

T-1226-84

T-1226-84

**Bryan Osborne (Plaintiff)****Bryan Osborne (demandeur)**

v.

c.

**The Queen as represented by the Treasury Board (Defendant)****a La Reine représentée par le Conseil du Trésor (défenderesse)**

T-1239-84

T-1239-84

**William James Millar (Plaintiff)****b William James Millar (demandeur)**

v.

c.

**The Queen as represented by the Treasury Board (Defendant)****La Reine représentée par le Conseil du Trésor (défenderesse)***INDEXED AS: OSBORNE v. CANADA (TREASURY BOARD)***c RÉPERTORIÉ: OSBORNE c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR)**

Trial Division, Walsh D.J.—Ottawa, October 10 and 20, 1986.

Division de première instance, juge suppléant Walsh—Ottawa, 10 et 20 octobre 1986.

*Practice — Costs — Motion pursuant to R. 344(7) and Tariff B s. 3 for increase of amounts allowable under Tariff B s. 2(1)(d) and (e) — Plaintiffs partly successful in main action — Issues at trial complex and important and requiring extensive preparation — Tariff outdated and inadequate — Instant case resembling test case, being first on issue — Proposed amendments to Federal Court Rules overcoming restrictive approach to increases in Smerchanski and radically changing existing tariff — Amendments, while not yet in effect, indicating what now deemed fair and reasonable — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344(7), 346A (proposed Can. Gaz., Part I, No. 11), Tariff A, s. 1(4)(a), Tariff B, ss. 2(1)(d),(e), 3 — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 32 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 2(b),(d) — Civil Service Act, S.N.S. 1980, c. 3 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 46.*

*d Pratique — Frais et dépens — Requête, fondée sur la Règle 344(7) et l'art. 3 du tarif B, en majoration des sommes pouvant être accordées en vertu des alinéas 2(1)d) et e) du tarif B — Les demandeurs ont eu partiellement gain de cause dans l'action principale — Les questions soulevées au procès étaient complexes et importantes et ont exigé une préparation exhaustive — Le tarif est suranné et insuffisant — L'espèce présente s'assimile à une cause-précédent en ce sens qu'elle est la première du genre à porter sur la question — Le Projet de modifications aux Règles de la Cour fédérale aplanit l'obstacle que représente la méthode restrictive d'aborder la question de la majoration adoptée dans Smerchanski et modifie radicalement le tarif existant — Les modifications, bien qu'elles ne soient pas encore en vigueur, sont une indication de ce qui est maintenant considéré comme juste et raisonnable — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 344(7), 346A (projet, Gaz. du Can., Partie I, n° 11), tarif A, art. 1(4)a), tarif B, art. 2(1)d),e), 3 — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 32 — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 2b),d) — Civil Service Act, S.N.S. 1980, chap. 3 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 46.*

The plaintiffs' actions, which were heard along with a third, sought a finding that the restrictions on political activities of civil servants in section 32 of the *Public Service Employment Act* were of no force and effect as being in violation of paragraphs 2(b) and (d) of the Charter.

*h* Dans leurs actions, qui ont été entendues en même temps qu'une troisième, les demandeurs cherchent à faire déclarer nulles les restrictions que l'article 32 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* apporte aux activités politiques des fonctionnaires, parce qu'elles vont à l'encontre des alinéas 2b) et d) de la Charte.

While unsuccessful in this contention, the parties herein obtained a finding that they could attend a leadership convention and were allowed costs. The case required extensive study and preparation of material with respect to section 32 of the Act and section 1 of the Charter. The trial was lengthy and costly. However, counsel for the plaintiffs herein collaborated and greatly assisted the Court by preparing a joint brief on

*i* Bien qu'ils n'aient pu faire valoir cette prétention, les demandeurs à l'instance ont réussi à faire déclarer qu'ils pouvaient assister à un congrès à la direction, et des dépens leur ont été adjugés. L'affaire exigeait une étude et une compilation exhaustives de documents concernant l'article 32 de la Loi et l'article 1 de la Charte. Le procès a été long et coûteux. Toutefois, les avocats des demandeurs à l'instance ont fait preuve d'une grande collaboration et ont beaucoup aidé la Cour en préparant un mémoire conjoint sur l'article 1 de la Charte et

section 1 of the Charter and a book of agreed documents, thereby reducing the length of the trial.

This is a motion, applicable to both cases, for an order pursuant to Rule 344(7) and section 3 of *Tariff B* of the *Federal Court Rules* for a direction to the taxing officer to increase the amounts allowable under paragraphs 2(d) and (e) of *Tariff B*.

*Held*, the motion should be allowed.

It was decided in *Smerchanski* that the amount of work required and the difficulty or importance of the case did not justify an increase in *Tariff B* costs items. While making allowances for test cases, this approach was, until recently, followed in Federal Court cases. However, there is now a tendency to be more generous in making special directions as to costs rather than rigidly adhering to the hopelessly outdated and inadequate *Tariff* whenever the discoveries or days of hearing are shortened by the cooperation of the parties in their preparation and at trial. And while the main action herein was not a test case, it clearly resembled one in that it was the first such case on the issue. A hearing before the Public Service Staff Relations Board dealing with the validity of section 32 was adjourned until judgment was rendered in the main action in this case.

Finally, proposed amendments to the *Federal Court Rules* would allow much more realistic amounts. They would also greatly extend the use of judicial discretion and overcome the *Smerchanski* case by permitting the importance of the issues, the volume of work and the complexity of proceedings to be taken into account, as well as the conduct of the parties that tends to shorten or lengthen the duration of the proceedings. The amendments would also specifically provide a fee for the principal counsel and the possibility of another fee for participation by junior counsel. While these rules are not yet in effect, they can be considered as an indication of what is now deemed to be fair and reasonable.

Relying on paragraph 1(4)(a) of *Tariff A*, it is directed that the present proceedings be considered as a class III action. An amount, to be determined by the taxing officer, will be allowed as preparation for trial.

With respect to amounts allowed under paragraph 2(1)(e) of *Tariff B*, amounts similar to those allowed in the proposed new *Tariff* will be allowed. The special circumstances of this case and the fact that it was considerably shortened by the cooperation of all parties justify a reasonable increase in the amounts permissible under the existing *Tariff*.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Manitoba Fisheries Ltd.*, [1980] 2 F.C. 217 (C.A.), affirming [1980] 1 F.C. 36 (T.D.); *Warwick Shipping Limited v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 998 (C.A.).

##### NOT FOLLOWED:

*Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1979] 1 F.C. 801 (C.A.).

un cahier des documents convenus, ce qui a réduit la durée du procès.

La requête en l'espèce, applicable aux deux affaires et fondée sur la Règle 344(7) et l'article 3 du tarif B des *Règles de la Cour fédérale*, vise à faire ordonner à l'officier taxateur de majorer les sommes pouvant être accordées en vertu des alinéas 2d) et e) du tarif B.

*Jugement*: la requête devrait être accueillie.

Il a été décidé dans l'affaire *Smerchanski* que le volume du travail requis et la difficulté ou l'importance de l'affaire ne justifiaient pas une majoration du montant des frais prévus au tarif B. Tout en faisant une exception des causes-précédents, la jurisprudence de la Cour fédérale a, jusqu'à ces derniers temps, suivi cette méthode d'aborder le problème. La Cour a maintenant tendance à se montrer plus généreuse dans ses directives spéciales quant aux frais plutôt que d'adhérer strictement au tarif qui s'est révélé complètement suranné et insuffisant, chaque fois que la coopération des parties a permis d'écourter l'interrogatoire préalable et le procès lui-même. Et bien que l'action principale en l'espèce ne soit pas une cause-précédent, elle s'assimile bien à une cause-précédent au sens qu'elle est la première du genre à porter sur la question. Une audition devant la Commission des relations de travail dans la Fonction publique portant sur la validité de l'article 32 a été ajournée jusqu'à ce qu'un jugement ait été rendu dans l'action principale en l'espèce.

Enfin, le projet de modifications aux *Règles de la Cour fédérale* permet des montants beaucoup plus réalistes. Il étend considérablement le pouvoir discrétionnaire du juge et aplanit l'obstacle que représente la décision *Smerchanski* en autorisant la considération de l'importance des questions en litige, de la charge de travail et de la complexité des procédures, ainsi que de la conduite des parties qui tend à écourter ou à prolonger la durée du procès. De même, il prévoit expressément des frais pour l'avocat principal et la possibilité d'autres frais pour la participation de l'avocat en second. Bien que ces règles ne soient pas encore en vigueur, on peut les considérer comme représentant ce qui est juste et raisonnable.

Vu l'alinéa 1(4)a) du tarif A, il est ordonné que les procédures en l'espèce seront assimilées à une action de la classe III. Une somme, qui sera déterminée par l'officier taxateur, sera accordée au titre de la préparation du procès.

Pour ce qui est des montants prévus à l'alinéa 2(1)e) du tarif B, il sera accordé des montants semblables à ceux prévus dans le projet de nouveau tarif. Les circonstances spéciales de l'espèce et le fait qu'elle a été considérablement écourtée grâce à la coopération de toutes les parties justifient une hausse raisonnable des sommes pouvant être accordées selon le tarif en vigueur.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Manitoba Fisheries Ltd.*, [1980] 2 C.F. 217 (C.A.), confirmant [1980] 1 C.F. 36 (1<sup>re</sup> inst.); *Warwick Shipping Limited c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 998 (C.A.).

##### DÉCISION ÉCARTÉE:

*Smerchanski c. Le ministre du Revenu national*, [1979] 1 C.F. 801 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Spur Oil Limited v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 244 (T.D.).

## REFERRED TO:

*Fraser v. Nova Scotia (Attorney General)*, judgment dated June 10, 1986, SH 54592, not yet reported; *MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd. v. Consolboard Inc.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 342 (F.C.A.).

## COUNSEL:

*Dougald E. Brown* for plaintiff.  
*Duff Friesen, Q.C.*, for defendant.

## SOLICITORS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

WALSH D.J.: This deals with a motion brought on applicable to both cases for an order pursuant to Rule 344(7) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] and section 3 of Tariff B for a direction to the taxing officer to increase the amounts allowable under paragraphs 2(1)(d) and 2(1)(e) of Tariff B. These two actions were heard along with a third bearing number T-1636-84 in which there were five plaintiffs: Randy Barnhart, Linda Camponi, Michael Cassidy, Ken Clavette and Heather Stevens and in which, however, the plaintiffs were represented by other attorneys than those representing the two plaintiffs with whom the present motion is concerned. In all three actions however the primary objective of the plaintiffs was to obtain a finding that section 32 of the *Public Service Employment Act* [R.S.C. 1970, c. P-32] was of no force and effect as being in violation of paragraphs 2(b) and 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)].

None of the plaintiffs succeeded in this contention but to a limited extent the judgment [*Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1986] 3 F.C. 206 (T.D.)] interpreted section 32 of the Act as permitting some of the political activities which plaintiffs wished to undertake. No costs were allowed to

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Spur Oil Limited c. La Reine*, [1983] 1 C.F. 244 (1<sup>re</sup> inst.).

## a DÉCISIONS CITÉES:

*Fraser v. Nova Scotia (Attorney General)*, jugement en date du 10 juin 1986, SH 54592, pas encore publié; *MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd. c. Consolboard Inc.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 342 (C.A.F.).

## b AVOCATS:

*Dougald E. Brown* pour le demandeur.  
*Duff Friesen, c.r.*, pour la défenderesse.

## c PROCUREURS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE SUPPLÉANT WALSH: La requête en l'espèce, applicable aux deux affaires et fondée sur la Règle 344(7) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] et l'article 3 du tarif B, vise à faire ordonner à l'officier taxateur de majorer les sommes pouvant être accordées en vertu des alinéas 2(1)d) et 2(1)e) du tarif B. Ces deux actions ont été entendues en même temps qu'une troisième action portant le numéro T-1636-84 et émanant de cinq demandeurs, à savoir Randy Barnhart, Linda Camponi, Michael Cassidy, Ken Clavette et Heather Stevens, lesquels étaient représentés par des avocats autres que ceux représentant les deux demandeurs en l'espèce. Dans ces trois actions cependant, les demandeurs visaient principalement à faire déclarer nul l'article 32 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* [S.R.C. 1970, chap. P-32], par ce motif qu'il irait à l'encontre des alinéas 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)].

Aucun des demandeurs n'a pu faire accepter cette conclusion mais la Cour [*Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1986] 3 C.F. 206 (1<sup>re</sup> inst.)] a, de façon limitée, interprété l'article 32 de la Loi comme autorisant certaines des activités politiques auxquelles les demandeurs désiraient se livrer. Ni

either plaintiffs or defendants in action T-1636-84 involving five plaintiffs who sought to be permitted to undertake a wide range of such activities, only a very few of which were found to be permissible under the interpretation given to the section, but in the two actions with respect to which the motion for direction is now made, costs were allowed to plaintiffs, although they had not succeeded in having section 32 of the *Public Service Employment Act* found to be of no force and effect, since they had succeeded in part in obtaining a finding that there is no authority or basis in law to order that they not be permitted to attend a leadership convention as they had sought to do. This was based on interpretation of subsection 32(2) permitting public servants to attend political meetings or contribute money for the funds of a political party. Since the main thrust of all the parties was the attack on section 32, the study and preparation of material for this, applicable to all three cases was what made the trial lengthy and costly. Since any limitation whatsoever of political activity of public servants of necessity interferes to some extent with their freedom of speech and freedom of association the defendant was obliged to invoke section 1 of the Charter to establish that some limitation was justifiable in a free and democratic society. The defendant accordingly called Professor Kernaghan, an eminent political scientist who has devoted much study and worked extensively on the subject as an expert witness to establish that in other free and democratic societies, and certainly in Canada, there has always been a tradition of political neutrality and that historically public servants who are deemed to be appointed and promoted on the basis of merit do not engage in unrestricted political activities. The public service statutes of a number of democratic countries including Great Britain, the United States, and even Japan, were produced, as well as those of all 10 provinces of Canada, reports of parliamentary committees and a series of articles and treatises on the subject. Many of the publications were produced by the plaintiffs for the purpose of cross-examination of Professor Kernaghan.

It is common ground that counsel representing the two plaintiffs in the present motion as well as other counsel representing the five plaintiffs in the

les demandeurs ni les défendeurs n'ont eu droit aux dépens dans l'action inscrite sous le numéro T-1636-84 et intentée par les cinq demandeurs qui entendaient se livrer à un large éventail de ces activités, puisque très peu d'entre elles ont été déclarées permises selon l'interprétation donnée de l'article dont il s'agit. Mais dans les deux actions faisant l'objet de la requête en l'espèce, les dépens ont été adjugés aux demandeurs qui ont eu partiellement gain de cause, la Cour ayant conclu qu'en droit, rien ne leur interdisait d'assister à un congrès à la direction comme ils avaient cherché à le faire, bien qu'ils n'aient pas réussi à faire déclarer nul l'article 32 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Cette conclusion découlait de l'interprétation du paragraphe 32(2) qui permet aux fonctionnaires d'assister à des réunions politiques et de verser, à titre de contribution, de l'argent à la caisse d'un parti politique. Étant donné que l'argumentation principale de toutes les parties portait sur l'article 32, l'étude et la compilation des documents pour les trois affaires ont ajouté à la durée et aux frais du procès. Puisque toute restriction apportée aux activités politiques des fonctionnaires porte nécessairement atteinte, dans une certaine mesure, à leur liberté d'expression et d'association, la défenderesse a dû invoquer l'article 1 de la Charte pour établir qu'une restriction était justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Elle a donc cité à titre d'expert le professeur Kernaghan, éminent politicologue qui a étudié la question de façon approfondie, afin de démontrer que dans d'autres sociétés libres et démocratiques, et certainement au Canada, il y a toujours eu une tradition de neutralité politique, et que les fonctionnaires dont la nomination et l'avancement sont fondés sur le mérite ne s'adonnent pas librement aux activités politiques. Les documents versés au dossier comprennent des lois sur la fonction publique de certains pays démocratiques, dont la Grande-Bretagne, les États-Unis et même le Japon, ainsi que celles des dix provinces du Canada, des rapports de commissions parlementaires et plusieurs articles et traités en la matière. Beaucoup des publications ont été produites par les demandeurs en vue du contre-interrogatoire du professeur Kernaghan.

Il est constant que les avocats représentant les deux demandeurs en l'espèce, ainsi que ceux qui occupent pour les cinq demandeurs dans la troi-

other action for which costs were not allowed and counsel representing the defendant in all three actions collaborated and greatly assisted the Court thereby reducing the length of the trial in the interest of all parties by preparing a joint brief dealing with section 1 of the Charter and a book of agreed documents. The two plaintiffs in the present motion also produced a further brief dealing with section 1 as well as a number of the articles by Professor Kernaghan and others to assist in their cross-examination.

It is apparent from reading the judgment in the case of *Fraser v. Nova Scotia (Attorney General)* [judgment dated June 10, 1986, SH 54592, not yet reported], to which reference is made in the judgment in this case, that somewhat similar material was produced in connection with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* attack on restrictive sections of the *Civil Service Act* of Nova Scotia [S.N.S. 1980, c. 3] since the judgment dealt at considerable length on expert opinions expressed by Professor Kernaghan and analyzed the Public Service regulations of the various provinces of Canada, Great Britain, including a report made there, and the United States including the *Hatch Act*. [*An Act to prevent pernicious political activities*, 53 Stat. 1147].

Since the trend of Supreme Court jurisprudence appears to indicate that whenever section 1 of the Charter is to be invoked, it is necessary that some proof be made to establish what is justifiable in a free and democratic society, and that the trial judge cannot merely rely on his own views when rendering judgment no blame therefore can be attributed to the defendant if, as in the present case, a far-reaching inquiry is made as to what is in fact done in other free and democratic societies and a voluminous amount of material is produced to establish it. The plaintiffs then are forced to indulge in considerable research to prepare for cross-examination of any witness, expert or otherwise, called to testify with respect to this. To the extent that the defendant may be able to use the same evidence repeatedly in connection with similar actions in other jurisdictions and should not be compensated for preparing and using this evidence more than once, this is not an issue in the present motion since it is not the defendant's costs which are being taxed but plaintiffs'.

sième action, où les dépens n'ont pas été adjugés, et les avocats qui représentent la défenderesse dans les trois actions, ont fait preuve d'une grande coopération et ont aidé la Cour à limiter la durée du procès dans l'intérêt de toutes les parties, en préparant un mémoire conjoint sur l'article 1 de la Charte et un cahier des documents convenus. Les deux demandeurs en l'espèce ont produit leur propre mémoire sur l'article 1, ainsi que certains articles du professeur Kernaghan et d'autres auteurs aux fins de contre-interrogatoire.

Il ressort de la décision *Fraser v. Nova Scotia (Attorney General)* [jugement en date du 10 juin 1986, SH 54592, non encore publié], mentionnée dans le jugement en l'espèce, que des documents semblables ont été produits à l'occasion de la contestation, fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'articles portant interdiction du *Civil Service Act* de la Nouvelle-Écosse [S.N.S. 1980, chap. 3], puisque ce jugement a fait longuement état des opinions d'expert émises par le professeur Kernaghan, et analysé le règlement sur la Fonction publique des diverses provinces du Canada, de la Grande-Bretagne, dont un rapport publié à ce propos dans ce pays, et des États-Unis, notamment le *Hatch Act* [*An Act to prevent pernicious political activities*, 53 Stat. 1147].

Puisque selon la jurisprudence qui se dessine à la Cour suprême, toute invocation de l'article 1 de la Charte requiert la preuve de ce qui peut se justifier dans une société libre et démocratique, et que le juge de première instance ne saurait s'appuyer sur ses propres convictions pour rendre jugement, on ne saurait reprocher à la défenderesse d'avoir entrepris, comme en l'espèce, des recherches exhaustives sur ce qui se fait effectivement dans d'autres sociétés libres et démocratiques, et d'avoir, à cette fin, produit un nombre important de documents. Les demandeurs se voient donc dans l'obligation de se livrer à d'importantes recherches pour préparer le contre-interrogatoire de tout témoin, expert ou non, cité pour déposer à ce sujet. Dans la mesure où la défenderesse peut utiliser encore les mêmes éléments de preuve dans des actions intentées devant d'autres instances, et ne devrait pas être remboursée pour le recueil et l'utilisation de ces éléments de preuve plus d'une fois, il ne s'agit pas là d'un point litigieux puisque la taxation porte sur les frais des demandeurs et non sur ceux de la défenderesse.

Plaintiffs submitted a time docket sheet indicating the client as "Professional Institute of the Public Service re: Osborne, Brian" and a second time docket sheet for the same client re: William James Millar. An accompanying affidavit indicates total time docketed in both cases as: John Nelligan 70.6 hours, Dougald Brown 179.7 hours, and students 54.4 hours. The claim for students' time was deleted at the hearing as jurisprudence has indicated that this is not allowed. The next paragraph in the affidavit states that the time docketed in both cases for preparation for trial including research for the joint section 1 brief, preparation of agreed statement of facts and exhibit books, preparation of witnesses, legal research and preparation of briefs excluding telephone conferences with clients is: John Nelligan 20.4 hours, Dougald Brown 98.7 hours. The time docketed for attendance at trial and preparation during the course of the trial is: John Nelligan 44.5 hours, Dougald Brown 36 hours. While these times do not reconcile when the latter two are added with the total in the first set of time figures, the difference may well be because of the deletion of the time involved in telephone conferences with clients. The defendant does not dispute the accuracy of the figures and, in answer to a question by the Court, Mr. Brown, who argued the motion, stated that Mr. Nelligan's customary time charges are \$200 and Mr. Brown's time charges are \$100. It must be noted that what may be appropriate in solicitor and client taxation is not necessarily so in taxation of party and party costs. The plaintiffs' counsel also stated that the actions are under appeal but that it was desirable to seek directions for taxation of costs at trial at this time in any event. He undertook however not to seek application of any special direction as to costs in the event that the appeal on the Charter attack on section 32 of the *Public Service Employment Act* does not succeed at final judgment, since he concedes that all the additional time involved was in connection with this issue, so that if his clients are not successful in it then costs taxed in accordance with the Tariff on the relatively minor issue of the rights of his clients to attend a leadership convention as a delegate will be satisfactory.

Les demandeurs ont soumis un relevé d'heures pour le client [TRADUCTION] «Institut professionnel de la Fonction publique, objet: Osborne, Brian», et un deuxième relevé pour le même client, objet: William James Millar. L'affidavit joint indique le total des heures dans les deux affaires comme suit: John Nelligan 70,6 heures, Dougald Brown 179,7 heures, stagiaires 54,4 heures. La réclamation quant aux heures consacrées au dossier par les stagiaires a été rayée à l'audience, comme allant à l'encontre de la jurisprudence en la matière. Le paragraphe suivant de l'affidavit donne le décompte des heures dans les deux affaires pour la préparation du dossier, notamment les recherches destinées à l'exposé conjoint sur l'article 1, la préparation de l'exposé conjoint des faits et du cahier des pièces, les communications avec les témoins, la recherche juridique et la préparation des mémoires, à l'exclusion des conférences téléphoniques avec les clients: John Nelligan 20,4 heures, Dougald Brown 98,7 heures. Le décompte des heures pour la participation au procès et pour la préparation en cours du procès est le suivant: John Nelligan 44,5 heures, Dougald Brown, 36 heures. Ces temps ne s'accordent pas lorsqu'on additionne les deux séries, mais la différence tient peut-être à l'exclusion des heures consacrées aux conférences téléphoniques avec des clients. La défenderesse ne conteste pas l'exactitude de ces chiffres et, en réponse à une question posée par la Cour, M. Brown, qui a soutenu la requête, a répondu que les honoraires habituels de M. Nelligan étaient de 200 \$ l'heure et les siens, de 100 \$. Il faut souligner que ce qui convient à la taxation entre procureur et client ne vaut pas nécessairement pour la taxation des frais entre parties. L'avocat des demandeurs a également déclaré que les actions dont il s'agit faisaient l'objet d'un appel, mais qu'il était souhaitable d'obtenir des directives quant aux frais en cet état de la cause. Il s'est engagé toutefois à ne pas demander l'application d'une directive spéciale quant aux frais dans le cas où l'appel relatif à la contestation, fondée sur la Charte, de l'article 32 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne serait pas accueilli en dernier ressort, ayant reconnu que le surcroît de temps était requis par la question en litige, ce qui fait que si ses clients n'obtiennent pas gain de cause en appel, ils se contenteraient des frais taxés selon le tarif pour ce qui est de la question relativement mineure de leur droit de participer à un congrès à la direction en tant que délégués.

In seeking a special direction as to costs the plaintiffs have to overcome the obstacle of the *Smerchanski* [*Smerchanski v. Minister of National Revenue*] case, [1979] 1 F.C. 801 (C.A.), in which former Chief Justice Jaccett stated categorically at page 806:

I have difficulty in accepting volume of work in preparation considered alone, or in conjunction with such factors as the difficulty or importance of the case, as constituting a basis for exercising the judicial discretion to increase Tariff B costs items.

This judgment was followed in the Court of Appeal in the case of *MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd. v. Consolboard Inc.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 342, and in the case of *Warwick Shipping Limited v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 998 (C.A.). This latter case also considered the *Manitoba Fisheries [R. v. Manitoba Fisheries Ltd.]* case, [1980] 2 F.C. 217, in which the Court of Appeal had held that since it was a test case this justified an increase of the Tariff items, bearing in mind that although the fact that it was a test case increased the cost, this would however result in the settlement of a number of other actions based on the same matter. At page 1007 of the *Warwick Shipping* case, Chief Justice Thurlow states:

On the other hand, while the delivery of the ship to ship-breakers shortly after the grounding and before the issues were raised and the loss of ship's documents were not matters relating to the conduct of the proceedings, of the kind which Jacket C.J. appears to have had in mind when dealing with the *Smerchanski* case, they are facts which increased the costs of defending the action brought by the appellant and for which the appellant was responsible. As such they were, in my view, matters which the learned Trial Judge could properly treat as a basis for increasing the amounts prescribed by Tariff B.

At page 1008 he states:

Turning first to the allowance for discovery, as Tariff item (1)(b) provides for a *per diem* amount it compensates by that feature for a long hearing. Moreover, it is only for days of hearing that an allowance may be made. On the other hand, a hearing may be and often is materially shortened by undertakings given by counsel to provide answers which the person giving discovery is unable to give immediately at the hearing. That is a practice which, in my view, saves costs and should not be discouraged. If by following it the number of days of hearings is shortened it is due to the work which counsel on giving the undertaking must do in order to provide the answers. That I think makes the time spent in the hearing itself of more value to the parties and when the case is one in which increased costs are warranted it would I think justify an increase in the daily amount allowable.

Pour obtenir une directive spéciale quant aux frais, les demandeurs doivent surmonter l'obstacle que représente la décision *Smerchanski* [*Smerchanski c. Le ministre du Revenu national*], [1979] 1 C.F. 801 (C.A.), dans laquelle l'ancien juge en chef Jaccett s'est prononcé en ces termes catégoriques à la page 806:

J'hésite à admettre que le travail de préparation à lui seul, ou doublé d'autres facteurs comme la difficulté ou l'importance d'une affaire, justifie l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'augmenter le montant des frais prévus au tarif B.

Ce jugement a été suivi par la Cour d'appel dans *MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd. c. Consolboard Inc.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 342, et dans *Warwick Shipping Limited c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 998 (C.A.). Ce dernier arrêt a fait état de l'arrêt *Manitoba Fisheries [R. c. Manitoba Fisheries Ltd.]*, [1980] 2 C.F. 217, où la Cour d'appel avait statué que puisqu'il s'agissait d'une cause-précédent, une majoration des frais taxés selon le tarif était justifiée, tout en reconnaissant que cette majoration imputable à la cause-précédent entraînerait le règlement de certaines autres actions fondées sur la même question. À la page 1007 de l'arrêt *Warwick Shipping*, le juge en chef Thurlow s'est prononcé en ces termes:

Par ailleurs, si l'envoi du navire à la casse peu après l'échouement et avant que la contestation ne soit liée, de même que la perte des papiers de bord, ne sont pas des facteurs relatifs au déroulement de l'instance, au sens qu'envisage apparemment le juge en chef Jaccett dans l'affaire *Smerchanski*, ce sont néanmoins des événements qui ont accru le coût de la défense à l'action que l'appelante a engagée et dont l'appelante est responsable. À mon avis donc, le premier juge pouvait à bon droit y voir une raison d'augmenter les montants prévus au Tarif B.

Et à la page 1008:

Traisons d'abord de l'interrogatoire préalable; comme le poste (1)(b) du Tarif prévoit un montant journalier, il permet une compensation par le fait même en cas d'audience prolongée, pour les jours d'audition seulement. Par ailleurs, une audition peut souvent être écourtée par les engagements que prennent les avocats de fournir les réponses que l'interrogé est incapable de donner immédiatement. Cette pratique économise des frais à mon avis et doit être encouragée. Si le nombre de jours d'audition en est diminué, c'est grâce à l'avocat qui s'est engagé à fournir ces réponses et à son travail. Cette manière de procéder accroît, je pense, la valeur du temps d'audition pour les parties, aussi, dans les cas où il y a lieu d'augmenter les montants, elle justifierait, à mon avis, la hausse du montant journalier.

Accordingly the Court allowed \$200 per day for each of the ten hearing days of the discovery in place of the \$100 allowed by the Tariff.

On the same page of the judgment he states:

Having regard to the reasons for which, in my view, a direction for increased costs is warranted, I do not think the increase in the allowance for preparation for trial from \$350 to \$3,000 authorized by the learned Trial Judge is in the circumstances excessive and I would affirm it.

However the judgment does state that the allowance for services of solicitors and counsel under Tariff B is intended to cover by a single amount on a *per diem* basis an allowance for any number of solicitors or counsel engaged by a party since the importance and complexities of the case do not justify the presence of a junior as well as a senior counsel throughout the trial nor an increase in the prescribed *per diem* rate.

This latter statement has the effect of overruling what was said by Deputy Justice Smith at trial in the earlier *Manitoba Fisheries [Manitoba Fisheries Ltd. v. R., [1980] 1 F.C. 36]* case that the importance of the case before him justified the collaboration by more than one counsel for the seven companies other than the plaintiff which would be involved in the outcome.

This statement by Chief Justice Thurlow also prevails over the statement by Justice Cattanach in *Spur Oil Limited v. The Queen, [1983] 1 F.C. 244 (T.D.)*, in which at page 250 he found that section 3 of Tariff B does not exclude fees to be paid to junior counsel when their presence can be justified. While it was not perhaps a test case Justice Cattanach states at page 251:

There were three other appeals pending, the results of which were dependant on the outcome of the present matter.

In the *Manitoba Fisheries* case there was a dissenting judgment by Justice Pratte in the Appeal decision but the majority judgment rendered by Justice Heald, [1980] 2 F.C. 217, at page 222, states:

The practice adopted by counsel in this case and in the other seven actions affected by the decision of the Supreme Court of Canada in this case is one which, in my view, needs to be encouraged, rather than discouraged. Rather than proceeding with eight parallel actions at an equal pace, with the result that

Par conséquent, la Cour a accordé 200 \$ pour chacun des dix jours que durait l'interrogatoire préalable, au lieu des 100 \$ que prévoit le tarif.

À la même page du jugement, il a tiré cette conclusion:

Compte tenu des raisons qui justifient, selon moi, une hausse des frais, je ne pense pas que l'augmentation des montants accordés au titre des frais de préparation de l'audition, de 350 \$ à 3 000 \$, autorisée par le premier juge soit excessive dans le cas d'espèce; je la confirmerais donc.

Cet arrêt rappelle cependant que, aux termes du tarif B, les frais alloués pour services d'avocat ont pour but de réunir, en un montant unique, calculé sur une base quotidienne, les frais accordés pour tous les avocats dont les services ont été retenus par une partie, puisque l'importance de l'affaire et sa complexité ne justifient pas la présence d'un avocat en second aux côtés de l'avocat responsable du dossier, pendant toute l'instruction, ni une hausse du taux journalier prévu.

Cette conclusion a pour effet d'infirmer celle tirée en première instance par le juge suppléant Smith dans la même affaire *Manitoba Fisheries [Manitoba Fisheries Ltd. c. R., [1980] 1 C.F. 36]*, savoir que l'importance de l'affaire dont il était saisi justifiait la collaboration de plusieurs avocats pour les sept sociétés intéressées, autres que la demanderesse.

Cette conclusion du juge en chef Thurlow infirme également celle du juge Cattanach qui, à la page 250 de *Spur Oil Limited c. La Reine, [1983] 1 C.F. 244 (1<sup>re</sup> inst.)*, a conclu que l'article 3 du tarif B n'excluait pas des frais pour un avocat en second lorsque sa présence pouvait se justifier. Même s'il ne s'agissait pas d'une cause-précédent, le juge Cattanach a fait cette remarque à la page 251:

L'issue de trois autres appels en cours à l'époque dépendait du sort de l'espèce.

Dans l'arrêt *Manitoba Fisheries*, le juge Pratte a rendu un jugement dissident, mais le jugement majoritaire rendu par le juge Heald, [1980] 2 C.F. 217, porte ce qui suit, à la page 222:

La ligne de conduite adoptée par les avocats en l'espèce et dans les sept autres actions touchées par la décision de la Cour suprême du Canada en l'espèce en est une qui selon moi doit être encouragée plutôt que découragée. Au lieu de poursuivre huit actions parallèles au même rythme, avec le résultat que des



much larger costs would have been incurred, the plaintiffs and their counsel chose rather to proceed with one case, for a final determination of the very important legal principle established in this action by the Supreme Court of Canada.

They should not, in my view, be penalized for adopting such a course. To hold them strictly to the items in the Tariff would penalize them severely. For these reasons I would dismiss the appeal with costs.

The *Warwick Shipping* judgment (*supra*) appears to be the latest consideration of the matter by the Court of Appeal and it would appear that, without reversing the *Smerchanski* decision, there is now a tendency to be more generous in making special directions as to costs rather than rigidly adhering to the hopelessly outdated and inadequate Tariff whenever the discoveries or days of hearing are shortened by the cooperation of the parties in the preparation of same and at the trial. That appears to be the situation in the present case. While it is not strictly speaking a test case to the same extent as the *Manitoba Fisheries* case but rather merely an important and difficult case which by virtue of the *Smerchanski* judgment would not justify departure from the Tariff, it certainly clearly resembles a test case in that it is the first such case on the issue. While it is true that there are no other actions at present before this Court which would be disposed of as a result of the decision in this case and as a result it differs from the *Manitoba Fisheries* case, plaintiffs nevertheless point out that in proceedings before the Public Service Staff Relations Board, file 166-2-14941 Jacob W. Rempel, grievor and Treasury Board, employer, in a decision dated October 31, 1985 dealing with the validity of section 32 of the *Public Service Employment Act* in view of the Charter of Rights, the presiding Board member stated that he was advised that it was expected that this issue would come before the Federal Court on three cases and that the argument would be the same. As a result the hearing was adjourned until judgment was rendered by the Federal Court. This has now been done. It can therefore fairly be said that pending cases in another jurisdiction were not proceeded with while awaiting the outcome of the present actions, making them therefore equivalent to test cases.

It is of interest to note that the *Proposed Amendments to General Rules and Orders* of this Court number 11 published in the Canada Gazette

frais beaucoup plus élevés auraient été engagés, les demandeurs et leurs avocats ont plutôt choisi de poursuivre une seule affaire, pour qu'il soit statué de façon définitive sur le principe juridique très important établi en l'espèce par la Cour suprême du Canada.

<sup>a</sup> Je suis d'avis qu'ils ne devraient pas être pénalisés pour avoir adopté une telle ligne de conduite. Ce serait les pénaliser sérieusement que de limiter leur[s] frais aux postes prévus au tarif. Par ces motifs, je rejeterais l'appel avec dépens.

<sup>b</sup> Il appert que *Warwick Shipping* (précité) est le dernier arrêt de la Cour d'appel en la matière, et que, sans réformer la décision *Smerchanski*, la Cour a maintenant tendance à se montrer plus généreuse dans ses directives spéciales quant aux frais plutôt que d'adhérer strictement au tarif qui <sup>c</sup> s'est révélé complètement suranné et insuffisant chaque fois que la coopération des parties a permis d'écourter l'interrogatoire préalable et le procès lui-même. Telle est la situation en l'espèce. Bien que l'espèce ne soit pas, à proprement parler, une <sup>d</sup> cause-précédent de l'importance de l'affaire *Manitoba Fisheries*, mais seulement une affaire importante et difficile qui, vu le jugement *Smerchanski*, ne justifierait pas une dérogation au tarif, elle <sup>e</sup> s'assimile bien à une cause-précédent en ce sens qu'elle est la première du genre à porter sur la question. S'il est vrai que la Cour n'est actuellement saisie d'aucune autre action dont l'issue dépendrait de la décision en l'espèce, et que, par <sup>f</sup> conséquent, celle-ci diffère de l'affaire *Manitoba Fisheries*, les demandeurs font valoir que, dans l'action intentée devant la Commission des relations de travail dans la Fonction publique, dossier 166-2-14941 où Jacob W. Rempel est le plaignant, et le Conseil du Trésor, l'employeur, l'autre partie, et qui portait sur la validité de l'article 32 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* à la lumière de la Charte des droits, le commissaire qui <sup>g</sup> présidait l'audition a déclaré le 31 octobre 1985 que cette question devait être déférée à la Cour <sup>h</sup> fédérale dans trois affaires, et que l'argument en cause était le même. L'audition a donc été ajournée jusqu'à ce que la Cour fédérale ait rendu son jugement. C'est chose faite maintenant. On peut <sup>i</sup> dire à juste titre que des affaires pendantes devant une autre juridiction n'ont pas poursuivi leur cours en attendant l'issue des actions en l'espèce, ce qui fait qu'elles équivalent à des causes-précédents.

<sup>j</sup> Il y a lieu de noter que le *Projet de modifications aux Règles et ordonnances générales* de cette Cour, n° 11, publiée dans la Gazette du Canada

[Part I] of October 4, 1986 [at page 5041] radically change the existing Tariff of costs including much more realistic figures in the light of contemporary conditions. Moreover, they also greatly extend the use of judicial discretion and in particular overcome the *Smerchanski* case by permitting the importance of the issues, volume of the work, and the complexity of the proceedings to be taken into consideration as well as the conduct of the parties that tends to shorten or lengthen the duration of the proceedings. These rules will even to some extent alter the finding of the Court of Appeal in the *Warwick Shipping* case that the allowance for services of solicitors and counsel must cover any number of solicitors and counsel engaged in the action, since they now specifically provide a fee for the principal counsel conducting the trial, and as a matter of discretion for special reasons another fee for participation by junior counsel in the amounts of \$300 and \$100 respectively per one half day in Court. Proposed Rule 346A (Can. Gaz., Part I, No. 11) provides that except for costs that have already been fixed or a taxation of costs has been applied for before the date when the new rules come into effect, costs shall be governed by the new rules unless within 90 days of the coming into effect a party to the proceeding commenced before that date files with the Court a notice that costs should be determined in accordance with the previous rules. Since section 46 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] provides for a delay of 60 days after publication of the proposed amendments before any application can be made for an Order in Council adopting them, they are clearly not in effect at this time, and moreover no notice of taxation has formally been applied for, but merely a notice to give directions to the taxing officer.

While the new rules as such cannot therefore be applied they are representative of current judicial thinking in the matter by the Judges of this Court including the Judges of the Court of Appeal. They can perhaps therefore be considered as an indication of what is now deemed to be fair and reasonable which it is generally admitted the former rules no longer are.

[Partie I] du 4 octobre 1986 [à la page 5041], modifie radicalement le tarif existant des frais pour y inclure des chiffres plus réalistes, plus conformes aux réalités de nos jours. De plus, il étend considérablement le pouvoir discrétionnaire du juge et aplanit l'obstacle que représente la décision *Smerchanski* en autorisant la considération de l'importance des questions en litige, de la charge de travail et de la complexité des procédures, ainsi que de la conduite des parties qui tend à écourter ou à prolonger la durée du procès. Ces règles vont même modifier, dans une certaine mesure, la conclusion de l'arrêt *Warwick Shipping* que les frais alloués pour services d'avocat doivent réunir les frais de tous les avocats engagés dans l'action, puisqu'elles prévoient expressément des frais pour l'avocat principal qui comparait au procès et, sous réserve de l'appréciation discrétionnaire du juge pour des raisons spéciales, des frais pour la participation de l'avocat en second, soit 300 \$ et 100 \$ respectivement pour chaque demi-journée d'audition. Le projet de Règle 346A (Gaz. du Can., Partie I, n° 11) prévoit que, sauf lorsque les dépens ont été déjà fixés ou lorsqu'une demande de taxation des dépens a été soumise avant la date de promulgation et d'entrée en vigueur des nouvelles règles, les dépens seront régis par celles-ci, à moins que dans les 90 jours suivant leur entrée en vigueur, une partie à une instance engagée avant cette date dépose devant la Cour un avis portant que les dépens seront déterminés conformément aux règles antérieures. Puisque l'article 46 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.) chap. 10] prévoit un délai de 60 jours après la publication du projet de modification avant qu'on ne puisse demander un décret pour les adopter, ce projet n'est manifestement pas en vigueur. De plus, aucun avis de taxation n'a été formellement demandé; il y a eu simplement une demande de directives pour l'officier taxateur.

Bien que les nouvelles règles ne soient pas applicables, elles traduisent l'orientation des juges de cette Cour, notamment les juges de la Cour d'appel, en la matière. Donc, on pourrait les considérer comme représentant ce qui est juste et raisonnable, ce qui, de l'avis général, n'est plus le cas des anciennes règles.

The present motion seeks directions to the taxing officer to increase the amounts allowable under paragraphs 2(1)(d) and 2(1)(e) of Tariff B. Relying on Tariff A paragraph 1(4)(a), I would direct that the present proceedings be considered as a Class III action. The taxing officer shall analyse the time sheets of plaintiffs' attorneys deleting any charges for law students and considering time charges of Messrs. Nelligan and Brown only in preparation for trial and eliminate any duplication of these charges which are attributable to both the *Osborne* and *Millar* cases. Converting the total time to days at a suggested rate of 6 hours per day and applying the rate of \$350 in Tariff paragraph 2(1)(d) (which is however a single sum and not a *per diem* amount) to the number of days involved will lead to an amount which I would allow as preparation for trial. (See in this connection *Warwick Shipping* (*supra*) where the Court found that an increase in allowance for preparation for trial from \$350 to \$3,000 was reasonable in the circumstances.)

With respect to the amounts allowed in Tariff paragraph 2(1)(e) which allows \$400 per day plus \$200 for every day after the first, I will now allow amounts similar to those allowed in the proposed new Tariff although same is not yet in effect, that is \$300 for each half day for Mr. Nelligan and \$100 for each half day for Mr. Brown. While these amounts are considerably less than the time charges of Messrs. Nelligan and Brown which may be proper in a solicitor and client taxation, the principle that taxed costs are not intended to cover all the cost of an action must be adhered to. The special circumstances of this case and the fact that it was considerably shortened by the cooperation of all parties including plaintiffs in not requiring defendant to call witnesses to introduce evidence from other jurisdictions in connection with the section 1 Charter argument, which would have greatly lengthened the trial must be taken into consideration however to justify a reasonable increase in the amounts permissible under the existing Tariff. The taxing officer can conduct his taxation in accordance with these directions.

En l'espèce, la requête demande à la Cour de donner à l'officier taxateur l'ordre de majorer les sommes prévues aux alinéas 2(1)d) et 2(1)e) du tarif B. Vu l'alinéa 1(4)a) du tarif A, j'ordonne que les procédures en l'espèce seront assimilées à une action de la classe III. L'officier taxateur analysera les relevés d'heures des avocats des demandeurs, en supprimant les honoraires demandés pour les stagiaires, en examinant les frais horaires de MM. Nelligan et Brown uniquement au titre de la préparation du procès, et en éliminant tous les frais qui font double emploi avec les affaires *Osborne* et *Millar*. La conversion du total des heures en journées de travail à raison de 6 heures par jour et l'application du taux de 350 \$ prévu à l'alinéa 2(1)d) du tarif (qui est cependant un montant unique et non un montant *per diem*) au nombre de journées nécessaires donneront la somme que j'accorde au titre de la préparation du procès. (Voir à cet égard *Warwick Shipping* (précitée) où la Cour a conclu qu'une hausse des montants accordés au titre des frais de préparation de l'audition, de 350 \$ à 3 000 \$, était raisonnable dans les circonstances.)

Pour ce qui est des montants prévus à l'alinéa 2(1)e), soit 400 \$ pour la première journée et 200 \$ par journée supplémentaire, j'accorderai des montants semblables à ceux prévus dans le projet de nouveau tarif bien qu'il ne soit pas encore en vigueur, c'est-à-dire 300 \$ la demi-journée pour M. Nelligan et 100 \$ la demi-journée pour M. Brown. Bien que ces montants soient bien inférieurs à ceux demandés par MM. Nelligan et Brown, qui sont peut-être appropriés dans une taxation entre procureur et client, il faut adhérer au principe que les frais taxés ne visent pas à couvrir tous les frais de l'action. Il faut tenir compte des circonstances spéciales de l'espèce et du fait qu'elle a été considérablement écourtée grâce à la coopération de toutes les parties, dont les demandeurs, qui n'ont pas exigé de la défendresse qu'elle cite des témoins pour produire des éléments de preuve provenant d'autres instances et se rapportant au moyen fondé sur l'article 1 de la Charte, ce qui aurait considérablement prolongé le procès, ce qui justifie une hausse raisonnable des sommes pouvant être accordées selon le tarif en vigueur. L'officier taxateur peut procéder à la taxation conformément à ces directives.