

A-160-10
2012 FCA 45

A-160-10
2012 CAF 45

Bernard Vincent Campbell, Sharle Edward Widenmaier, Lenard Roy Link, and William A. Heidt
(*Appellants*)

Bernard Vincent Campbell, Sharle Edward Widenmaier, Lenard Roy Link et William A. Heidt
(*appelants*)

v.

c.

The Attorney General of Canada and the Minister of National Defence (*Respondents*)

Le procureur général du Canada et le ministre de la Défense nationale (*intimés*)

INDEXED AS: CAMPBELL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : CAMPBELL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Pelletier, Evans and Layden-Stevenson J.J.A.—Regina, November 14, 2011; Ottawa, February 9, 2012.

Cour d’appel fédérale, juges Pelletier, Evans et Layden-Stevenson, J.C.A.—Regina, 14 novembre 2011; Ottawa, 9 février 2012.

Practice — Costs — Appeal from Federal Court order finding respondents entitled to costs up to but not including motion for certification — Appellants filing amended statement of claim, certification motion alleging injury sustained in Canadian Forces — Appellants later obtaining leave to discontinue action before certification — Respondents seeking costs for all steps taken in action — Federal Court acknowledging Federal Courts Rules, r. 334.39(1), “no costs” regime but choosing not to depart from Rules, r. 402, awarding costs — Whether r. 334.39(1) applying when action discontinued prior to certification — Federal Court erring in law — Appellants immune from costs as of date certification motion filed — Correct interpretation of r. 334.39(1) focusing on words “any party to” — “No costs” rule applying as soon as parties to action made parties to certification motion — Such interpretation reducing scope for costs orders to minimum — However, “no costs” rule under r. 334.39(1) not sheltering party’s improper or abusive behaviour — Appeal allowed.

Pratique — Frais et dépens — Appel d’une ordonnance de la Cour fédérale concluant que les intimés avaient droit aux dépens jusqu’à la requête en autorisation exclusivement — Les appelants ont déposé une déclaration modifiée, et une requête en autorisation, alléguant qu’ils avaient subi des lésions alors qu’ils étaient dans les Forces canadiennes — Par la suite, les appelants ont été autorisés à se désister avant la requête en autorisation — Les intimés ont cherché à se faire adjuger les dépens relatifs à toutes les mesures prises au cours de l’instance — La Cour fédérale a reconnu que l’art. 334.39(1) des Règles des Cours fédérales établit un régime « sans dépens », mais a décidé de ne pas déroger à l’art. 402 des Règles, et a adjugé les dépens — Il s’agissait de savoir si l’art. 334.39(1) s’appliquait, étant donné que les appelants s’étaient désistés avant d’avoir obtenu l’autorisation — La Cour fédérale a commis une erreur de droit — Les appelants étaient exemptés des dépens à la date du dépôt de la requête en autorisation — L’interprétation correcte de l’art. 334.39(1) insiste sur l’emploi des termes « une partie à » — La règle « sans dépens » s’applique dès que les parties à l’action deviennent des parties à la requête en autorisation — Une telle interprétation réduit au maximum la possibilité que des ordonnances relatives aux dépens soient rendues — Cependant, la règle « sans dépens », aux termes de l’art. 334.39(1), ne couvre pas les comportements inappropriés ou excessifs d’une partie — Appel accueilli.

This was an appeal from a Federal Court order finding that the respondents were entitled to their costs up to but not including the motion for certification.

Il s’agissait d’un appel d’une ordonnance de la Cour fédérale concluant que les intimés avaient droit aux dépens jusqu’à la requête en autorisation exclusivement.

The appellants filed a statement of claim, which was later amended, and a certification motion alleging that they suffered injury as a result of exposure to chemical and biological

Les appelants ont déposé une déclaration, qui a ultérieurement été modifiée, et une requête en autorisation, alléguant qu’ils ont subi des lésions par suite d’une exposition à des

warfare compounds while members of the Canadian Forces. The respondents filed a motion to strike out the amended statement of claim, which was heard before the appellants' motion for certification. The appellants later obtained leave to discontinue their action, having commenced a proposed class action in the Court of Queen's Bench for Saskatchewan. The respondents brought a motion seeking their costs for all steps taken in the action, arguing that since the action had never been certified as a class proceeding, the normal rule as to costs applied. The Federal Court found, *inter alia*, that subsection 334.39(1) of the *Federal Courts Rules* precludes an award of costs in relation to a motion for certification, and that the exceptions set out thereunder could not be used to award costs with respect to proceedings other than those described. The Federal Court, acknowledging that the Rules incorporate a "no costs" regime in relation to class proceedings, found that a departure from rule 402 of the Rules, which provides that a party against whom an action is discontinued is, unless otherwise ordered, entitled to costs, was not warranted.

At issue was whether subsection 334.39(1) applies when the action prior to certification is discontinued.

Held, the appeal should be allowed.

The Federal Court erred in law in awarding costs as it did. The appellants were immune from costs, subject to the exceptions under paragraphs 334.39(1)(a), (b) and (c), as of the date the certification motion was filed.

The intention behind the "no costs" rule was that no costs would be awarded prior to the determination of the common questions. The "no costs" rule must apply early enough in the process to give substantial protection to the representative plaintiffs but not so early as to shelter plaintiffs whose actions never proceed to certification. There are at least two possible interpretations of subsection 334.39(1). The first is that no costs can be awarded with respect to a motion for certification, a class proceeding or an appeal from a class proceeding. According to this interpretation, immunity from costs attaches to the proceedings designated in subsection 334.39(1). The "no costs" rule is given too narrow a scope under this interpretation. A second interpretation of subsection 334.39(1) focuses on the words "any party to" so that costs are not to be awarded against a person who is a party to any of the designated proceedings. In the present case, this interpretation would preclude an order for costs for any steps taken after the date the appellants served and filed their motion for

agents de guerre chimiques et biologiques, alors qu'ils étaient membres des Forces armées canadiennes. Les intimés ont déposé une requête en radiation de la déclaration modifiée des appelants, qui a été entendue avant la requête en autorisation des appelants. Par la suite, les appelants ont obtenu l'autorisation de se désister, ayant introduit une demande de recours collectif devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan. Les intimés ont présenté une requête en vue de se voir adjuger les dépens relatifs à toutes les mesures prises au cours de l'instance, soutenant qu'étant donné que l'action n'avait jamais été autorisée comme recours collectif, la règle habituelle relative aux dépens s'appliquait. La Cour fédérale a conclu, notamment, que le paragraphe 334.39(1) des *Règles des Cours fédérales* exclut une adjudication des dépens en rapport avec une requête en autorisation, et que les exceptions qui y sont énoncées ne pouvaient pas être invoquées pour justifier l'adjudication des dépens à l'égard d'autres procédures. La Cour fédérale, reconnaissant que les Règles établissent un régime « sans dépens » relativement aux recours collectifs, a conclu que rien ne justifiait la non-application de la règle 402 des Règles, qui prévoit qu'une partie contre laquelle l'action faisant l'objet d'un désistement a été engagée a droit, sauf ordonnance contraire de la Cour, aux dépens.

Il s'agissait de savoir si le paragraphe 334.39(1) s'appliquait, étant donné que les appelants s'étaient désistés avant d'avoir obtenu l'autorisation.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a commis une erreur de droit en adjugeant les dépens comme elle l'a fait. Les appelants étaient exemptés des dépens, sous réserve des exceptions prévues aux alinéas 334.39(1)a), b) et c), à la date de dépôt de la requête en autorisation.

L'intention, en ce qui concerne la règle « sans dépens », était qu'aucuns dépens ne soient adjugés avant que les questions collectives soient tranchées. La règle « sans dépens » doit s'appliquer suffisamment tôt dans le processus pour offrir une protection substantielle aux représentants des demandeurs, mais pas au point de protéger les demandeurs dans les cas où l'étape de l'autorisation n'est jamais franchie. Au moins deux interprétations du paragraphe 334.39(1) sont possibles. Selon la première, aucuns dépens ne peuvent être adjugés relativement à une requête en autorisation, à un recours collectif ou à un appel découlant d'un recours collectif. Selon cette interprétation, l'exemption des dépens est liée à la procédure désignée dans le paragraphe 334.39(1). Cette interprétation donne une portée trop étroite à la règle « sans dépens ». La seconde interprétation du paragraphe 334.39(1) des Règles insiste sur l'emploi des termes « une partie » pour dire que les dépens ne peuvent être adjugés contre une personne qui est partie à l'une des procédures désignées. En

certification. The construction of subsection 334.39(1) that gives the fullest effect to its intent is to have the “no costs” rule apply as soon as the parties to the action are made parties to the certification motion. While this still leaves room for the possibility of an award of costs in relation to a step undertaken after the issuance of the statement of claim but prior to the filing of the certification motion, the scope for costs orders is reduced to a minimum. To the extent that an expansive interpretation of the “no costs” rule has the potential to shelter a party’s improper or abusive behaviour, paragraphs 334.39(1)(a), (b) and (c) give the option of imposing costs where the conduct of a party justifies such an award.

The order was set aside and the matter returned to the Federal Court for a decision as to whether, in light of paragraph 334.39(1)(a), (b) or (c), an award of costs should be made.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 37.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 334.39 (as enacted by SOR/2007-301, s. 7), 402.
The Class Actions Act, S.S. 2001, c. C-12.01, s. 40.

CASES CITED

CONSIDERED:

The Consumers’ Association of Canada v. Coca-Cola Bottling Company et al., 2007 BCCA 356, 72 B.C.L.R. (4th) 243; *Killough v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 5877 (B.C.S.C.); *Edmonds v. Actton Super-Save Gas Stations Ltd.*, 1996 CanLII 4102, 5 C.P.C. (4th) 105 (B.C.S.C.); *Pearson v. Canada*, 2008 FC 1367; *Always Travel Inc. v. Air Canada*, 2004 FC 675, 49 C.B.R. (4th) 1; *McKinnon v. Red Lily Wind Power Limited*, 2011 SKQB 313 (CanLII), 382 Sask. R. 102, 23 C.P.C. (7th) 96.

REFERRED TO:

Schmeiser v. Monsanto Canada Inc., 2002 FCA 449, 22 C.P.R. (4th) 455; *Secure Networx Corp. v. KPMG*, 2003 BCCA 227, 180 B.C.L.R. (4th) 317; *Samos Investments Inc. v. Pattison*, 2002 BCCA 442, 216 D.L.R. (4th) 646, 5

l’espèce, cette interprétation rendrait impossible une ordonnance relative aux dépens concernant toute mesure prise après la date à laquelle les appelants ont signifié et déposé leur requête en autorisation. L’interprétation du paragraphe 334.39(1) des Règles permettant de donner pleinement effet à son intention consiste à faire en sorte que la règle « sans dépens » s’applique dès que les parties à l’action deviennent des parties à la requête en autorisation. Bien qu’il reste quand même possible que des dépens soient adjugés relativement à une mesure prise après la production de la déclaration, mais avant le dépôt de la requête en autorisation, on réduit ainsi au maximum la possibilité que des ordonnances relatives aux dépens soient rendues. Dans la mesure où une interprétation large de la règle « sans dépens » risque de favoriser les comportements inappropriés ou excessifs d’une partie, il importe de rappeler que les alinéas 334.39(1)a), b) et c) des Règles donnent à la Cour la possibilité d’adjuger des dépens contre une partie lorsque le comportement de cette dernière le justifie.

L’ordonnance a été annulée, et l’affaire a été renvoyée à la Cour fédérale afin qu’elle établisse si, à la lumière des alinéas 334.39(1)a), b) ou c), des dépens doivent être adjugés.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 37.
Loi sur les recours collectifs, L.S. 2001, ch. C-12.01, art. 40.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 334.39 (éditée par DORS/2007-301, art. 7), 402.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

The Consumers’ Association of Canada v. Coca-Cola Bottling Company et al., 2007 BCCA 356, 72 B.C.L.R. (4th) 243; *Killough v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 5877 (C. supr. C.-B.); *Edmonds v. Actton Super-Save Gas Stations Ltd.*, 1996 CanLII 4102, 5 C.P.C. (4th) 105 (C. supr. C.-B.); *Pearson v. Canada*, 2008 FC 1367; *Always Travel Inc. c. Air Canada*, 2004 CF 675; *McKinnon v. Red Lily Wind Power Limited*, 2011 SKQB 313 (CanLII), 382 Sask. R. 102, 23 C.P.C. (7th) 96.

DÉCISIONS CITÉES :

Schmeiser c. Monsanto Canada Inc., 2002 CAF 449; *Secure Networx Corp. v. KPMG*, 2003 BCCA 227, 180 B.C.L.R. (4th) 317; *Samos Investments Inc. v. Pattison*, 2002 BCCA 442, 216 D.L.R. (4th) 646, 5 B.C.L.R. (4th)

B.C.L.R. (4th) 21, 23 C.P.C. (5th) 48; *Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd. v. Englund*, 2007 SKCA 62 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 94, [2007] 9 W.W.R. 434, 299 Sask. R. 298.

21, 23 C.P.C. (5th) 48; *Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd. v. Englund*, 2007 SKCA 62 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 94, [2007] 9 W.W.R. 434, 299 Sask. R. 298.

AUTHORS CITED

Federal Court of Canada Rules Committee. *Class Proceedings in the Federal Court of Canada: A Discussion Paper*. Ottawa: June 9, 2000.

Regulatory Impact Analysis Statement, *C. Gaz.* 2001.I.4400.

APPEAL from a Federal Court order (2010 FC 279, 95 C.P.C. (6th) 199) finding that the respondents were entitled to their costs, up to but not including the motion for certification. Appeal allowed.

APPEARANCES

E. F. Anthony Merchant, Q.C. for appellants.
Catherine A. Coughlan for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Merchant Law Group LLP, Regina, for appellants.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: The issue in this appeal is the scope of subsection 334.39(1) [as enacted by SOR/2007-301, s. 7] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (the Rules), which confers a certain immunity from costs on parties to class proceedings. Madam Justice Hansen of the Federal Court (the motions Judge or the Judge), in a decision reported as *Campbell v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 279, 95 C.P.C. (6th) 199, decided that the defendants, the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence (collectively Canada), were entitled to their costs, up to but not including the motion for certification. The issue of costs arose because the action was discontinued before the certification motion was heard. The plaintiffs appeal from this order.

DOCTRINE CITÉE

Comité des Règles de la Cour fédérale du Canada. *Le recours collectif en Cour fédérale du Canada : Document de travail*. Ottawa, 9 juin 2000.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Gaz. C.* 2001.I.4400.

APPEL d'une ordonnance de la Cour fédérale (2010 CF 279) concluant que les intimés avaient droit aux dépens jusqu'à la requête en autorisation exclusivement. Appel accueilli.

ONT COMPARU

E. F. Anthony Merchant, c.r. pour les appelants.
Catherine A. Coughlan pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Merchant Law Group LLP, Regina, pour les appelants.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Le présent appel porte sur le champ d'application du paragraphe 334.39(1) [édicte par DORS/2007-301, art. 7] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles), qui accorde sous réserve de certaines exceptions une exemption de dépens aux parties à des recours collectifs. La juge Hansen de la Cour fédérale (la juge des requêtes ou la juge), dans une décision publiée sous l'intitulé *Campbell c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 279, a établi que les défendeurs, le procureur général du Canada et le ministre de la Défense nationale (collectivement le Canada) avaient droit aux dépens jusqu'à la requête en vue de faire autoriser l'instance comme recours collectif exclusivement. La question des dépens a été soulevée parce

[2] For the reasons that follow, I would allow the appeal and return the matter to the motions Judge to determine if, in light of paragraph 334.39(1)(a), (b) or (c) of the Rules, an award of costs should be made.

THE FACTS

[3] The appellants, former members of the Canadian Forces, allege that they were exposed to chemical and biological warfare compounds at various locations in Canada between 1940 and 1945. They allege that they suffered injury as a result.

[4] The appellants' statement of claim was issued on November 7, 2006. On May 28, 2007, they served and filed their certification motion with supporting affidavits. At the same time, Canada served and filed a motion to strike out the statement of claim. Cross-examinations on the parties' affidavits took place in October 2007 over a period of some seven days in Saskatoon, Victoria and Montréal.

[5] The hearing of the motion to strike out the statement of claim and the motion for certification was scheduled for December 11 to 14, 2007. The argument with respect to the motion to strike was completed on December 13, 2007, and judgment was reserved. By consent, the argument of the certification motion was adjourned to February 19 to 22, 2008, so as to permit it to be heard in one sitting.

[6] To this point, the proceedings were a model of procedural orderliness. However, from the close of sittings in December 2007 until the eventual discontinuance of the action in January 2009, procedural orderliness gave way to disarray and a duplication of efforts already expended.

[7] In January 2008, in addition to requesting further production of documents, the appellants circulated an

que l'action a fait l'objet d'un désistement avant que soit entendue la requête en autorisation. Les intimés interjetent appel de cette ordonnance.

[2] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel et je renverrais l'affaire à la juge des requêtes afin qu'elle établisse si, en vertu des alinéas 334.39(1)a), b) ou c) des Règles, il convient d'adjuger les dépens.

LES FAITS

[3] Les appelants, ex-membres des Forces armées canadiennes, allèguent qu'ils ont été exposés, à divers endroits au Canada entre 1940 et 1945, à des agents de guerre chimiques et biologiques. Ils allèguent avoir subi des lésions par suite de cette exposition.

[4] La déclaration des appelants a été délivrée le 7 novembre 2006. Le 28 mai 2007, ils ont signifié et déposé leur requête en autorisation ainsi que les affidavits à l'appui. Au même moment, le Canada a signifié et déposé une requête en radiation de la déclaration. Les contre-interrogatoires sur les affidavits des parties se sont déroulés en octobre 2007, sur une période de sept jours, à Saskatoon, à Victoria et à Montréal.

[5] L'audition de la requête en radiation de la déclaration et de la requête en autorisation devait avoir lieu du 11 au 14 décembre 2007. La présentation des arguments relatifs à la requête en radiation s'est terminée le 13 décembre 2007 et la décision a été mise en délibéré. Par consentement, la présentation des arguments relatifs à la requête en autorisation a été ajournée jusqu'à la période du 19 au 22 février 2008 de façon à ce qu'ils puissent être entendus en une seule séance.

[6] Jusqu'à cette étape, l'instance s'est déroulée dans le plus grand respect des règles procédurales. Cependant, de la fin des séances en décembre 2007 jusqu'au désistement de l'action en janvier 2009, le respect des règles procédurales a fait place à la confusion et au doublement du travail accompli jusqu'alors.

[7] En janvier 2008, les appelants ont demandé la production de nouveaux documents et fait circuler une

amended statement of claim that had not yet been filed. At a case management conference in late January, the appellants undertook to file this amended statement of claim. The Court then asked for submissions as to the effect of the amended statement of claim on the motions that were pending before the Court. On January 24, 2008, the Court decided that the amended statement of claim rendered Canada's motion to strike moot, dismissed it, and reserved its decision on the matter of costs.

[8] In early February 2008, Canada served and filed another motion to strike out the appellants' statement of claim, as amended, together with a motion seeking an adjournment of the certification motion. The request for an adjournment of the certification motion was granted. Canada was also granted leave to file new affidavits and to conduct further cross-examination on the appellants' affidavits.

[9] In March 2008, the Court determined that Canada's second motion to strike should be heard before the appellants' motion for certification. The Court also set out a timetable with respect to the certification motion. In April 2008, Canada served the appellants with four affidavits, comprised of 996 pages in total, in support of its motion to strike and in June 2008, it served and filed its motion record for its second motion to strike.

[10] On June 25, 2008, the appellants served Canada with a notice of discontinuance of their action without having obtained leave of the Court. Subsequently, in July 2008, the appellants and others commenced a proposed class action, in relation to substantially the same subject-matter, in the Court of Queen's Bench for Saskatchewan.

[11] On July 15, 2008, the Court ruled that the appellants were required to obtain leave of the Court to discontinue their action. On September 3, 2008, the Court heard argument on the motion for discontinuance and on January 9, 2009, it gave the appellants leave to discontinue their action. The issue of costs remained outstanding.

déclaration modifiée qui n'avait pas encore été déposée. Lors d'une conférence de gestion de l'instance organisée à la fin janvier, les appelants se sont engagés à déposer cette déclaration modifiée. La Cour a ensuite demandé des observations au sujet des répercussions de la déclaration modifiée sur les requêtes en instance devant la Cour. Le 24 janvier 2008, la Cour a décidé que la déclaration modifiée enlevait toute portée pratique à la requête en radiation du Canada, l'a rejetée et a réservé sa décision relativement aux dépens.

[8] Au début février 2008, le Canada a signifié et déposé une autre requête en radiation de la déclaration des appelants, dans sa version modifiée, de même qu'une requête visant l'obtention d'un ajournement de l'audition de la requête en autorisation. La demande d'ajournement de l'audition de la requête en autorisation a été accordée. Le Canada a aussi obtenu l'autorisation de déposer de nouveaux affidavits et d'effectuer d'autres contre-interrogatoires relativement aux affidavits des appelants.

[9] En mars 2008, la Cour a statué que la deuxième requête en radiation du Canada devait être entendue avant la requête en autorisation des appelants. La Cour a aussi établi un calendrier relativement à l'audition de la requête en autorisation. En avril 2008, le Canada a signifié aux appelants quatre affidavits, comportant 996 pages en tout, à l'appui de sa requête en radiation et, en juin 2008, il a signifié et déposé le dossier relatif à sa deuxième requête en radiation.

[10] Le 25 juin 2008, les appelants ont signifié au Canada un avis de désistement de leur action sans avoir au préalable obtenu l'autorisation de la Cour. Par la suite, en juillet 2008, les appelants et d'autres ont introduit une demande de recours collectif, relativement essentiellement au même objet, devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan.

[11] Le 15 juillet 2008, la Cour a statué que les appelants devaient obtenir une autorisation de la Cour avant de se désister. Le 3 septembre 2008, la Cour a entendu les arguments sur la requête en désistement et, le 9 janvier 2009, a autorisé les appelants à se désister. La question des dépens est demeurée en suspens.

[12] In due course, Canada brought a motion seeking its costs for all steps taken in the action, arguing that since the action had never been certified as a class proceeding, the normal rule as to costs applied.

[12] Le Canada a ensuite présenté une requête en vue de se voir adjuger les dépens relatifs à toutes les mesures prises au cours de l'instance, soutenant qu'étant donné que l'action n'a jamais été autorisée comme recours collectif, la règle habituelle relative aux dépens s'appliquait.

THE DECISION UNDER APPEAL

LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DE L'APPEL

[13] Subsection 334.39(1) is set out below:

[13] Voici le texte du paragraphe 334.39(1) des Règles :

No costs

334.39 (1) Subject to subsection (2), no costs may be awarded against any party to a motion for certification of a proceeding as a class proceeding, to a class proceeding or to an appeal arising from a class proceeding, unless

334.39 (1) Sous réserve du paragraphe (2), Sans dépens les dépens ne sont adjugés contre une partie à une requête en vue de faire autoriser l'instance comme recours collectif, à un recours collectif ou à un appel découlant d'un recours collectif, que dans les cas suivants :

(a) the conduct of the party unnecessarily lengthened the duration of the proceeding;

a) sa conduite a eu pour effet de prolonger inutilement la durée de l'instance;

(b) any step in the proceeding by the party was improper, vexatious or unnecessary or was taken through negligence, mistake or excessive caution; or

b) une mesure prise par elle au cours de l'instance était inappropriée, vexatoire ou inutile ou a été effectuée de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection;

(c) exceptional circumstances make it unjust to deprive the successful party of costs.

c) des circonstances exceptionnelles font en sorte qu'il serait injuste d'en priver la partie qui a eu gain de cause.

[14] Subsection (2), referred to in the opening words of the subsection 334.39(1), is not material to this appeal.

[14] Le paragraphe (2), auquel renvoie le tout début du paragraphe 334.39(1), n'est pas pertinent en l'espèce.

[15] After summarizing the arguments of the parties, the Judge reviewed some of the jurisprudence from British Columbia upon which Canada relied in support of its motion for costs. Canada argued that the British Columbia jurisprudence supported the conclusion that until an action was certified, the normal rule as to costs applied: see *The Consumers' Association of Canada v. Coca-Cola Bottling Company et al.*, 2007 BCCA 356, 72 B.C.L.R. (4th) 243 (*Consumers' Assn.*), at paragraph 12; *Killough v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 5877 (B.C.S.C.) (*Killough*), at paragraph 15; and *Edmonds v. Actton Super-Save Gas Stations Ltd.*, 1996 CanLII 4102, 5 C.P.C. (4th) 105 (B.C.S.C.) (*Edmonds*), at paragraph 4.

[15] Après avoir résumé les arguments des parties, la juge a passé en revue une partie de la jurisprudence de la Colombie-Britannique sur laquelle s'est appuyé le Canada dans le cadre de sa requête relative aux dépens. Le Canada a soutenu que la jurisprudence de la Colombie-Britannique étayait la conclusion selon laquelle tant qu'une action n'est pas autorisée comme recours collectif, la règle habituelle s'applique en matière de dépens : voir *The Consumers' Association of Canada v. Coca-Cola Bottling Company et al.*, 2007 BCCA 356, 72 B.C.L.R. (4th) 243 (*Consumers' Assn.*), au paragraphe 12; *Killough v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 5877 (C. supr. C.-B.) (*Killough*), au paragraphe 15; et *Edmonds v. Actton*

[16] The Judge found that the cases relied upon by Canada did not support its contention that immunity from costs did not come into play until a proposed class proceeding was certified.

[17] The Judge found that Canada's claim for costs in respect of the certification motion was at odds with the wording of subsection 334.39(1), which specifically precludes an award of costs in relation to a motion for certification. The Judge also rejected Canada's argument that it was entitled to costs in relation to other steps taken in the action on the basis of the exceptions set out in subsection 334.39(1). She rejected the latter argument, reasoning that the exceptions were meant to apply only to the proceedings described in subsection 334.39(1); they could not be used as a basis for awarding costs with respect to other proceedings. The Judge also found that the exceptions did not apply to the motion for certification in this case since "at the time the motion was filed and the work was done by the parties, it was an appropriate and timely step in the proceedings": see paragraph 15.

[18] In the end, the Judge awarded Canada its costs for all steps taken in the proceeding other than the certification motion. The Judge relied on rule 402 of the Rules which provides that a party against whom an action is discontinued is, unless otherwise ordered, entitled to costs. While acknowledging that the Rules incorporate a "no costs" regime in relation to class proceedings, the Judge found that nothing in the circumstances of the case warranted a departure from rule 402.

[19] However, the Judge did not award Canada its full claim for costs. After reviewing a number of considerations, the Judge awarded costs in a lump sum "in light of the history of the matter", by which I assume she

Super-Save Gas Stations Ltd., 1996 CanLII 4102, 5 C.P.C. (4th) 105 (C. supr. C.-B.) (*Edmonds*), au paragraphe 4.

[16] La juge a conclu que les décisions invoquées par le Canada n'étaient pas sa prétention selon laquelle l'exemption relative aux dépens s'appliquait uniquement à partir du moment où un recours collectif était autorisé.

[17] Selon la juge, la demande du Canada relative aux dépens liés à la requête en autorisation était contraire au paragraphe 334.39(1) des Règles qui exclut expressément une adjudication des dépens en rapport avec une requête visant à faire autoriser un recours collectif. La juge a aussi rejeté l'argument du Canada selon lequel ce dernier avait droit aux dépens relativement aux autres mesures prises dans le cadre de l'action en raison des exceptions énoncées au paragraphe 334.39(1) des Règles. Elle a rejeté ce dernier argument, estimant que les exceptions devaient s'appliquer uniquement aux procédures décrites au paragraphe 334.39(1) des Règles; ces exceptions ne pouvaient donc pas être invoquées pour justifier l'adjudication des dépens à l'égard d'autres procédures. La juge a aussi conclu que les exceptions ne s'appliquaient pas à la requête en autorisation dans la présente affaire étant donné qu'« à l'époque où cette requête a été déposée et où le travail a été fait par les parties, il s'agissait d'une mesure appropriée et opportune dans l'instance » : voir le paragraphe 15.

[18] La juge a finalement adjugé au Canada les dépens pour toutes les mesures prises dans le cadre de l'instance, sauf pour la requête en autorisation. La juge s'est appuyée sur la règle 402 des Règles qui prévoit qu'une partie contre laquelle l'action faisant l'objet d'un désistement a été engagée a droit, sauf ordonnance contraire de la Cour, aux dépens. Tout en reconnaissant que les Règles établissent un régime « sans dépens » relativement aux recours collectifs, la juge a décidé que rien dans les circonstances de l'espèce ne justifiait la non-application de la règle 402 des Règles.

[19] Cependant, la juge n'a pas entièrement accueilli la demande de dépens du Canada. Après avoir pris en compte un certain nombre de facteurs, la juge a adjugé une somme forfaitaire « vu l'historique de l'espèce »; je

meant the fractious relationship between the parties and their counsel. The Judge awarded Canada costs of \$60 000, inclusive of disbursements. This was a substantial discount on the original \$137 676.59 sought by Canada. The Judge discounted Canada's claim for the costs of the certification motion itself on the basis of subsection 334.39(1).

ANALYSIS

Standard of Review

[20] A trial judge's decision on costs is a discretionary decision and is entitled to deference from an appellate court. The latter will not interfere unless the decision is based on an error of law, a misapprehension as to the facts or the judge has failed to take into account all relevant considerations: see *Schmeiser v. Monsanto Canada Inc.*, 2002 FCA 449, 22 C.P.R. (4th) 455, at paragraph 2.

The Interpretation of Subsection 334.39(1)

[21] At the hearing of this matter, the argument centered on the question of whether subsection 334.39(1) applied at all, since the appellants discontinued their action prior to certification. The Attorney General argued that rule 402, which deals with costs in the event of discontinuance, applied to the facts of this case. The appellants argued that the policy behind the "no costs" rule should inform the interpretation of subsection 334.39(1) so that no costs should be awarded, whether in respect of the certification motion itself or any other proceeding ancillary to that motion. The motions Judge, as noted, took the position that the immunity from costs applied only to the proceedings described in subsection 334.39(1) but not to other proceedings.

[22] There has been little consideration of this issue in the jurisprudence of the Federal Court. Aside from the

suppose que, par cette expression, elle évoquait les relations hargneuses entre les parties et leur conseil. La juge a adjugé au Canada des dépens de 60 000 \$, débours inclus. Il s'agissait d'un montant sensiblement moindre que le montant original de 137 676,59 \$ réclamé par le Canada. La juge a exclu de la réclamation du Canada les dépens liés à la requête en autorisation elle-même, se fondant sur le paragraphe 334.39(1) des Règles.

ANALYSE

La norme de contrôle

[20] La décision du juge du procès en matière de dépens est discrétionnaire et le tribunal d'appel doit faire preuve d'une certaine réserve à cet égard. Ce dernier n'intervient que si la décision résulte d'une erreur de droit ou d'une interprétation erronée des faits ou si le juge n'a pas tenu compte de tous les facteurs pertinents : voir *Schmeiser c. Monsanto Canada Inc.*, 2002 CAF 449, au paragraphe 2.

L'interprétation du paragraphe 334.39(1) des Règles

[21] À l'audience portant sur la question susmentionnée, les arguments étaient axés sur la question de savoir si le paragraphe 334.39(1) s'appliquait étant donné que les appelants s'étaient désistés avant d'avoir obtenu l'autorisation. Le procureur général a soutenu que la règle 402, qui traite des dépens lors d'un désistement, s'appliquait aux faits de l'espèce. Les appelants ont soutenu que le paragraphe 334.39(1) des Règles devait être interprété à la lumière du principe qui sous-tend la règle « sans dépens », de sorte qu'aucuns dépens ne devaient être accordés, qu'il s'agisse de la requête en autorisation elle-même ou de toute autre procédure accessoire à ladite requête. La juge des requêtes, comme il a été souligné, était d'avis que l'exemption des dépens s'appliquait uniquement aux procédures visées au paragraphe 334.39(1) des Règles, et non aux autres.

[22] La Cour fédérale s'est assez peu penchée sur cette question à ce jour. Outre la présente instance, le régime

present case, the question of costs under subsection 334.39(1) has only been considered in two cases. The first is *Pearson v. Canada*, 2008 FC 1367 (*Pearson*), a proposed class action in which the statement of claim was struck out, prior to the hearing of the certification motion, for failing to disclose a cause of action. At paragraph 52 of his reasons dismissing the plaintiffs' claim, Hughes J. wrote:

This is a motion brought before the action has been certified as a class action and is dispositive of the action. The class action rules and concepts such as one-way costs, even if applicable at a later stage, are not yet engaged.

[23] To my knowledge, the only other Federal Court case in which the question of costs arose is *Always Travel Inc. v. Air Canada*, 2004 FC 675, 49 C.B.R. (4th) 1 (*Always Travel*), a proposed class action by travel agents against a number of airlines. In that case, it appears that the motion for certification had been filed, though no further steps were to be taken with respect to that motion until further order. In disposing of two motions after the filing of the certification motion, Hugessen J. awarded costs against the plaintiffs in one of the motions, and declined to award costs against certain defendants in the other. In both cases, the learned Judge relied upon the exceptions to the rule limiting costs in class actions.

[24] In the case of the plaintiffs, Hugessen J. found that their conduct was vexatious and justified an order of costs "in the special circumstances notwithstanding the general no costs rule contained in Rule 299.41(1) [the predecessor to subsection 334.39(1)]": *Always Travel*, at paragraph 9. In the case of the defendants, Hugessen J. wrote: "I do not think that the criteria laid down in Rule 299.41(1) (above) which are a prerequisite to my making an order for costs have been met": *Always Travel*, at paragraph 11.

des dépens du paragraphe 334.39(1) des Règles n'a été abordé que dans deux affaires. La première, la décision *Pearson v. Canada*, 2008 FC 1367 (*Pearson*), concernait un recours collectif projeté dans le cadre duquel la déclaration avait été radiée, avant l'audition de la requête en autorisation, pour défaut de comporter une cause d'action. Au paragraphe 52 de ses motifs justifiant le rejet de la demande, le juge Hughes s'exprimait en ces termes :

[TRADUCTION] La présente requête a été soumise avant que l'action ne soit autorisée comme recours collectif et elle règle le sort de l'action. Les règles et les concepts de recours collectif, comme l'adjudication des dépens en faveur d'une seule partie, même s'ils s'appliquent à une étape ultérieure, n'entrent pas encore en jeu.

[23] À ma connaissance, la décision *Always Travel Inc. v. Air Canada*, 2004 CF 675 (*Always Travel*), est la seule autre décision de la Cour fédérale dans laquelle la question des dépens a été soulevée. Il s'agissait d'un recours collectif projeté par des agences de voyages contre un certain nombre de compagnies aériennes. Dans cette affaire, il semble que la requête en autorisation avait été déposée, mais qu'aucune autre mesure ne pouvait être prise sans l'approbation du juge. Se prononçant sur deux requêtes après le dépôt de la requête en autorisation, le juge Hugessen a condamné des demanderessees à payer des dépens à l'égard de l'une des requêtes et a refusé de condamner certaines défenderesses à en verser quant à l'autre. Dans les deux cas, le juge s'est appuyé sur les exceptions à la règle qui impose des restrictions en matière de dépens dans les recours collectifs.

[24] En ce qui concerne les défenderesses, le juge Hugessen a estimé que leur comportement était vexatoire, ce qui justifiait une ordonnance relative aux dépens « compte tenu des circonstances spéciales en l'espèce, malgré la règle générale de non-adjudication de dépens prévue au paragraphe 299.41(1) des Règles [l'ancienne disposition remplacée par le paragraphe 334.39(1) des Règles] » : *Always Travel*, au paragraphe 9. En ce qui concerne les défenderesses, le juge Hugessen s'est exprimé en ces termes : « je ne pense pas qu'il soit satisfait aux critères prévus au paragraphe 299.41(1) des Règles susmentionné, lesquels constituent des conditions préalables au prononcé

[25] The difference between these two cases is that in *Pearson*, it was held that the “no costs” rule did not apply until the action was certified as a class proceeding, while in *Always Travel*, the “no costs” rule (including the exceptions to the rule) was applied prior to certification of the action.

[26] Some guidance as to the intention of the Rules Committee with respect to the “no-costs” rule may be found in the working papers prepared prior to the amendments to the class action Rules. The Federal Court of Canada Rules Committee issued *Class Proceedings in the Federal Court of Canada: A Discussion Paper* (Ottawa: June 9, 2000), in which the issue of cost barriers to representative plaintiffs was raised. The authors of the Discussion Paper frame the issue at page 97 as follows:

Cost barriers would exist if representative plaintiffs were fully exposed to a two way (“losers pay winners”) costs regime. This regime would be a barrier in light of the fact that most plaintiffs would be exposed to a substantial downside in terms of costs even as they would have comparatively little to gain if the class action were successful.

[27] The Discussion Paper concludes, at page 104 that a “no costs” provision is “an important measure in removing the barriers to class proceedings” and records the decision of the Rules Committee as follows:

Decision #37A:

The rule will contain a provision that, subject to exceptions that are stated, there shall be no costs awarded in class proceedings.... [Emphasis in original.]

[28] The Rules Amending the Federal Court Rules, 1998 (No. 1), Regulatory Impact Analysis Statement, *Canada Gazette*, Part I, December 8, 2001, Vol. 135,

d’une ordonnance pour les dépens » : *Always Travel*, au paragraphe 11.

[25] Ces deux affaires se distinguent sur un point. Dans la décision *Pearson*, il a été établi que la règle « sans dépens » ne s’appliquait qu’à partir du moment où l’action était approuvée comme recours collectif, alors que dans la décision *Always Travel*, la règle « sans dépens » (y compris les exceptions à cette dernière) s’appliquait avant l’autorisation de l’action.

[26] Les documents de travail rédigés avant les modifications des règles sur les recours collectifs donnent une idée de l’intention du Comité des règles en ce qui concerne la règle « sans dépens ». Le Comité des règles de la Cour fédérale du Canada a publié le document *Le recours collectif en Cour fédérale du Canada : Document de travail* (Ottawa, 9 juin 2000) dans lequel la question des obstacles financiers auxquels se heurtent les représentants des demandeurs a été soulevée. Les auteurs du document de travail formulent comme suit la question à la page 97 :

Les obstacles financiers existeraient si les représentants des demandeurs étaient pleinement exposés à un régime bilatéral de dépens (la partie perdante paie la partie gagnante). Cette solution créerait un obstacle en raison du fait que la plupart des demandeurs seraient exposés à des risques de pertes substantielles en termes de dépens même s’ils avaient comparativement peu à gagner au cas où le tribunal ferait droit au recours collectif.

[27] Le document de travail conclut, à la page 104 que « la règle “sans dépens” » est « une mesure importante pour supprimer les obstacles au recours collectif » et énonce comme suit la décision du Comité des règles :

Décision # 37A :

La règle inclura une disposition selon laquelle, sous réserve des exceptions qui y seront énumérées, les dépens ne sont pas adjugés dans les recours collectifs [...] [Souligné dans l’original.]

[28] Les Règles modifiant les Règles de la Cour fédérale (1998) (n° 1), Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, *Gazette du Canada*, partie I, 8 décembre

No. 49, at page 4400, which accompanied the publication of the proposed Rule changes, also dealt with the issue of costs:

The discussion paper [quoted above] indicated that there would be a “no costs” provision. Costs would not be awarded up to the determination of the common questions subject to exceptions, including “exceptional circumstances that make it unjust to deprive the successful party of costs.” ...

The suggested Rule 299.4 incorporates this “no costs” (up to the disposition of common questions subject to exceptions) provision. This “no costs” provision is also incorporated in the British Columbia *Class Proceedings Act*, section 37, *The Class Actions Act* of Saskatchewan, section 40, the *Uniform Class Proceedings Act*, section 37 (alternative) ...

[29] These comments suggest that the intention of the proponents of the “no costs” rule was that no costs would be awarded prior to the determination of the common questions.

[30] The fact that a class proceeding begins its life as a statement of claim to which the normal rule as to costs applies created a challenge for the legislative draftsman. The question is, at what point after the issuance of the statement of claim should the “no costs” rule begin to apply? It must apply early enough in the process to give substantial protection to the representative plaintiffs but not so early as to shelter plaintiffs whose actions never proceed to certification.

[31] With this background in mind, I reproduce again, for ease of reference, the terms of subsection 334.39(1):

No costs

334.39 (1) Subject to subsection (2), no costs may be awarded against any party to a motion for certification of a proceeding as a class proceeding, to a class proceeding or to an appeal arising from a class proceeding, unless

2001, vol. 135, n° 49, à la page 4400, qui accompagnait la publication des modifications proposées des Règles, traitaient aussi de la question des dépens :

Le document de travail [susmentionné] a prévu une disposition « sans dépens ». Aucuns dépens ne seraient adjugés avant la détermination des questions collectives, sous réserve d’exceptions, notamment lorsque des « circonstances exceptionnelles font en sorte qu’il serait injuste d’en priver la partie qui a eu gain de cause » [...]

La règle 299.4 proposée incorpore cette disposition « sans dépens » (jusqu’à la détermination des questions collectives, sous réserve d’exceptions). Cette disposition « sans dépens » est aussi prévue par l’article 37 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique, l’article 40 de *The Class Actions Act* de la Saskatchewan et l’article 37 de la *Loi uniforme sur les recours collectifs* (option subsidiaire) [...]

[29] Ces commentaires donnent à penser que les partisans de la règle « sans dépens » souhaitaient qu’aucuns dépens ne soient adjugés avant que les questions collectives soient tranchées.

[30] Le fait qu’un recours collectif existe d’abord sous forme de déclaration à laquelle la règle normale relative aux dépens s’applique a posé un défi aux rédacteurs législatifs. Il s’agit en effet d’établir à quel moment suivant la production de la déclaration la règle « sans dépens » commence à s’appliquer. Elle doit s’appliquer suffisamment tôt dans le processus pour offrir une protection substantielle aux représentants des demandeurs, mais pas au point de protéger les demandeurs dans les cas où l’étape de l’autorisation n’est jamais franchie.

[31] Ce contexte étant défini, je reproduis de nouveau, pour souci de commodité, le paragraphe 334.39(1) des Règles :

334.39 (1) Sous réserve du paragraphe (2), les dépens ne sont adjugés contre une partie à une requête en vue de faire autoriser l’instance comme recours collectif, à un recours collectif ou à un appel découlant d’un recours collectif, que dans les cas suivants :

Sans dépens

(a) the conduct of the party unnecessarily lengthened the duration of the proceeding;

(b) any step in the proceeding by the party was improper, vexatious or unnecessary or was taken through negligence, mistake or excessive caution; or

(c) exceptional circumstances make it unjust to deprive the successful party of costs.

a) sa conduite a eu pour effet de prolonger inutilement la durée de l'instance;

b) une mesure prise par elle au cours de l'instance était inappropriée, vexatoire ou inutile ou a été effectuée de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection;

c) des circonstances exceptionnelles font en sorte qu'il serait injuste d'en priver la partie qui a eu gain de cause.

[32] A careful reading of subsection 334.39(1) reveals at least two possible interpretations. The first is that no costs can be awarded with respect to a motion for certification, a class proceeding or an appeal from a class proceeding. According to this interpretation, immunity from costs attaches to the proceedings designated in the Rules. The motions Judge gave effect to this interpretation when she refused to award costs with respect to the certification motion itself, but awarded them with respect to other steps, specifically the motion to strike the statement of claim for failing to disclose a cause of action.

[32] Une lecture attentive du paragraphe 334.39(1) des Règles montre qu'au moins deux interprétations sont possibles. Selon la première, aucuns dépens ne peuvent être adjugés relativement à une requête en autorisation, à un recours collectif ou à un appel découlant d'un recours collectif. Selon cette interprétation, l'exemption des dépens est liée à la procédure désignée dans ce paragraphe des Règles. La juge des requêtes a appliqué cette interprétation en refusant d'adjuger des dépens relativement à la requête en autorisation elle-même, et en acceptant d'en accorder à l'égard des autres mesures, soit la requête en radiation de la déclaration pour absence de cause d'action.

[33] A second interpretation of subsection 334.39(1) focuses on the words "any party to" so that costs are not to be awarded against a person who is a party to any of the designated proceedings. For example, once a party to a proposed class proceeding becomes a party to a certification motion, that is, once the certification motion is served and filed, that person is immune from costs with respect to any and all steps taken before and during the certification process. If the certification motion is successful, the party is then sheltered from the costs of the class proceeding by the reference in the rule to "any party ... to a class proceeding". In the present case, this interpretation would preclude an order for costs for any steps taken after May 28, 2007, the date the appellants served and filed their motion for certification.

[33] La seconde interprétation du paragraphe 334.39(1) des Règles insiste sur l'emploi des termes « une partie à », pour dire que les dépens ne peuvent être adjugés contre une personne qui est partie à l'une des procédures désignées. Par exemple, à compter du moment où une partie à un recours collectif projeté devient partie à une requête en autorisation, c'est-à-dire, lorsqu'une requête en autorisation est signifiée et déposée, cette personne est exemptée des dépens relativement à toute et chacune des mesures prises avant et pendant le processus d'autorisation. Si la requête en autorisation est accueillie, la partie est donc à l'abri des dépens liés au recours collectif du fait que la disposition en question précise « une partie [...] à un recours collectif ». En l'espèce, cette interprétation rendrait impossible une ordonnance relative aux dépens concernant toute mesure prise après le 28 mai 2007, soit la date à laquelle les appelants ont signifié et déposé leur requête en autorisation.

[34] Presumably, an order for costs made against a party to a proposed class proceeding prior to that person becoming a party to a certification motion would

[34] Il est possible de supposer qu'une ordonnance relative aux dépens prononcée contre une partie à un recours collectif projeté avant que cette personne

not be affected by subsection 334.39(1) but that is not a question which arises on these facts. It is therefore not one which we have to answer.

[35] Both of these interpretations are, of course, subject to the three exceptions set out at paragraphs 334.39(1)(a), (b) and (c) of the Rules.

[36] The jurisprudence of the courts of Saskatchewan and British Columbia tends to the view that immunity from costs is a function of the proceeding. The “no costs” rule is found at section 37 of British Columbia’s *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50:

Costs

37 (1) Subject to this section, neither the Supreme Court nor the Court of Appeal may award costs to any party to an application for certification under section 2(2) or 3, to any party to a class proceeding or to any party to an appeal arising from a class proceeding at any stage of the application, proceeding or appeal.

(2) A court referred to in subsection (1) may only award costs to a party in respect of an application for certification or in respect of all or any part of a class proceeding or an appeal from a class proceeding

(a) at any time that the court considers that there has been vexatious, frivolous or abusive conduct on the part of any party,

(b) at any time that the court considers that an improper or unnecessary application or other step has been made or taken for the purpose of delay or increasing costs or for any other improper purpose, or

(c) at any time that the court considers that there are exceptional circumstances that make it unjust to deprive the successful party of costs.

(3) A court that orders costs under subsection (2) may order that those costs be assessed in any manner that the court considers appropriate.

devienne partie à une requête en autorisation ne soit pas touchée par le paragraphe 334.39(1) des Règles, mais ce n’est pas là une question soulevée par les faits de l’es-pèce. Nous n’avons donc pas à y répondre.

[35] Bien sûr, les deux interprétations exposées ci-dessous sont soumises aux trois exceptions énoncées aux alinéas 334.39(1)a), b) et c) des Règles.

[36] L’examen de la jurisprudence des tribunaux de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique donne à penser que l’exemption des dépens varie selon la procédure en cause. La règle « sans dépens » est exposée à l’article 37 de la loi *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, de la Colombie-Britannique :

[TRADUCTION]

37 (1) Sous réserve du présent paragraphe, ni la Cour suprême, ni la Cour d’appel ne peuvent adjuger des dépens à une partie à une requête en autorisation en vertu du paragraphe 2(2) ou de l’article 3, à une partie à un recours collectif ou à une partie à un appel découlant d’un recours collectif, à quelque stade de la demande, de l’instance ou de l’appel.

Dépens

(2) Un tribunal visé au paragraphe (1) ne peut adjuger des dépens à une partie relativement à une demande d’autorisation ou relativement à la totalité ou à une partie d’un recours collectif ou d’un appel découlant d’un tel recours que s’il estime :

a) qu’une partie s’est conduite de façon vexatoire, frivole ou abusive,

b) qu’une demande ou une autre mesure d’une partie s’est révélée inappropriée ou inutile ou qu’elle a été présentée ou prise dans un but dilatoire, pour que soient augmentés les frais ou pour toute autre fin inopportune,

c) que des circonstances exceptionnelles font en sorte qu’il serait injuste de priver des dépens la partie qui a eu gain de cause.

(3) La Cour qui ordonne l’adjudication de dépens en vertu du paragraphe (2) peut ordonner que ces derniers soient taxés de la façon qu’elle juge appropriée.

[37] Subject to some differences which are immaterial, the Saskatchewan legislation is essentially identical: see *The Class Actions Act*, S.S. 2001, c. C-12.01, section 40.

[38] In *Edmonds*, cited above, at paragraph 4, the British Columbia Supreme Court held that the “no costs” rule “only applies and becomes operative once the court embarks upon an application for certification”. The Court went on to say the following, at paragraph 8 of its reasons:

In my view it is important to recognize that an intended class proceeding, until it is certified, is an ordinary action governed by the Rules of Court. Even after certification the Rules of Court apply to the extent that they are not inconsistent with the *Act*. While the *Class Proceeding[s] Act* does provide that no costs are recoverable from the plaintiff in respect of a certified action or in respect of a certification hearing, the statute contains no such provision in respect of actions prior to the certification hearing stage. In the case at bar there is nothing which would justify a departure from the usual rule that costs follow the event. The defendants will have their costs on Scale 3. [Emphasis in original.]

[39] The *Edmonds* case is of interest because of the way in which the British Columbia Supreme Court dealt with the issue of the starting point for the application of the “no costs” rule. It chose to apply the “no costs” rule as of the commencement of the hearing of the certification motion. This has the effect of sheltering parties from the costs of the certification motion itself, but excludes preliminary matters that may be intimately related to the certification motion. The adverse consequences of this choice can be seen in *Killough v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 5877 [cited above], in which the British Columbia Supreme Court awarded costs with respect to an unsuccessful motion to adjourn the hearing of the certification motion. Unfortunately, arbitrariness of this kind will necessarily arise if the starting point for the application of a “no costs” rule is anything other than the issuance of the statement of claim itself.

[37] Sous réserve de quelques différences minimales, les dispositions législatives de la Saskatchewan traitant de ce sujet sont pratiquement identiques : voir *Loi sur les recours collectifs*, L.S. 2001, ch. C-12.01, art. 40.

[38] Dans la décision *Edmonds*, ci-dessus, au paragraphe 4, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a établi que la règle « sans dépens » [TRADUCTION] « s’applique et ne prend effet qu’à partir du moment où le tribunal est saisi d’une demande d’autorisation ». Voici un autre extrait de cette décision (au paragraphe 8) :

[TRADUCTION] Selon moi, il est important de reconnaître qu’un recours collectif projeté, jusqu’à ce qu’il soit autorisé, demeure une action ordinaire régie par les Règles de la Cour. Même après l’autorisation, les Règles de la Cour s’appliquent dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la *Loi*. Bien que la *Class Proceeding[s] Act* prévoit qu’aucuns dépens ne sont recouvrables de la partie demanderesse à l’égard d’une action autorisée ou d’une audience d’autorisation, la *Loi* ne contient aucune disposition de cette nature en ce qui concerne les actions n’ayant pas franchi le stade de l’audience d’autorisation. En l’espèce, rien ne justifie la non-application de la règle habituelle selon laquelle les dépens sont accordés suivant le sort de l’affaire. Les dépens seront accordés aux parties défenderesses selon l’échelle 3. [Souligné dans l’original.]

[39] La décision *Edmonds* est digne d’intérêt vu la façon dont la Cour suprême de la Colombie-Britannique a traité la question du moment où entre en jeu la règle « sans dépens ». Elle a choisi de l’appliquer à compter du moment où débute l’audition de la requête en autorisation. De cette façon, les parties sont à l’abri des dépens relatifs à la requête en autorisation elle-même, mais les questions préliminaires qui peuvent être étroitement liées à la requête en autorisation sont exclues. On trouve un exemple des répercussions négatives de ce choix dans la décision *Killough v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 5877 [précitée], dans laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a adjugé des dépens à l’égard d’une requête visant l’ajournement de l’audition de la requête en autorisation dont elle a ordonné le rejet. Malheureusement, on ne sera pas à l’abri des situations arbitraires de ce genre si la règle « sans dépens » entre en jeu à un moment autre que la production de la déclaration elle-même.

[40] The British Columbia Court of Appeal referred to *Edmonds* without adverse comment in *Secure Networx Corp. v. KPMG*, 2003 BCCA 227, 180 B.C.L.R. (4th) 317, and in *Samos Investments Inc. v. Pattison*, 2002 BCCA 442, 216 D.L.R. (4th) 646. In *Consumers' Assn.*, cited above, the British Columbia Court of Appeal held that section 37 of the *Class Proceedings Act* did protect parties from costs “but not prior to the certification application”: *Consumers' Assn.*, at paragraph 12.

[41] The Saskatchewan Court of Queen's Bench came to a similar conclusion in *McKinnon v. Red Lily Wind Power Limited*, 2011 SKQB 313 (CanLII), 382 Sask. R. 102, at paragraph 6, where Mills J. wrote:

In my opinion, applications prior to certification are subject to the normal jurisprudence and Rule 545 respecting the award of costs.

[42] In coming to this conclusion, Mills J. referred to a decision of the Saskatchewan Court of Appeal in which that Court suggested that the Saskatchewan “no costs” rule does not apply to applications made prior to the certification application: see *Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd. v. Englund*, 2007 SKCA 62 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 94, at paragraph 57.

[43] I began this analysis by pointing out that subsection 334.39(1) could be construed in at least two ways. As I read the jurisprudence of the courts of Saskatchewan and British Columbia, they have chosen to attach immunity from costs to the proceeding itself. In the case of the application for certification, this leaves representative plaintiffs exposed to costs for steps taken prior to the certification motion, although such steps may be intimately connected with that proceeding: see for example *Killough*, cited above.

[44] In my view, this approach gives too narrow a scope to the “no costs” rule. If one accepts that the

[40] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a invoqué, sans formuler de commentaires négatifs, la décision *Edmonds* dans l'arrêt *Secure Networx Corp. v. KPMG*, 2003 BCCA 227, 180 B.C.L.R. (4th) 317, et dans l'arrêt *Samos Investments Inc. v. Pattison*, 2002 BCCA 442, 216 D.L.R. (4th) 646. Dans la décision *Consumers' Assn.*, ci-dessus, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que l'article 37 de la *Class Proceedings Act* protégeait les parties contre les dépens [TRADUCTION] « mais pas avant la demande d'autorisation » : *Consumers' Assn.*, au paragraphe 12.

[41] La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a tiré une conclusion semblable dans la décision *McKinnon v. Red Lily Wind Power Limited*, 2011 SKQB 313 (CanLII), 382 Sask. R. 102, au paragraphe 6. Voici un extrait des propos du juge Mills :

[TRADUCTION] À mon avis, en ce qui concerne l'adjudication des dépens, la jurisprudence habituelle et l'article 545 des Règles s'appliquent aux demandes formulées avant l'autorisation.

[42] Pour tirer cette conclusion, le juge Mills s'est inspiré d'une décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans laquelle cette dernière mentionnait que la règle « sans dépens » de la Saskatchewan ne s'applique pas aux demandes faites avant la demande d'autorisation : voir *Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd. v. Englund*, 2007 SKCA 62 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 94, au paragraphe 57.

[43] J'ai commencé la présente analyse en soulignant que le paragraphe 334.39(1) des Règles pouvait être interprété d'au moins deux façons. Selon ma compréhension de la jurisprudence des tribunaux de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique, ces derniers ont choisi de rattacher l'exemption des dépens à la procédure elle-même. Dans le cas d'une demande d'autorisation, les représentants des demandeurs risquent d'avoir à assumer les dépens relatifs aux mesures prises avant la requête en autorisation, même si ces mesures peuvent être étroitement liées à ladite procédure : voir, par exemple, la décision *Killough*, ci-dessus.

[44] À mon avis, cette approche donne une portée trop étroite à la règle « sans dépens ». Si nous acceptons que

intention of the proponents of the “no costs” rule was to limit the role of costs as a disincentive to class action plaintiffs, then one should construe the rule so that it does so.

[45] I believe that the construction of subsection 334.39(1) that gives fullest effect to the intention of the Rules Committee is to have the “no costs” rule apply as soon as the parties to the action are made parties to the certification motion. While this still leaves room for the possibility of an award of costs in relation to a step undertaken after the issuance of the statement of claim but prior to the service and filing of the certification motion, the scope for costs orders is reduced to a minimum, having regard to the wording of subsection 334.39(1) itself. If one assumes that the bringing of the motion for certification will follow the issuance of the statement of claim without delay, the risk to representative plaintiffs would appear to be minimal.

[46] To the extent that an expansive interpretation of the “no costs” rule has the potential to shelter a party’s improper or abusive behaviour, it is important to remember that paragraphs (a), (b) and (c) of subsection 334.39(1) give the Court the option of imposing costs where the conduct of a party justifies such an award.

[47] As a result, I would find that the appellants were immune from costs, subject to paragraphs 334.39(1)(a), (b) and (c), as of May 28, 2007, which is the date the certification motion was filed. Since all of the matters that could have given rise to an award of costs occurred after that date (save for one motion), the motions Judge erred in law in awarding costs as she did. However, the motions Judge did not address the question of whether the appellants’ conduct fell within one of the exceptions to the “no costs” rule. She did refer to the application of paragraphs 334.39(1)(a), (b) and (c) but only to the extent of saying that they did not provide a basis for awarding costs where subsection 334.39(1) itself did not apply.

l’intention des partisans de la règle « sans dépens » était de limiter le rôle dissuasif que les dépens pourraient avoir sur les demandeurs de recours collectif, il faudrait alors interpréter la règle de façon à ce qu’elle permette de réaliser cet objectif.

[45] J’estime que l’interprétation du paragraphe 334.39(1) des Règles permettant de donner pleinement effet à l’intention du Comité des règles consiste à faire en sorte que la règle « sans dépens » s’applique dès que les parties à l’action deviennent des parties à la requête en autorisation. Bien qu’il reste quand même possible que des dépens soient adjugés relativement à une mesure prise après la production de la déclaration, mais avant la signification et le dépôt de la requête en autorisation, on réduit ainsi au maximum la possibilité que des ordonnances relatives aux dépens soient rendues, compte tenu du libellé du paragraphe 334.39(1) des Règles lui-même. En supposant que la présentation de la requête en autorisation suivra sans délai la production de la déclaration, le risque pour les représentants des demandeurs semble minime.

[46] Dans la mesure où une interprétation large de la règle « sans dépens » risque de favoriser les comportements inappropriés ou excessifs d’une partie, il importe de se rappeler que les alinéas a), b) et c) du paragraphe 334.39(1) des Règles donnent à la Cour la possibilité d’adjuger des dépens contre une partie lorsque le comportement de cette dernière le justifie.

[47] Par conséquent, je concluais que les appelants étaient exemptés des dépens, sous réserve des alinéas 334.39(1)a), b) et c), au 28 mai 2007, soit la date de dépôt de la requête en autorisation. Étant donné que tous les éléments qui auraient pu entraîner une adjudication des dépens se sont produits après cette date (sauf une requête), la juge des requêtes a commis une erreur de droit en adjugeant les dépens comme elle l’a fait. Cependant, la juge des requêtes n’a pas abordé la question de savoir si le comportement des appelants était visé par l’une des exceptions à la règle « sans dépens ». Elle a mentionné l’application des alinéas 334.39(1)a), b) et c), mais uniquement pour souligner qu’ils ne permettaient pas l’adjudication de dépens dans les cas où le paragraphe 334.39(1) des Règles lui-même ne s’appliquait pas.

CONCLUSION

[48] I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Federal Court and return the matter to the motions Judge for a decision as to whether, in light of paragraph 334.39(1)(a), (b) or (c), an award of costs should be made.

EVANS J.A.: I agree.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

CONCLUSION

[48] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance de la Cour fédérale et je renverrais l'affaire à la juge des requêtes afin qu'elle établisse si, à la lumière des alinéas 334.39(1)a, b) ou c), des dépens doivent être adjugés.

LE JUGE EVANS, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.