dépens.

Préjudice

[21] La défenderesse renvoie à la décision *Valyenegro c. Canada (Secrétaire d’État)* (1994), 88 F.T.R. 196 (C.F. 1^{re} inst.) pour faire valoir que le retard peut, en pratique, être assimilé à un préjudice. Dans *Valyenegro*, la Cour s’est fondée sur l’arrêt *Université de la Saskatchewan c. Section locale 1975 du syndicat canadien de la Fonction publique et autres*, [1978] 2 R.C.S. 830. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a accordé une prorogation du délai d’appel au motif qu’une prorogation était justifiée en raison du principe que l’on doit faire droit au redressement demandé si on peut le faire sans léser l’autre partie, lorsque cela évite à la partie qui demande la prorogation de subir un préjudice grave (à la page 831):

Néanmoins, je considère qu’une prorogation est justifiée dans les circonstances selon le principe qu’il faut accorder un redressement à une partie pour éviter qu’elle subisse un préjudice grave, si on peut le faire sans léser la partie adverse. C’est là, je crois, le principe selon lequel cette Cour a cassé la décision de la Cour d’appel du Québec et accordé une prorogation du délai d’appel dans l’affaire *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg., Ltd.* (7 février 1978, encore inédit). En l’espèce, même si le pourvoi avait été introduit dans les délais, il n’aurait pu être inscrit pour la session courante. On peut, par conséquent, éviter tout préjudice appréciable en accordant une prorogation à la condition que la cause soit prête à être inscrite pour la session d’avril.

L’argument selon lequel le retard en soi cause un préjudice trouve apparemment son fondement dans la prétention suivant laquelle il n’y avait pas de préjudice parce que l’appel ne pouvait, en tout état de cause, être prêt pour inscription durant la session courante. La Cour suprême du Canada ne va pas jusqu’à associer automatiquement le retard à un préjudice.

[22] Je crois que la meilleure formulation de cet argument est celle du juge MacGuigan, de la Cour d’appel dans l’arrêt majoritaire *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425, à la page 468, où il rejette l’idée de se fier à «son intuition pour décider

dice". There the Court of Appeal approved the approach of the Trial Judge [(1991), 91 DTC 5641] in looking at the facts before equating delay with prejudice.

[23] In *Ferguson v. Arctic Transportation Ltd. et al.* (1996), 118 F.T.R. 154 (F.C.T.D.), at pages 159-160, Mr. Justice Teitelbaum referred to this passage from *Aqua-Gem*:

Clearly I take this case to mean, on the facts of the case before me, the plaintiff must, at least, show some prejudice caused to him by defendants' delay in bringing on the motion for security in a dilatory manner, if in fact there was "delay".

I am satisfied that the delay in bringing the application for security was not "completely out of the ordinary" and, moreover, I have absolutely no evidence that the plaintiff has suffered or will suffer any prejudice as a result of the "delay" of the defendants to bring the motion for security for costs.

...

It cannot be assumed that the plaintiff has been prejudiced by the delay. Prejudice may sometimes be caused by a delay of some months or not be caused by a delay of almost three years. If plaintiff alleges, as he does, that he should not be required to provide security for costs because of the issue of delay, he must show that as a result of the delay he suffered some prejudice. The plaintiff has failed to do so.

[24] It is clear, both from *Aqua-Gem* and from *Arctic Transportation*, that delay in and of itself does not necessarily cause prejudice.

[25] By *Aqua-Gem* and *Arctic Transportation* I am instructed to look not at delay *per se*, but at the result of the delay, to determine if prejudice exists.

[26] In the present instance, the defendant points out that some 20 witnesses, produced by the plaintiffs, have been examined for discovery. If there must be further discovery of those individuals, or interrogatories, or some further particulars, that will be inconvenient and might be time consuming, but it can be compensated for in costs.

[27] The defendant also submits that the estoppel argument is a fundamental change to the case.

qu'un retard excessif se traduit nécessairement par un préjudice grave». Dans cet arrêt, la Cour d'appel a approuvé l'approche suivie par le juge de première instance [(1991), 91 DTC 5641] qui a examiné les faits avant d'associer le retard à un préjudice.

[23] Dans la décision *Ferguson c. Arctic Transportation Ltd. et al.* (1996), 118 F.T.R. 154 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 159 et 160, le juge Teitelbaum s'est reporté en ces termes à ce passage de l'arrêt *Aqua-Gem*:

À mon sens, ces commentaires signifient, d'après les faits dont je suis saisi, que le demandeur doit, à tout le moins, prouver que le retard des défendeurs à présenter la demande de garantie pour les dépens de façon diligente lui a causé un certain préjudice, s'il y a effectivement eu «retard».

À mon avis, le retard à présenter la demande de garantie n'était pas «complètement hors de l'ordinaire»; de plus, je n'ai devant moi aucun élément de preuve indiquant que le demandeur a subi ou subira un préjudice découlant du «retard» des défendeurs à présenter la demande de garantie pour les dépens.

[. . .]

Il n'est pas permis de présumer que le demandeur a été lésé par le délai. Un délai de quelques mois peut parfois causer un préjudice, tandis qu'un autre de près de trois ans n'en causera aucun. Si le demandeur soutient, et c'est le cas en l'espèce, qu'il ne devrait pas être tenu de verser une garantie pour les dépens en raison du retard, il doit prouver que, par suite du retard, il a été lésé. Il n'a pas fait cette preuve.

[24] Il ressort clairement des décisions *Aqua-Gem* et *Arctic Transportation* que le retard en lui-même et de lui-même ne cause pas nécessairement un préjudice.

[25] Les décisions *Aqua-Gem* et *Arctic Transportation* m'enseigne à considérer non pas le retard en lui-même mais l'effet du retard pour déterminer s'il y a un préjudice.

[26] En l'espèce, la défenderesse souligne que quelques 20 témoins, produits par les demandeurs, ont été interrogés au préalable. S'il doit y avoir des interrogatoires préalables supplémentaires de ces individus, des interrogatoires ou des précisions supplémentaires, il en résultera des inconvénients et des pertes de temps, mais cela pourra être compensé par les dépens.

[27] La défenderesse fait aussi valoir que l'argument de préclusion constitue un changement fondamental de

Looking at the pleadings, extant and proposed, I would not term the alteration in the case, and there is some alteration, a fundamental alteration. Rather it is an evolution arising principally from the discovery process, giving rise to an estoppel argument and the need for a reply. Moreover, none of this comes as any surprise.

CONCLUSION

[28] To deny the plaintiffs an opportunity to reply would be to give too much weight to the principle that times set in the Rules are to be met and insufficient weight to the principle that a party committing a procedural default ought not to be denied adjudication of a claim unless there is prejudice to the other side which cannot be compensated by an award of costs. Here, even though there has been delay and, in all fairness, some prejudice to the defendant, a liberal approach is in order and indeed is necessary to do justice between the parties. Any prejudice may be compensated in costs.

la preuve des demanderessees. En examinant les actes de procédures, en leur forme actuelle et proposée, je ne saurais qualifier de fondamental le changement de la preuve en l'instance bien que je reconnaisse qu'il y a un changement. Il s'agit plutôt d'une évolution découlant principalement du processus de communication préalable, qui a donné ouverture à l'argument de la préclusion et ainsi appelé le dépôt d'une réponse. De plus, rien de tout cela n'est une surprise.

CONCLUSION

[28] Nier aux demanderessees la possibilité de déposer une réponse serait accorder trop d'importance au principe que les délais prévus aux règles sont de rigueur et insuffisamment d'importance au principe qu'une partie en défaut au regard d'une règle de procédure ne doit pas se voir priver de son droit de faire statuer sur sa demande à moins que la partie adverse ne subisse un préjudice qui ne puisse être indemnisé par l'octroi de dépens. En l'espèce, bien qu'il y ait eu retard et, en toute équité, un certain préjudice causé à la défenderesse, une approche libérale est de mise et est même nécessaire pour rendre justice entre les parties. Tout préjudice pourra être compensé par l'octroi de dépens.