

A-496-04  
A-497-04  
2005 FCA 28

A-496-04  
A-497-04  
2005 CAF 28

**TMR Energy Limited, a duly constituted legal person incorporated under the laws of Cyprus (*Appellant*) (*Applicant*)**

**TMR Energy Limited, une personne morale dûment constituée en vertu des lois de Chypre (*appelante*) (*demanderesse*)**

v.

c.

**State Property Fund of Ukraine, an organ of the State of Ukraine (*Respondent*) (*Respondent*)**

**State Property Fund of Ukraine, un organe de l'État ukrainien (*intimé*) (*défendeur*)**

and

et

**ANTK Antonov and State of Ukraine (*Respondents*) (*Intervenors*)**

**ANTK Antonov et l'État ukrainien (*intimés*) (*intervenants*)**

**INDEXED AS: TMR ENERGY LTD. v. STATE PROPERTY FUND OF UKRAINE (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: TMR ENERGY LTD. c. STATE PROPERTY FUND OF UKRAINE (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Décary, Nadon and Sexton J.J.A.—Toronto, January 10 and 11; Ottawa, January 24, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Nadon et Sexton, J.C.A.—Toronto, 10 et 11 janvier; Ottawa, 24 janvier 2005.

*Judges and Courts — Prothonotaries — Whether prothonotary has jurisdiction to grant Federal Court Rules, 1998, r. 327 application for registration, recognition and enforcement of foreign arbitral award — While prothonotaries' powers have, over time, increased, that has been in relation to pre-trial, post-judgment proceedings — Review, exposition of statutory provisions, Rules and case law on powers of prothonotary — Enforcement of foreign judgment is an "application", not mere post-judgment proceeding, and outside Prothonotary's jurisdiction — Making by non-judge of order only judge may make not merely non-compliance with Rules but going to jurisdiction — Reference to cases where Masters' decisions set aside for want of jurisdiction — Nor had Prothonotary acted under colour of authority.*

*Juges et tribunaux — Protonotaires — Un protonotaire a-t-il compétence pour faire droit à une demande présentée en vertu de la règle 327 des Règles de la Cour fédérale (1998) et visant à l'enregistrement, à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère? — Les attributions des protonotaires ont été élargies au fil du temps, mais cet élargissement est circonscrit aux procédures avant procès et aux procédures après jugement — Examen et exposé des dispositions législatives, des Règles et des précédents se rapportant aux attributions des protonotaires — L'exécution d'un jugement étranger est une «demande», non une simple procédure après jugement, et elle dépasse la compétence du protonotaire — Le fait qu'une personne qui n'a pas la qualité de juge rende une ordonnance que seul un juge peut rendre ne saurait être qualifié de simple inobservation des Règles; il s'agit d'un cas d'incompétence — Renvoi à des précédents où des décisions rendues par des protonotaires qui ont été annulées pour incompétence — Le protonotaire n'avait pas non plus agi sur la foi d'un présumé pouvoir.*

*Practice — Judgments and Orders — Ex parte order for enforcement of foreign arbitral award — Upon ex parte motion, moving party having duty of full, fair disclosure — Must file affidavit knowing of no impediment to enforcement — Applicant must advise Court of any facts, law favouring other side — Necessity for utmost good faith on any ex parte application as invoking procedure going against fundamental*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Ordonnance ex parte portant exécution d'une sentence arbitrale étrangère — Dans une requête ex parte, le requérant a l'obligation de faire une divulgation franche et intégrale — Il doit déposer un affidavit attestant qu'il n'a connaissance d'aucun empêchement à l'exécution du jugement étranger — Il doit informer la Cour des points de fait ou de droit dont il a*

*justice principle that all sides of dispute to be heard — In instant case, non-disclosure of material fact in that description of judgment debtor such as to create confusion as to entity against which recovery sought — Court not alerted State Immunity Act might apply.*

These were consolidated appeals from two orders made by Federal Court Judge, Martineau J. The first order granted a *Federal Court Rules, 1998*, rule 399 motion, setting aside an *ex parte* order granting a rule 327 application for registration, recognition and enforcement of a foreign arbitral award on the ground that a prothonotary lacked jurisdiction to grant such an order. The Prothonotary's order was held to be a nullity, incurable under the *de facto* officer doctrine or under any rule of practice. The other order denied the appellant's request for an *ex parte* order *nunc pro tunc* (or *de bene esse*) to enforce the award based on the record as of January 15, 2003—the date of the original application. The Judge was of the view that appellant had failed to disclose to the Prothonotary certain impediments to registration and enforcement of the award.

On May 30, 2002 the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce rendered a final arbitral award in the appellant's favour against the State Property Fund of Ukraine (SPF), one of the respondents herein, in the amount of US \$40 million. Appellant then filed a registration application under rules 327 and 328. It was alleged that SPF was an organ of the State of Ukraine and its Canadian address was the Embassy of Ukraine. The Prothonotary's order, in the appellant's favour, was served on SPF. The appellant then obtained a writ of seizure and sale against "State Property Fund of Ukraine, an organ of the State of Ukraine" and wrote to a Newfoundland sheriff regarding the seizure of property used for a commercial activity. The sheriff seized "Antonov—124-100 aircraft", situated at Goose Bay Airport, Nfld, which belonged to Ukraine but was operated by Aviation Scientific Technical Complex or Antonov. When the sheriff issued a notice of sale, SPF filed a notice of objection while Antonov put in a third party claim and moved in Federal Court to set aside the seizure notice on the grounds that the property was not that of SPF, the judgment debtor, and that to allow the seizure would reintroduce the State of Ukraine as a judgment debtor, against which arbitration proceedings had been discontinued. In turn, appellant moved to dispute the notices of objection and third

*connaissance et qui favorisent l'autre partie — Dans une demande ex parte, la plus entière bonne foi doit être observée car il s'agit d'une procédure qui va à l'encontre du principe fondamental de justice selon lequel toutes les parties à un différend doivent être entendues — En l'espèce, il y a eu non-divulgarion d'un fait important se rapportant à la désignation du débiteur, et il en a résulté une confusion à propos de l'entité contre laquelle un redressement était demandé — La Cour n'a pas été informée de l'application possible de la Loi sur l'immunité des États.*

Il s'agissait d'appels réunis interjetés à l'encontre de deux ordonnances rendues par le juge Martineau, de la Cour fédérale. La première ordonnance faisait droit à des requêtes présentées en application de la règle 399 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* et annulait une ordonnance rendue *ex parte* qui avait fait droit à une demande présentée en vertu de la règle 327 et visant à l'enregistrement, à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. En effet, selon le juge Martineau, le protonotaire n'avait pas le pouvoir de rendre une telle ordonnance. Le juge Martineau avait estimé que l'ordonnance du protonotaire était nulle et ne pouvait être rectifiée ou rachetée par le principe de la validité *de facto* ni selon une quelconque règle de pratique. Par une deuxième ordonnance, le juge Martineau avait rejeté la demande *ex parte* présentée par l'appelante en vue d'une ordonnance *nunc pro tunc* (ou *de bene esse*) portant exécution de la sentence sur la foi du dossier tel qu'il existait au 15 janvier 2003, date de la demande originale. Selon le juge, l'appelante n'avait pas divulgué au protonotaire certains obstacles à l'enregistrement et à l'exécution de la sentence.

Le 30 mai 2002, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm rendait une sentence arbitrale définitive chiffrée à 40 millions de dollars américains en faveur de l'appelante et à l'encontre du State Property Fund (SPF) of Ukraine, l'un des intimés dans la présente affaire. L'appelante a alors déposé une demande d'enregistrement en application des règles 327 et 328. Elle y affirmait que le SPF était un organe de l'État ukrainien, dont l'adresse au Canada était l'ambassade d'Ukraine. L'ordonnance du protonotaire, favorable à l'appelante, fut signifiée au SPF. L'appelante a alors obtenu un bref de saisie-exécution à l'encontre du «State Property Fund of Ukraine, un organe de l'État ukrainien» et a écrit à un shérif de Terre-Neuve pour le prier de saisir des biens utilisés dans le cadre d'une activité commerciale. Le shérif a saisi «l'aéronef Antonov—124-100», situé à l'aéroport de Goose Bay (Terre-Neuve), qui appartenait à l'État ukrainien, mais qui était exploité par Aviation Scientific Technical Complex (l'Antonov). Lorsque le shérif a délivré un avis de vente du bien, le SPF a déposé un avis d'opposition tandis que l'Antonov déposait un avis de mise en cause et priait la Cour fédérale d'annuler l'avis de saisie aux motifs que le bien saisi n'appartenait pas au SPF, le débiteur, et que le fait d'autoriser la saisie reviendrait à rétablir comme débiteur l'État

party claim, for a determination as to whether Ukraine is a judgment debtor and also to validate the seizure. SPF later sought an order setting aside the Prothonotary's *ex parte* order on the grounds that the Federal Court lacked jurisdiction *ratione materiae* and because Canada was an inappropriate forum. When Prothonotary Tabib granted the appellant's motion, SPF and Antonov appealed and Ukraine sought leave to intervene. Ukraine later moved under rule 399 for a declaration that Prothonotary Morneau lacked jurisdiction (1) due to *State Immunity Act*, section 3, and (2) because a prothonotary does not have power to grant relief upon an application under rules 327, 328. Martineau J. held a case management conference at which he indicated his unwillingness to entertain arguments concerning state immunity or Federal Court jurisdiction when the "new jurisdictional issue" came on for hearing.

*Held*, the appeals should be dismissed.

Dealing first with the rule 399 motions, it was suggested that SPF's motion was out of time. While the rule does not impose a time limit within which a motion may be filed, Hugessen J. stated in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, that the "public interest in the stability and finality of the judicial process . . . lend[s] weight to the case law which holds that motions of this sort must be brought with reasonable diligence". Here, 12 months had elapsed before SPF raised the issue and, in normal circumstances, such delay would be fatal. This was not, however, a normal situation; the case was still very much alive when the issue was at last raised and it was advanced the first time the case came in front of a judge. This was an important jurisdictional issue and, in all the circumstances, the Court was prepared to entertain SPF's rule 399 motion. The delay could go to costs.

The powers of prothonotaries were reviewed recently by this Court in *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government v. Canada*. It was therein recognized that prothonotaries' powers have, over time, been augmented, but mostly in respect of pre-trial and post-judgment proceedings. The Rules no longer allow them to act merely on the parties' consent. *Federal Courts Act*, subsection 12(1) provides for the appointment of

ukrainien, à l'endroit duquel il y avait eu désistement de la procédure d'arbitrage. À son tour, l'appelante a déposé un avis de requête contestant les avis d'opposition et l'avis de mise en cause, afin qu'il soit précisé si l'État ukrainien était un débiteur judiciaire et aussi pour faire valider la saisie. Le SPF a plus tard sollicité une ordonnance annulant l'ordonnance *ex parte* du protonotaire aux motifs que la Cour fédérale n'avait pas la compétence matérielle et que le Canada n'était pas l'État approprié du for. Quand la protonotaire Tabib a fait droit à la requête de l'appelante, le SPF et l'Antonov ont interjeté appel et l'État ukrainien a demandé l'autorisation d'intervenir. L'État ukrainien a ensuite demandé selon la règle 399 une ordonnance déclarant que le protonotaire Morneau n'avait pas compétence 1) en raison de l'article 3 de la *Loi sur l'immunité des États*, et 2) parce qu'un protonotaire n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance dans une demande présentée selon les règles 327 et 328. Lors d'une conférence de gestion de l'instance, le juge Martineau avait fait savoir que, à l'audition de la «nouvelle exception d'incompétence», il ne serait pas disposé à entendre des arguments portant sur l'immunité des États ou sur la compétence de la Cour fédérale.

*Arrêt*: les appels doivent être rejetés.

S'agissant d'abord des requêtes présentées en vertu de la règle 399, l'appelante a fait valoir que la requête du SPF avait été présentée en dehors des délais. La règle 399 ne fixe aucune limite de temps au dépôt d'une requête, mais le juge Hugessen avait indiqué, dans la décision *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, que «l'intérêt que possède le public dans la stabilité et la finalité du processus judiciaire [. . .] s'ajoute de façon probante à la jurisprudence qui énonce que les requêtes de cette nature doivent être déposées avec une diligence raisonnable». Ici, 12 mois s'étaient écoulés avant que le SPF ne soulève la question de la compétence. Dans des circonstances normales, un délai aussi long serait fatal. Il ne s'agissait pas cependant d'une situation normale; le dossier était encore très actif quand la question a finalement été soulevée et la question a été soulevée la toute première fois qu'un juge a été saisi de l'affaire. C'était là une importante exception d'incompétence et, en tout état de cause, la Cour était disposée à instruire la requête présentée par le SPF en vertu de la règle 399. L'argument relatif à la tardiveté pouvait être considéré à l'étape de l'adjudication des dépens.

Les attributions des protonotaires ont été examinées récemment par la Cour dans l'arrêt *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government c. Canada*. Il a été reconnu dans ce précédent que la compétence des protonotaires s'est élargie au fil du temps, mais cet élargissement est pour l'essentiel circonscrit aux procédures avant procès et aux procédures après jugement. Les Règles n'habilitent plus les protonotaires à agir sur simple

prothonotaries who are necessary for the efficient performance of “the work of the Court that, under the Rules, is to be performed by them”. Their general powers are set out in rule 50. They are to hear motions (subject to some 12 exceptions) as well as certain actions in which the amount claimed does not exceed \$50,000. In addition, they play a role in case management, pre-trial and dispute resolution conferences. Proceedings can be commenced only by an action, application or appeal. They cannot be launched by motion. Motions are governed by specific rules found in Part 7: rules 358-371. Rule 2 defines a motion as a request to enforce the Rules but it is clear that such “request” lacks the standing of an action, application or appeal to which a motion is most often incidental. Rule 50 does not grant prothonotaries any power with respect to the final disposition of an appeal or application; an application for the registration and enforcement of a foreign judgment is an “application” and accordingly falls outside the scope of their authority. Regardless of what the practice is—or was under the former Rules—a prothonotary does not have the jurisdiction to determine an application under rules 327-334. The Court was unable to agree that the enforcement of a foreign judgment was nothing more than a post-judgment proceeding and so within a prothonotary’s jurisdiction.

Nor could the Prothonotary’s order be saved by rule 56, which concerns non-compliance with the Rules. The appellant relied upon an English Court of Appeal case, *Harkness v. Bell’s Asbestos and Engineering, Ltd.*, in which leave of the “court” to bring an action was granted by a district registrar (similar to a prothonotary) rather than by a judge in chambers. The Court found this to have been a mere irregularity curable under a rule much like our rule 56. This Court could not agree that the making by a non-judge of an order which only a judge can make is a mere non-compliance with the Rules. Rather, it is a matter of jurisdiction. An “irregularity” could, under the *Federal Courts Rules*, be equated with “nullity” in certain circumstances. Under the Rules of the Federal Court of Canada, the concept of “non-compliance” has always been confined to matters of form as opposed to matters of jurisdiction. The entire exercise herein was essentially flawed, in both form and substance. The decision in *Harkness* could, perhaps, be explained by its highly unusual circumstances. Years had passed before the problem came to light and a new rule conferring authority upon a judge rather than a master had not come to the attention of the profession. Even if what had

consentement des parties. Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit la nomination de protonotaires de la Cour fédérale «remplissant les conditions voulues pour l’exécution des travaux de celle-ci qui, aux termes des règles, incombent à cette catégorie de personnel». Les attributions générales des protonotaires sont définies dans la règle 50. Le protonotaire peut entendre toute requête (sous réserve de quelque 12 exceptions) ainsi que certaines actions dans lesquelles la somme demandée ne dépasse pas 50 000 \$. Il exerce aussi un rôle dans les conférences préparatoires, les conférences de gestion des instances et les conférences de règlement des litiges. Une instance ne peut être introduite qu’au moyen d’une action, d’une demande ou d’un appel. Elle ne peut être introduite par voie de requête. Les requêtes sont régies par des règles particulières qui se trouvent dans la partie 7: les règles 358 à 371. La règle 2 définit une requête comme un document par lequel une personne demande à la Cour de faire appliquer les Règles, mais il ressort clairement des Règles qu’un tel «document» n’a pas le même rang ou le même rôle que celui d’une action, d’une demande ou d’un appel et que les requêtes sont généralement accessoires aux actions, aux demandes ou aux appels. La règle 50 ne donne aux protonotaires aucun pouvoir de statuer en dernier ressort sur des demandes ou des appels; une demande d’enregistrement et d’exécution d’un jugement étranger est une «demande» et elle échappe donc aux attributions d’un protonotaire. Quelle que puisse être la pratique—ou quelle qu’elle ait pu être selon les anciennes Règles—un protonotaire n’a pas le pouvoir de statuer sur une demande présentée en vertu des règles 327 à 334. La Cour n’a pu admettre que l’exécution d’un jugement étranger équivalait à une procédure après jugement et qu’elle ressortissait de ce fait aux protonotaires.

L’ordonnance du protonotaire ne pouvait non plus être rachetée par la règle 56, qui concerne l’inobservation des Règles. L’appelante s’est fondée sur un arrêt de la Cour d’appel anglaise, *Harkness v. Bell’s Asbestos and Engineering, Ltd.* Dans cette affaire, l’autorisation du «tribunal» pour l’introduction d’une instance avait été accordée par un greffier de district (assimilable à un protonotaire) plutôt que par un juge en chambre. La Cour d’appel anglaise avait estimé qu’il s’agissait là d’une simple irrégularité qui pouvait être corrigée au moyen d’une règle très semblable à notre règle 56. La Cour d’appel fédérale n’a pu admettre que le fait pour une personne qui n’a pas statut de juge de rendre une ordonnance que seul un juge peut rendre puisse être qualifié de simple inobservation des Règles. Il s’agit plutôt d’un cas d’incompétence. Le mot «irrégularité» pourrait, selon les *Règles des Cours fédérales*, être assimilé dans certains cas à la «nullité». Selon les Règles de la Cour fédérale du Canada, la notion d’inobservation a toujours été confinée aux questions de forme par opposition aux questions de compétence. C’est l’exercice tout entier ici qui, à sa base, présentait un vice, à la fois de forme et de fond. L’arrêt *Harkness* pouvait sans doute s’expliquer par les

taken place herein could be looked upon as “non-compliance”, it would be non-compliance with the Act, not the Rules. If a prothonotary purports to exercise an authority he does not possess, he acts outside the Rules and in non-compliance with the Act. Reference could be made to a number of Canadian cases in which decisions of masters were set aside as made without jurisdiction. Rule 56 was not applicable.

Nor could the impugned decision be saved by the “*de facto* doctrine”, which imparts validity to the official acts of those who make decisions under colour of authority. There was here no colour of authority to start with. It may be that the Prothonotary acted under a mistake on the part of the person induced to assign the file to him rather than to a judge, but he did what only a judge can do. No case law supported the proposition that the *de facto* doctrine could justify the performance of judicial duties by a non-judge. Furthermore, an order enforcing the award ought not to have been granted *ex parte*.

Turning to the *nunc pro tunc* motion, Martineau J. did not err in noting that, upon an *ex parte* motion, the moving party bears a duty of full and fair disclosure of all the material facts. Under paragraph 329(1)(g) of the Rules, an applicant must file an affidavit that “having made careful and full inquiries, the applicant knows of no impediment to registration, recognition or enforcement of the foreign judgment”. That is in addition to the common law requirement of a high duty of disclosure upon an *ex parte* applicant. As was said by Sharpe J. in *United States of America v. Friedland*, such an applicant “is not entitled to present only its side of the case in the best possible light, as it would if the other side were present . . . the moving party . . . must inform the Court of any points of fact or law known to it which favour the other side”. Although that was said in the *ex parte* injunctions context, the principle was applicable herein. On any *ex parte* application, the utmost good faith must be observed because the applicant is invoking a procedure that runs counter to the fundamental principle of justice that all sides of a dispute should be heard. The appellant, TMR Energy Limited, supplied an affidavit that it knew of no impediment to registration though in fact the corporation was of the view that the judgment debtor under the award was the State of Ukraine (not SPF) and its intention was to use Canadian registration of the award against SPF in order to enforce the award, in Canada, against Ukraine. This was very much material. Where, as here, the judgment creditor

circumstances très particulières de cette affaire. Plusieurs années s'étaient écoulées avant que ne fussent découverts les vices de la procédure, et la nouvelle règle qui conférait le pouvoir à un juge plutôt qu'à un protonotaire n'était pas venue à l'attention de la profession. À supposer que l'absence de pouvoir du protonotaire puisse être considérée comme une forme d'«inobservation», il s'agirait d'une inobservation de la Loi, et non des Règles. Le protonotaire, lorsqu'il exerce un pouvoir qu'il ne possède pas, agit en dehors des Règles et se trouve en réalité à ne pas observer la Loi. Cette interprétation trouvait appui dans plusieurs précédents canadiens qui avaient cassé des décisions de protonotaires parce qu'elles avaient été rendues sans compétence. La règle 56 n'était pas applicable.

La décision contestée ne pouvait non plus être rachetée par la «doctrine de la validité *de facto*», qui confère la validité aux actes officiels de personnes qui rendent des décisions sur la foi d'un présumé pouvoir. Au reste, il n'y avait en l'espèce aucun pouvoir apparent. Le protonotaire avait peut-être agi en conséquence d'une erreur, c'est-à-dire l'erreur de quiconque avait été conduit à lui attribuer le dossier à lui plutôt qu'à un juge, mais il avait accompli un acte que seul un juge pouvait accomplir. Aucun précédent ne permettait d'affirmer que la doctrine de la validité *de facto* pouvait valider l'accomplissement de fonctions judiciaires par une personne n'ayant pas statut de juge. Par ailleurs, une ordonnance portant exécution de la sentence n'aurait pas dû être rendue *ex parte*.

S'agissant de la requête *nunc pro tunc*, le juge Martineau n'avait commis aucune erreur lorsqu'il avait précisé que, lorsqu'une requête ou demande est présentée *ex parte*, le requérant ou le demandeur a l'obligation de faire une divulgation franche et intégrale de tous les faits pertinents. Selon l'alinéa 329(1)(g) des Règles, le demandeur doit déposer un affidavit mentionnant que «le demandeur, après avoir effectué des recherches complètes et minutieuses, ne connaît aucun empêchement à l'enregistrement, à la reconnaissance ou à l'exécution du jugement étranger». Outre cette obligation, il y a la règle de common law qui astreint le demandeur, dans une demande *ex parte*, à un exercice exigeant de divulgation. Comme le disait le juge Sharpe dans la décision *United States of America v. Friedland*, un tel demandeur «ne peut se limiter à présenter uniquement sa version des faits sous le meilleur jour possible, comme ce serait le cas si l'autre partie était présente [ . . . ] La partie requérante [ . . . ] doit informer la Cour des points de fait ou de droit dont elle a connaissance et qui favorisent l'autre partie». Ce principe était exposé dans le contexte d'injonctions *ex parte*, mais il était applicable ici. Dans une demande *ex parte*, la plus entière bonne foi doit être observée parce que le demandeur invoque une procédure qui va à l'encontre du principe fondamental de justice selon lequel toutes les parties à un différend doivent être entendues. L'appelante, TMR Energy Limited, avait produit un affidavit où elle affirmait qu'elle n'avait connaissance d'aucun obstacle

describes the judgment debtor in such a way as to create confusion from which it plans to seek benefits, the Court has a right to know, prior to granting on *ex parte* order, that the creditor's intention is to enforce the award against an entity which is not, properly speaking, the judgment debtor under the award. TMR ought to have disclosed the impediments of which it was aware in order to alert the Court that the *State Immunity Act* might apply.

à l'enregistrement bien qu'en fait elle fût d'avis que le débiteur selon la sentence était l'État ukrainien (non le SPF) et que son intention fût d'utiliser l'enregistrement canadien de la sentence rendue contre le SPF afin de pouvoir exécuter la sentence contre l'État ukrainien au Canada. Cette information était fort importante. Lorsque, comme c'est le cas ici, le créancier selon la sentence décrit le débiteur d'une manière qui sème la confusion, une confusion dont il entend tirer parti, la Cour a le droit, avant de rendre une ordonnance *ex parte*, de savoir que l'intention du créancier est d'exécuter la sentence contre une entité qui n'est pas, à proprement parler, le débiteur désigné par la sentence. TMR aurait dû divulguer les obstacles dont elle avait connaissance afin d'avertir la Cour de l'application possible de la *Loi sur l'immunité des États*.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 336.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 12(1) (as am. *idem*, s. 20), (3), 46(1)(h) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 14; 2002, c. 8, s. 44).  
*Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106, rr. 2 "action", "appeal", "application", "Court", "motion", 24, 50, 56, 57, 58, 59, 60, 61, Part 4 (rr. 169-299), Part 5 (rr. 300-334), Part 6 (rr. 335-357), Part 7 (rr. 358-371), 383, 387, 399.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, (as am. by SOR/2004-283, s. 2).  
*State Immunity Act*, R.S.C., 1985, c. S-18, s. 3.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437; (1987), 13 F.T.R. 52 (T.D.); *Coppard v. Customs and Excise Commissioners*, [2003] EWCA Civ 511; [2003] E.W.J. No. 2101 (QL); *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479; (1989), 24 C.I.P.R. 202; 25 C.P.R. (3d) 116; 27 F.T.R. 186 (T.D.); *Gibb v. Nigeria* (2003), 341 A.R. 339; 20 Alta. L.R. (4th) 190; 2003 ABQB 604; *Anlaby v. Praetorius* (1888), 20 Q.B.D. 764 (C.A.); *Foster v. Chubb Insurance Co. of Canada*, [1998] O.J. No. 2283 (Gen. Div.) (QL); *McGrath v. St. Phillips's (Town)* (1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 276 (Nfld. C.A.); *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (Gen. Div.); *Landhurst Leasing plc v. Marcq*, [1997] E.W.J. No. 1490 (C.A.) (QL); *Canadian Paraplegic Assn. (Newfoundland and Labrador) Inc. v. Sparcott Engineering Ltd.* (1997),

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 12(1) (mod., *idem*, art. 20), (3), 46(1)(h) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 14; 2002, ch. 8, art. 44).  
*Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. (1985), ch. S-18, art. 3.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 336.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 2 «action», «appel», «Cour», «demande», «requête», 24, 50, 56, 57, 58, 59, 60, 61, partie 4 (règles 169 à 299), partie 5 (règles 300 à 334), partie 6 (règles 335 à 357), partie 7 (règles 358 à 371), 383, 387, 399.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (mod. par DORS/2004-283, art. 2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437; (1987), 13 F.T.R. 52 (1<sup>re</sup> inst.); *Coppard v. Customs and Excise Commissioners*, [2003] EWCA Civ 511; [2003] E.W.J. n° 2101 (QL); *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 C.F. 479; (1989), 24 C.I.P.R. 202; 25 C.P.R. (3d) 116; 27 F.T.R. 186 (1<sup>re</sup> inst.); *Gibb v. Nigeria* (2003), 341 A.R. 339; 20 Alta. L.R. (4th) 190; 2003 ABQB 604; *Anlaby v. Praetorius* (1888), 20 Q.B.D. 764 (C.A.); *Foster v. Chubb Insurance Co. of Canada*, [1998] O.J. n° 2283 (Div. gén.) (QL); *McGrath v. St. Phillips's (Town)* (1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 276 (C.A. T.-N.); *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. n° 4399 (Div. gén.); *Landhurst Leasing plc v. Marcq*, [1997] E.W.J. n° 1490 (C.A.) (QL); *Canadian Paraplegic Assn. (Newfoundland and Labrador) Inc. v. Sparcott*

150 Nfld. & P.E.I.R. 203 (Nfld. C.A.).

*Engineering Ltd.* (1997), 150 Nfld. & P.E.I.R. 203 (C.A. T.-N.).

REVERSED:

*TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine* (2003), 244 F.T.R. 1; 2003 FC 1517.

DÉCISION INFIRMÉE:

*TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine* (2003), 244 F.T.R. 1; 2003 CF 1517.

CONSIDERED:

*Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)* (1999), 189 F.T.R. 111 (F.C.T.D.); *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government v. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306; 317 N.R. 352; 2004 FCA 93; *Vaughan v. Canada* (2000), 184 F.T.R. 197 (F.C.T.D.); *Harkness v. Bell's Asbestos and Engineering, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 843 (C.A.); *Prenor Trust Co. of Canada v. Seawood Enterprises Ltd.* (1993), 121 N.S.R. (2d) 144; 16 C.P.C. (3d) 30 (N.S.C.A.); *Norsk Hydro ASA v. State Property Fund of Ukraine and Ors*, [2002] EWHC 2120 (Comm.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1999), 189 F.T.R. 111 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government c. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306; 317 N.R. 352; 2004 CAF 93; *Vaughan c. Canada* (2000), 184 F.T.R. 197 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Harkness v. Bell's Asbestos and Engineering, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 843 (C.A.); *Prenor Trust Co. of Canada v. Seawood Enterprises Ltd.* (1993), 121 N.S.R. (2d) 144; 16 C.P.C. (3d) 30 (C.A. N.-É.); *Norsk Hydro ASA v. State Property Fund of Ukraine and Ors*, [2002] EWHC 2120 (Comm.).

REFERRED TO:

*Fawdry & Co. v. Murfitt*, [2002] EWCA Civ 643; [2002] E.W.J. No. 2149 (QL).

DÉCISION CITÉE:

*Fawdry & Co. v. Murfitt*, [2002] EWCA Civ 643; [2002] E.W.J. n° 2149 (QL).

CONSOLIDATED APPEALS from Federal Court orders (1) setting aside a prothonotary's *ex parte* order granting an application under rule 327 of the *Federal Court Rules, 1998* in respect of a foreign arbitral award and (2) denying an *ex parte* order *nunc pro tunc* to register and enforce the award. Appeals dismissed.

APPELS RÉUNIS interjetés à l'encontre d'ordonnances de la Cour fédérale 1) annulant une ordonnance rendue *ex parte* par un protonotaire qui avait fait droit à une demande présentée selon la règle 327 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* et se rapportant à une sentence arbitrale étrangère, et 2) rejetant une demande *ex parte* qui avait été présentée pour que soit rendue une ordonnance *nunc pro tunc* portant enregistrement et exécution de la sentence. Appels rejetés.

APPEARANCES:

*Richard L. Desgagnés, François Fontaine, Azim Hussain and Brian R. Daley* for appellant (applicant).

*George J. Pollack and Louis-Martin O'Neill* for respondent (respondent).

*Thomas G. Heintzman, Q.C. and David E. Platts* for respondent (intervener) ANTK Antonov.

*Frank J. C. Newbould, Q.C. and Lou Kozak, Q.C.* for respondent (intervener) State of Ukraine.

ONT COMPARU:

*Richard L. Desgagnés, François Fontaine, Azim Hussain et Brian R. Daley* pour l'appelante (demanderesse).

*George J. Pollack et Louis-Martin O'Neill* pour l'intimé (défendeur).

*Thomas G. Heintzman, c.r. et David E. Platts* pour l'intimé (intervenant), ANTK Antonov.

*Frank J. C. Newbould, c.r. et Lou Kozak, c.r.* pour l'intimé (intervenant), l'État ukrainien.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Ogilvy Renault*, Montréal, for appellant (applicant).  
*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Montréal, for respondent (respondent).  
*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto and Montréal, for respondent (intervener) ANTK Antonov.  
*Borden Ladner Gervais LLP*, Toronto, for respondent (intervener) State of Ukraine.

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

[1] DÉCARY J.A.: In an order dated September 22, 2004, Martineau J. granted the respondents' motions under rule 399 [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] and set aside an order made *ex parte* by Prothonotary Morneau. He found that the Prothonotary did not have jurisdiction to grant an application brought under rule 327 of the *Federal Court Rules, 1998* for registration, recognition and enforcement of a foreign arbitral award. He went on to conclude that the Prothonotary's order was a nullity, that "such a fundamental jurisdictional error cannot be saved or cured under the *de facto* officer doctrine, Rule 56, Rule 399, or for any reason invoked by TMR", and "that all proceedings occurring subsequent to and in furtherance of said order" were "null and void and of no force and effect."

[2] In a parallel order dated the same day, Martineau J. denied the request made by the appellant TMR Energy Limited (TMR) for an *ex parte* order *nunc pro tunc* (or *de bene esse*) registering, recognizing, and enforcing the award on the basis of the record as it then was at the time the original application was made to the Court, that is on January 15, 2003. The Judge was of the view that TMR had not fully disclosed to the Prothonotary the impediments to the registration, recognition and enforcement of the award. His order was made "without prejudice to TMR's right to re-present its original application or present a fresh application. . . , provided that the notice of application be served on the judgment

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Ogilvy Renault*, Montréal, pour l'appelante (demanderesse).  
*Davies Ward Phillips & Vineberg, s.r.l.*, Montréal, pour l'intimé (défendeur).  
*McCarthy Tétrault, s.r.l.*, Toronto, et Montréal, pour l'intimé (intervenant), ANTK Antonov.  
*Borden Ladner Gervais, s.r.l.*, Toronto, pour l'intimé (intervenant), l'État ukrainien.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Par une ordonnance datée du 22 septembre 2004, le juge Martineau faisait droit aux requêtes présentées par les intimés en application de la règle 399 des Règles [Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106] et annulait une ordonnance rendue *ex parte* par le protonotaire Morneau. Selon lui, le protonotaire n'avait pas compétence pour faire droit à une demande présentée en vertu de la règle 327 des Règles de la Cour fédérale (1998) visant à l'enregistrement, à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Puis le juge Martineau concluait que l'ordonnance du protonotaire était nulle, qu'[TRADUCTION] «une erreur de compétence aussi fondamentale ne peut être rectifiée ou rachetée par le principe de la validité *de facto*, ni par la règle 56 ou la règle 399, ni pour une raison quelconque invoquée par TMR» et que «toutes les procédures ayant suivi ou complété ladite ordonnance» étaient «nulles et de nul effet».

[2] Dans une ordonnance parallèle portant la même date, le juge Martineau rejetait la demande présentée par l'appelante, TMR Energy Limited (TMR), en vue d'une ordonnance *nunc pro tunc* (ou *de bene esse*) *ex parte* qui enregistrerait, reconnaîtrait et exécuterait la sentence sur la foi du dossier tel qu'il était alors au moment de la présentation de la demande originale à la Cour, c'est-à-dire le 15 janvier 2003. Le juge était d'avis que TMR n'avait pas pleinement révélé au protonotaire les obstacles à l'enregistrement, à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence. Il a rendu son ordonnance [TRADUCTION] «sans préjudice du droit de TMR de présenter de nouveau sa demande originale ou de

debtor in the manner specified in section 9 of the *State Immunity Act*.”

[3] TMR appealed the two orders in files A-496-04 (the second order) and A-497-94 (the first order). The appeals were consolidated and heard together. The reasons that follow will dispose of both appeals, the original being filed in A-496-04, copy in A-497-04.

### The facts

[4] A brief recital of the relevant facts and proceedings is warranted at this stage.

[5] On May 30, 2002, the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (the Institute) renders a final arbitral award (the award) in favour of TMR against the respondent the State Property Fund of Ukraine (SPF). The award is for a total sum of some US\$40 million.

[6] It appears from the record (A.B., Vol. 1, pages 42 and 128) that TMR had also joined the State of Ukraine as a respondent separate entity in the same proceeding before the Institute, but had eventually discontinued that proceeding without prejudice.

[7] On January 15, 2003, TMR files *ex parte*, in Montréal, a “Notice of Application for Registration of Foreign Arbitral Award” under rules 327 and 328 of the *Federal Court Rules, 1998* (as they were then referred to), the award being that “granted against the State Property Fund of Ukraine.” The notice of application names as respondent “State Property Fund of Ukraine,” whom it describes in the style of cause as “an organ of the State of Ukraine” (A.B., Vol. 1, page 29).

[8] In the material filed in support of the notice of application, TMR alleges that SPF is “an organ of the State of Ukraine” (A.B., Vol. 1, page 35) whose Canadian address is believed to be the Embassy of Ukraine, in Canada. A French and a Swedish lawyer

présenter une nouvelle demande [. . .], à condition que l’avis de demande soit signifié, de la manière prévue par l’article 9 de la *Loi sur l’immunité des États*, au débiteur judiciaire».

[3] TMR a fait appel des deux ordonnances, n° du greffe A-496-04 (pour la deuxième ordonnance) et n° du greffe A-497-94 (pour la première ordonnance). Les appels ont été réunis pour être jugés ensemble. Les motifs qui suivent régleront les deux appels: l’original sera déposé dans le dossier A-496-04, et une copie dans le dossier A-497-04.

### Les faits

[4] Un bref rappel des faits et des procédures est requis à ce stade-ci.

[5] Le 30 mai 2002, l’Institut d’arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (l’Institut) rendait une sentence arbitrale définitive (la sentence) en faveur de TMR, à l’encontre de l’intimé, le State Property Fund of Ukraine (le SPF). La sentence accorde une somme totale d’environ 40 millions de dollars américains.

[6] Il appert du dossier (D.A., vol. 1, pages 42 et 128) que TMR avait désigné également l’État ukrainien comme intimé distinct, dans la même procédure introduite devant l’Institut, mais qu’elle s’était finalement, sous toutes réserves, désistée de cette procédure.

[7] Le 15 janvier 2003, TMR déposait, *ex parte*, à Montréal, «un avis de demande d’enregistrement d’une sentence arbitrale étrangère», en application des règles 327 et 328 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* (leur désignation à l’époque), la sentence étant celle [TRADUCTION] «qui avait été rendue à l’encontre du State Property Fund of Ukraine». L’avis de demande désignait comme défendeur le «State Property Fund of Ukraine», qu’il décrit dans l’intitulé comme [TRADUCTION] «un organe de l’État ukrainien» (D.A., vol. 1, page 29).

[8] Dans les pièces produites au soutien de l’avis de demande, TMR disait que le SPF est [TRADUCTION] «un organe de l’État ukrainien» (D.A., vol. 1, page 35), dont l’adresse au Canada serait l’ambassade d’Ukraine au Canada. Un avocat français et un avocat suédois

state in their respective affidavits that they “know of no impediment to the registration, recognition or enforcement of the Final Arbitral Award” (A.B., Vol. 1, pages 131, 295). A Canadian lawyer makes the same statement in an affidavit, but only on the basis of the two affidavits referred to above (A.B., Vol. 1, page 37). Two letters emanating from TMR and addressed to SPF, dated respectively June 14, 2002 and July 1, 2002, are also filed, in which TMR puts SPF on notice that (A.B., Vol. 1, pages 288, 290):

In the event we do not receive payment in the above indicated time frame, we would be left with no choice but to instruct our attorneys to take all appropriate measures in Ukraine and in all jurisdictions where the State of Ukraine has assets in order to obtain compulsory enforcement of the Final Award . . . .

...

Before we commence enforcement proceedings in various jurisdictions on the assets of the State of Ukraine to satisfy the Final Award . . . .

[9] The application is referred by the Registry to a prothonotary. On January 17, 2003, Prothonotary Morneau, after hearing from counsel for TMR, grants the *ex parte* application in the following terms:

HAVING READ the Applicant’s *ex parte* Notice of Application for Registration, Recognition, and Enforcement of Foreign Arbitral Award under Rules 327 and 328 of the *Federal Court Rules, 1998*, and the material in support thereof and having heard representations by counsel for the Applicant, it is ordered that:

1. The Final Arbitral Award granted against the State Property Fund of Ukraine by the arbitral tribunal constituted pursuant to the rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, on 30 May 2002, is hereby registered, recognized and shall be enforceable as any other judgment of this Court. However, unless the Court orders otherwise, execution shall not be issued for 60 days following service of this Order;
2. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant the sum of \$56,363,127.57 CDN, being the equivalent of \$36,711,475.00 USD, in damages;

affirmaient, dans leurs affidavits respectifs, qu’ils [TRADUCTION] «n’avaient connaissance d’aucun obstacle à l’enregistrement, à la reconnaissance ou à l’exécution de la sentence arbitrale définitive» (D.A., vol. 1, pages 131 et 295). Un avocat canadien affirmait la même chose dans un affidavit, mais uniquement sur la foi des deux affidavits susmentionnés (D.A., vol. 1, page 37). Deux lettres provenant de TMR et adressées au SPF, datées respectivement du 14 juin 2002 et du 1<sup>er</sup> juillet 2002, étaient également produites, dans lesquelles TMR informait le SPF de ce qui suit (D.A., vol. 1, pages 288 et 290):

[TRADUCTION] Si nous ne recevons pas le paiement dans le délai susmentionné, nous n’aurons d’autre choix que de demander à nos avocats de prendre, en Ukraine et dans tous les pays où l’État ukrainien détient des actifs, toutes les mesures qui permettraient d’obtenir l’exécution obligatoire de la sentence définitive [ . . . ]

[ . . . ]

Avant que nous n’introduisions, dans divers pays, des procédures d’exécution à l’encontre des actifs de l’État ukrainien afin de faire exécuter la sentence définitive [ . . . ]

[9] La demande est soumise par le greffe à un protonotaire. Le 17 janvier 2003, le protonotaire Morneau, après avoir entendu les avocats de TMR, accordait la demande *ex parte*, selon les termes suivants:

[TRADUCTION]

APRÈS LECTURE de l’avis de demande *ex parte* produit par la demanderesse en vue de l’enregistrement, de la reconnaissance et de l’exécution de la sentence arbitrale étrangère, en application des règles 327 et 328 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, et lecture des pièces à l’appui de tel avis de demande, et après avoir entendu les observations des avocats de la demanderesse, il est ordonné ce qui suit:

1. La sentence arbitrale définitive rendue à l’encontre du State Property Fund of Ukraine par le tribunal arbitral établi conformément aux règles de l’Institut d’arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm le 30 mai 2002 est enregistrée et reconnue et sera exécutoire comme tout autre jugement de la Cour. Toutefois, sauf ordonnance contraire de la Cour, l’exécution ne pourra se faire que 60 jours après signification de la présente ordonnance;
2. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, à titre de dommages-intérêts, la somme de 56 363 127,57 \$CAN, soit l’équivalent de 36 711 475,00 \$US;

- |  |   |
|--|---|
| <p>3. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant the sum of \$3,963,170.35 CDN, being the equivalent of \$2,546,533.67 USD, in interest accruing until 31 December 2002;</p> <p>4. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant the sum of \$1,535,300 CDN, being the equivalent of \$1,000,000 USD, as the Applicant's arbitration costs;</p> <p>5. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant the sum of \$397,773.40 CDN, being the equivalent of €277,426, as the Arbitrators' fees and expenses;</p> <p>6. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant the sum of \$775.50 CDN, being the equivalent of 5,000 Swedish Kroner, as the Arbitrators' fees and expenses;</p> <p>7. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant the sum of \$551.17 CDN, being the equivalent of \$359 USD, as the Arbitrators' fees and expenses;</p> <p>8. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant, as per the terms of the Final Arbitral Award, interest at a rate equivalent to the one-month LIBOR rate plus 5% on the sum of \$30,545,045 USD, from 1 January 2003 up to payment;</p> <p>9. The grand total amounts to \$62,260,697.99 CDN plus the interest calculated under para. 8;</p> | <p>3. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, au titre des intérêts courus jusqu'au 31 décembre 2002, la somme de 3 963 170,35 \$CAN, soit l'équivalent de 2 546 533,67 \$US;</p> <p>4. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, au titre des frais d'arbitrage de la demanderesse, la somme de 1 535 300 \$CAN, soit l'équivalent de 1 000 000 \$US;</p> <p>5. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, au titre des honoraires et frais des arbitres, la somme de 397 773,40 \$CAN, soit l'équivalent de 277 426 €;</p> <p>6. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, au titre des honoraires et frais des arbitres, la somme de 775,50 \$CAN, soit l'équivalent de 5 000 KR S;</p> <p>7. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, au titre des honoraires et frais des arbitres, la somme de 551,17 \$CAN, soit l'équivalent de 359 \$US;</p> <p>8. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, en vertu des conditions de la sentence arbitrale définitive, des intérêts selon un taux correspondant au taux LIBOR à un mois, plus cinq points de pourcentage, sur la somme de 30 545 045 \$US, et cela à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2003 jusqu'à paiement;</p> <p>9. Le grand total se chiffre à 62 260 697,99 \$CAN, plus les intérêts calculés comme le prévoit le paragraphe 8;</p> |
|--|---|

With costs and post-registration interest on the sum of \$11,401,720.05 CDN at the rate set out in the *Interest Act*, s. 3 (5%), against the State Property Fund of Ukraine.

Avec les dépens et les intérêts postérieurs à l'enregistrement, sur la somme de 11 401 720,05 \$CAN, selon le taux indiqué dans l'article 3 de la *Loi sur l'intérêt* (5 %), à l'encontre du State Property Fund of Ukraine.

[10] The Prothonotary's order, as required therein, is served on SPF on March 4, 2003. Even though not so required, TMR attempts, on January 22, 2003, to serve the order on the State of Ukraine through the offices of the Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade. TMR is, however, advised by the Department on July 2, 2004 that the State of Ukraine had refused, some time in February 2003, to be served with the order (A.B., Vol. 2, page 420):

[10] L'ordonnance du protonotaire, ainsi qu'elle le prévoyait, fut signifiée au SPF le 4 mars 2003. Bien qu'elle n'y fût pas tenue, TMR a tenté le 22 janvier 2003 de signifier l'ordonnance à l'État ukrainien, par l'entremise des bureaux du ministère canadien des Affaires étrangères et du Commerce international. TMR fut cependant informée par le ministère le 2 juillet 2004 que l'État ukrainien avait refusé, au cours du mois de février 2003, de recevoir signification de l'ordonnance (D.A., vol. 2, page 420):

As explained to you earlier, since the Order was not an originating document (s. 9) nor an order arising from an originating document served under the "State Immunity Act"

[TRADUCTION] Comme nous vous l'avons expliqué plus tôt, puisque l'ordonnance n'était pas un acte introductif d'instance (article 9) ni une ordonnance découlant d'un acte introductif

(s. 10) it could not be served in accordance with the method set out in the “State Immunity Act.”

d’instance signifié en vertu de la Loi sur l’immunité des États (article 10), elle n’a pu être signifiée en conformité avec la méthode indiquée dans la Loi sur l’immunité des États.

[11] SPF does not appeal the Prothonotary’s order.

[11] Le SPF n’a pas fait appel de l’ordonnance du protonotaire.

[12] On June 11, 2003, TMR makes a request for a writ of seizure and sale directed to the sheriff of any county of any province in Canada and/or to the bailiff of the province of Quebec. According to the summary of the recorded entries, the request was made “to seize the State of Ukraine further to the registration of the Foreign Arbitral Award” but a draft was prepared by Prothonotary Morneau with respect to the “Respondent ‘State Property Fund of Ukraine, an organ of the State of Ukraine’ *tel qu’indiqué sur le projet de Bref ci-joint*” (Supp. A.B., Tab 3, pages 121, 122).

[12] Le 11 juin 2003, TMR demandait au shérif de tout comté de toute province du Canada et/ou à l’huissier de la province de Québec de délivrer un bref de saisie-exécution. D’après le sommaire des écritures consignées, demande était faite au shérif et à l’huissier [TRADUCTION] «de procéder à une saisie-exécution contre l’État ukrainien, à la suite de l’enregistrement de la sentence arbitrale étrangère», mais un projet fut préparé par le protonotaire Morneau, qui concernait [TRADUCTION] «l’intimé, “le State Property Fund of Ukraine, un organe de l’État ukrainien”, tel que l’indique le projet de bref ci-joint» (D.A. suppl., onglet 3, pages 121 et 122).

[13] On June 11, 2003, a writ of seizure and sale is issued by the Registry in Montréal with respect to the property of the respondent, the respondent being referred to in the style of cause as “State Property Fund of Ukraine, an organ of the STATE of UKRAINE” (Supp. A.B., Tab 4, page 71).

[13] Le 11 juin 2003, un bref de saisie-exécution était délivré par le greffe à Montréal, à l’encontre des biens de l’intimé, celui-ci étant appelé dans l’intitulé le [TRADUCTION] «State Property Fund of Ukraine, un organe de l’ÉTAT UKRAINIEN» (D.A., suppl., onglet 4, page 71).

[14] On June 27, 2003, counsel for TMR sends the following letter to a sheriff in St. John’s, Newfoundland (Supp. A.B., Tab 5, page 78):

[14] Le 27 juin 2003, l’avocat de TMR envoyait la lettre suivante au shérif de St. John’s (Terre-Neuve) (D.A. suppl., onglet 5, page 78):

As per our telephone conversation of this morning please find herewith original Order from the Federal Court of Canada.

[TRADUCTION] Suite à notre conversation téléphonique de ce matin, veuillez trouver ci-joint l’ordonnance originale de la Cour fédérale du Canada.

I confirm to you that the Respondent was served on March 4th, 2003 with an official translation in Ukrainian of the said Court Order and that, since then, the Respondent is aware of the proceedings instituted in Canada and of the fact that the above-referred Order is now executable on any of its property.

Je vous confirme qu’une traduction officielle en ukrainien de ladite ordonnance a été signifiée au défendeur le 4 mars 2003 et que, depuis lors, le défendeur a connaissance des procédures introduites au Canada et du fait que l’ordonnance susmentionnée est maintenant exécutoire contre l’un quelconque de ses biens.

I also confirm to you that based on information available the property to be seized is “*property used or intended for a commercial activity*” as per the meaning of section 12(1)(b) of the *State Immunity Act* and that therefore it is not immuned from attachment and execution as per section 12 of the *Act*.

Je vous confirme aussi que, compte tenu des renseignements disponibles, les biens qui seront saisis sont «des biens utilisés ou destinés à être utilisés dans le cadre d’une activité commerciale», au sens de l’alinéa 12(1)b) de la *Loi sur l’immunité des États*, et que par conséquent ils ne sont pas insaisissables au sens de l’article 12 de la Loi.

[15] On June 27, 2003, the sheriff issues the following notice of seizure (Supp. A.B., Tab 6, page 68):

To: STATE PROPERTY FUND OF UKRAINE AN  
ORGAN OF THE STATE OF UKRAINE

KUTUZOVA ST. 18/9 KIEV, 252133, UKRAINE

[15] Le 27 juin 2003, le shérif délivrait l’avis de saisie suivant (D.A. suppl., onglet 6, page 68):

[TRADUCTION]

DESTINATAIRE: LE STATE PROPERTY FUND OF  
UKRAINE, UN ORGANE DE L’ÉTAT  
UKRAINIEN

KUTUZOVA ST. 18/9 KIEV, 252133,  
UKRAINE

In the action of: T-60-03 Registration Number: 2003003306

Creditors

TMR ENERGY LIMITED / OGILVY RENAULT

Debtors

STATE PROPERTY FUND  
OF UKRAINE /

AN ORGAN OF THE STATE OF UKRAINE

N° du greffe: T-60-03 N° d’enregistrement: 2003003306

Créanciers

TMR ENERGY LIMITED / OGILVY RENAULT

Débiteurs

LE STATE PROPERTY FUND  
OF UKRAINE, /

UN ORGANE DE L’ÉTAT UKRAINIEN

TAKE NOTICE THAT TO SATISFY THE CLAIM(S)  
AGAINST YOU AS DETAILED ON THE ACCOMPANYING  
ENFORCEMENT DEBT REPORT, WE HAVE BEEN  
INSTRUCTED BY TMR ENERGY LIMITED TO  
SEIZE THE FOLLOWING:

Description: “Antonov -124-100 Aircraft” Serial No.  
19530501005

Location: Goose Bay Airport, NL

Other Details: Property of the State of Ukraine

The aircraft seized on June 28, 2003 is owned by the  
State of Ukraine, but is operated by Aviation Scientific  
Technical Complex name OP (ANTK) Antonov  
(Antonov).

[16] On July 4, 2003, the sheriff issues a notice of sale  
of property. The sale is to be made on August 18, 2003  
(Supp. A.B., Tab 6, page 69).

[17] As a result of a notice of objection filed by SPF  
and of a notice of third party claim filed by Antonov on  
July 11, 2003, the sheriff, on July 17, 2003, finds both  
notices “to be effective” and informs the “Creditor” that  
it “may apply to a court of competent jurisdiction to  
dispute an objection or a claim within 15 days” failing  
which “the property shall be released from seizure”

SACHEZ QUE, POUR SATISFAIRE AUX  
RÉCLAMATIONS DONT VOUS ÊTES L’OBJET ET QUI  
SONT DÉTAILLÉES DANS LE RAPPORT CI-JOINT DE  
RECouvreMENT D’UNE CRÉANCE, TMR ENERGY  
LIMITED NOUS A DEMANDÉ DE SAISIR LES BIENS  
SUIVANTS:

Désignation: «L’aéronef Antonov -124-100», n° de série  
19530501005

Endroit: Aéroport de Goose Bay (Terre-Neuve)

Autres détails: Propriété de l’État ukrainien

L’aéronef saisi le 28 juin 2003 appartient à l’État  
ukrainien, mais il est exploité par Aviation Scientific  
Technical Complex name OP (ANTK) Antonov (ci-après  
l’Antonov).

[16] Le 4 juillet 2003, le shérif délivrait un avis de  
vente du bien. La vente devait avoir lieu le 18 août 2003  
(D.A. suppl., onglet 6, page 69).

[17] À la suite d’un avis d’opposition déposé par le  
SPF, et d’un avis de mise en cause déposé par l’Antonov  
le 11 juillet 2003, le shérif a estimé le 17 juillet 2003 que  
les deux avis [TRADUCTION] «étaient valides», et il a  
informé le «créancier» qu’il [TRADUCTION] «pouvait  
s’adresser à un tribunal compétent pour contester une  
opposition ou une réclamation dans un délai de 15

(Supp. A.B., Tab 7, pages 103-109).

[18] On July 18, 2003, Antonov serves a notice of motion in the Federal Court for an order setting aside the notice of seizure on the grounds, essentially, that the property seized was not the property of the judgment debtor SPF, that to permit the seizure would be to reintroduce the State of Ukraine, against which arbitration proceedings had been discontinued, as a judgment debtor and that neither the State of Ukraine nor Antonov was served with the Prothonotary's order dated January 17, 2003 (Supp. A.B., Tab 9).

[19] On August 1, 2003, pursuant to the sheriff's notice, TMR serves a notice of motion in the Federal Court to dispute the notice of objection and the notice of third party claim. The motion also seeks to determine whether the State of Ukraine is a judgment debtor and to validate the seizure of the aircraft (Supp. A.B., Tab 10).

[20] On August 8, 2003, SPF serves a notice of motion for an order setting aside the *ex parte* order of Prothonotary Morneau issued on January 17, 2003 on the grounds, *inter alia*, that the award was not yet enforceable, that the Federal Court had no jurisdiction *ratione materiae* and that Canada was not the appropriate forum (Supp. A.B., Tab 11).

[21] The motion served by TMR on August 1, 2003 is heard by Prothonotary Tabib in August and September 2003. Both SPF and Antonov appear at the hearing, the latter as an intervener.

[22] On December 23, 2003 [(2003), 244 F.T.R. 1], Prothonotary Tabib grants TMR's motion, finds that the State of Ukraine is the judgment debtor under the award and validates the seizure of the aircraft.

[23] On January 15 and 16, 2004, SPF and Antonov file an appeal from the order of Prothonotary Tabib. On January 19, 2004, the State of Ukraine seeks leave to intervene in the appeal. Motions for directions filed by SPF and the State of Ukraine are heard by the case management Judge, Martineau J., on February 19, 2004.

jours», à défaut de quoi [TRADUCTION] «la mainlevée de la saisie du bien sera accordée» (D.A. suppl., onglet 7, pages 103 à 109).

[18] Le 18 juillet 2003, l'Antonov signifiait à la Cour fédérale un avis de requête pour que soit rendue une ordonnance annulant l'avis de saisie, au motif, essentiellement, que le bien saisi n'appartenait pas au débiteur, le SPF, que le fait d'autoriser la saisie reviendrait à rétablir comme débiteur l'État ukrainien, à l'endroit duquel il y avait eu désistement de la procédure d'arbitrage, et que ni l'État ukrainien ni l'Antonov n'avaient reçu notification de l'ordonnance du protonotaire datée du 17 janvier 2003 (D.A. suppl., onglet 9).

[19] Le 1<sup>er</sup> août 2003, conformément à l'avis du shérif, TMR signifiait à la Cour fédérale, un avis de requête contestant l'avis d'opposition et l'avis de mise en cause. La requête visait aussi à préciser si l'État ukrainien était un débiteur judiciaire et à valider la saisie de l'aéronef (D.A. suppl., onglet 10).

[20] Le 8 août 2003, le SPF signifiait un avis de requête pour que soit rendue une ordonnance annulant l'ordonnance *ex parte* du protonotaire Morneau rendue le 17 janvier 2003, et cela notamment pour les raisons suivantes: la sentence n'était pas encore exécutoire, la Cour fédérale n'avait pas la compétence matérielle et le Canada n'était pas l'État approprié du for (D.A. suppl., onglet 11).

[21] La requête signifiée par TMR le 1<sup>er</sup> août 2003 a été instruite par la protonotaire Tabib en août et septembre 2003. Le SPF et l'Antonov ont tous deux comparu à l'audience, l'Antonov en tant qu'intervenant.

[22] Le 23 décembre 2003 [(2003), 244 F.T.R. 1], la protonotaire Tabib faisait droit à la requête de TMR, jugeait que l'État ukrainien était le débiteur de par la sentence et validait la saisie de l'aéronef.

[23] Les 15 et 16 janvier 2004, le SPF et l'Antonov faisaient appel de l'ordonnance de la protonotaire Tabib. Le 19 janvier 2004, l'État ukrainien demandait l'autorisation d'intervenir dans l'appel. Des requêtes présentées par le SPF et par l'État ukrainien en vue d'obtenir des directives furent instruites le 19 février

The day before, i.e. on February 18, 2004, counsel for Antonov had informed Martineau J. that he intended to argue that Prothonotary Morneau lacked authority to issue the order of January 17, 2003.

[24] On March 11, 2004, Martineau J. orders, *inter alia*, that “the new jurisdictional issue be raised by way of a motion under Rule 399 to set aside the order made by Prothonotary Richard Morneau on January 17, 2003” (A.B., Vol. 2, page 602).

[25] On March 24, 2004, the State of Ukraine serves a notice of motion under rule 399 for an order declaring that Prothonotary Morneau had no jurisdiction by reason of section 3 of the *State Immunity Act* [R.S.C., 1985, c. S-18] and by reason of the lack of jurisdiction of a prothonotary to make orders in an application under rules 327 and 328 (A.B., Vol. 2, page 381).

[26] Also on March 24, 2004, SPF serves a notice of motion for an order declaring that Prothonotary Morneau’s order was issued without jurisdiction (A.B., Vol. 2, page 383).

[27] Also on March 24, 2004, Antonov serves a notice of motion under rule 399 for an order declaring that Prothonotary Morneau’s order was issued without jurisdiction (A.B., Vol. 2, page 387).

[28] On June 23, 2004, at a case management conference, Martineau J. directs that, at the hearing on the “new jurisdictional issue,” he does not want to hear arguments regarding state immunity or the Federal Court’s jurisdiction. He also directs TMR to file a motion for “protective measures” in the eventuality that he would grant the motion challenging the authority of Prothonotary Morneau.

[29] On July 7, 2004, TMR serves its motion for protective measures in which it seeks different orders,

2004 par le juge chargé de la gestion des instances, le juge Martineau. La veille, c’est-à-dire le 18 février 2004, l’avocat de l’Antonov avait informé le juge Martineau qu’il entendait soutenir que le protonotaire Morneau n’avait pas le pouvoir de rendre l’ordonnance du 17 janvier 2003.

[24] Le 11 mars 2004, le juge Martineau ordonnait, entre autres, que [TRADUCTION] «la nouvelle exception d’incompétence soit alléguée par voie de requête selon la règle 399, une requête visant à l’annulation de l’ordonnance rendue par le protonotaire Richard Morneau le 17 janvier 2003» (D.A., vol. 2, page 602).

[25] Le 24 mars 2004, l’État ukrainien signifiait un avis de requête selon la règle 399 en vue d’obtenir une ordonnance déclarant que le protonotaire Morneau n’avait pas compétence, en raison de l’article 3 de la *Loi sur l’immunité des États* [L.R.C. (1985), ch. S-18] et parce qu’un protonotaire n’a pas le pouvoir de rendre des ordonnances dans une demande présentée selon les règles 327 et 328 (D.A., vol. 2, page 381).

[26] Également le 24 mars 2004, le SPF signifiait un avis de requête en vue d’obtenir une ordonnance déclarant que l’ordonnance du protonotaire Morneau avait été rendue sans compétence (D.A., vol. 2, page 383).

[27] Également le 24 mars 2004, l’Antonov signifiait un avis de requête selon la règle 399 pour que soit rendue une ordonnance déclarant que l’ordonnance du protonotaire Morneau avait été rendue sans compétence (D.A., vol. 2, page 387).

[28] Le 23 juin 2004, lors d’une conférence de gestion de l’instance, le juge Martineau faisait savoir que, à l’audition de la «nouvelle exception d’incompétence», il ne voulait pas entendre d’arguments portant sur l’immunité des États ou sur la compétence de la Cour fédérale. Il demandait aussi à TMR de déposer une requête en «mesures conservatoires», pour le cas où il ferait droit à la requête contestant la compétence du protonotaire Morneau.

[29] Le 7 juillet 2004, TMR signifiait sa requête en mesures conservatoires, dans laquelle elle sollicitait

including an order *nunc pro tunc* registering, recognizing and enforcing the award “as of 17 January 2003 on the basis of the record as it then was” (A.B., Vol. 2, page 390).

[30] Hearings are held with respect to the motions served by SPF, the State of Ukraine and Antonov on March 24, 2004 (the rule 399 motions) and with respect to the TMR motion served on July 7, 2004 (the *nunc pro tunc* motion) in August 2004. On September 22, 2004, Martineau J. issues the orders which are impugned in these appeals and which have been referred to in paragraphs 1 and 2 of these reasons.

#### The rule 399 motions (file A-497-04)

[31] Rule 399 allows the Court to set aside or vary an order that was made *ex parte* if the party against whom the order is made discloses a *prima facie* case why the order should not have been made. It is not clear to me on what basis Antonov, and to a lesser extent the State of Ukraine, against neither of whom Prothonotary Morneau’s order of January 17, 2003 had been issued, were invited by Martineau J. to file a motion under rule 399, but nothing turns on this as SPF was a proper party applicant.

[32] I will deal first with TMR’s argument that SPF’s motion was made out of time. Rule 399 sets no time limit for the filing of the motion. As noted, however, by Hugessen J. in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)* (1999), 189 F.T.R. 111 (F.C.T.D.), paragraph 14, “that is not to say that Rule 399 establishes an endless open reason for attacks upon judgments. Quite the contrary. The public interest in the stability and finality of the judicial process . . . all lend weight to the case law which holds that motions of this sort must be brought with reasonable diligence.”

diverses ordonnances, notamment une ordonnance *nunc pro tunc* enregistrant, reconnaissant et exécutant la sentence [TRADUCTION] «au 17 janvier 2003, sur la foi du dossier tel qu’il existait alors» (D.A., vol. 2, page 390).

[30] En août 2004, se sont déroulées les audiences se rapportant aux requêtes signifiées le 24 mars 2004 par le SPF, l’État ukrainien et l’Antonov (les requêtes présentées en vertu de la règle 399) et se rapportant à la requête de TMR signifiée le 7 juillet 2004 (la requête *nunc pro tunc*). Le 22 septembre 2004, le juge Martineau rendait les ordonnances qui sont contestées dans les présents appels et dont il est fait état aux paragraphes 1 et 2 des présents motifs.

#### Les requêtes présentées en vertu de la règle 399 (n° du greffe A-497-04)

[31] La règle 399 autorise la Cour à annuler ou à modifier une ordonnance qui a été rendue *ex parte* si la partie contre laquelle elle a été rendue présente une preuve *prima facie* démontrant pourquoi elle n’aurait pas dû être rendue. J’ai du mal à voir sur quelle base l’Antonov, et dans une moindre mesure l’État ukrainien, qui, ni l’un ni l’autre, n’étaient visés par l’ordonnance du protonotaire Morneau en date du 17 janvier 2003, ont été invités par le juge Martineau à déposer une requête selon la règle 399, mais rien ne repose sur cet aspect étant donné que le SPF y apparaît à juste titre comme demandeur.

[32] J’examinerai d’abord l’argument de TMR selon lequel la requête du SPF a été présentée hors des délais. La règle 399 ne fixe aucune limite de temps au dépôt de la requête. Ainsi que le faisait observer cependant le juge Hugessen dans la décision *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1999), 189 F.T.R. 111 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), paragraphe 14 «Cela ne signifie pas cependant que la Règle 399 autorise indéfiniment le dépôt de motifs de contestation des décisions, bien au contraire. L’intérêt que possède le public dans la stabilité et la finalité du processus judiciaire [. . .] s’ajoute de façon probante à la jurisprudence qui énonce que les requêtes de cette nature doivent être déposées avec une diligence raisonnable» [[1999] A.C.F. n° 1508 (QL)].

[33] In the case at bar, Prothonotary Morneau's order was served on SPF in March 2003. The issue of the Prothonotary's authority was first raised in February 2004 and the rule 399 motions were served in March 2004. A period of 12 months thus elapsed, during which SPF had multiple occasions, if one was needed, to raise the issue, including when it served its first rule 399 motion on August 8, 2003 (see paragraph 20). In normal circumstances, this lengthy delay would have been fatal to SPF. But these are not normal circumstances. The issue could obviously have been raised earlier and I am not insensitive to the suggestion made by TMR that the attack on the authority of Prothonotary Morneau is a strategical afterthought springing from Prothonotary Tabib's decision to uphold the seizure of the aircraft. The fact is, however, that the case was still very much alive when the issue was finally raised, that the issue was raised the very first time the case went to a judge, that the issue of the nullity of the Prothonotary's order could probably have been raised at that time by the Judge himself, that TMR itself could have raised it from the start, when it first appeared before Prothonotary Morneau, and that the motion was filed at that late time at the very invitation of Martineau J. We are dealing here with an important jurisdictional issue. The award is yet to be enforced. A fresh application for registration, recognition and enforcement of the award under rule 327 may yet be made and disposed of by the proper authority. All in all, I am prepared to entertain SPF's rule 399 motion. The argument with respect to tardiness may be better addressed when we reach the issue of costs.

[34] Turning now to the merit of the appeal, I agree with Martineau J. that a prothonotary does not have the authority to dispose of an application for registration, recognition or enforcement of a foreign judgment brought under rules 326-334. I also agree with him that the Prothonotary's order cannot be cured by the application of rule 56 which deals with non-compliance with the Rules nor by the *de facto* doctrine.

[33] En l'espèce, l'ordonnance du protonotaire Morneau a été signifiée au SPF en mars 2003. La question de la compétence du protonotaire a été soulevée pour la première fois en février 2004, et les requêtes présentées en vertu de la règle 399 ont été signifiées en mars 2004. Une période de 12 mois s'est donc écoulée, au cours de laquelle le SPF a eu de multiples occasions, si tant est qu'une occasion fût nécessaire, de soulever la question, y compris lorsqu'il a signifié le 8 août 2003 sa première requête présentée selon la règle 399 (voir le paragraphe 20). Dans des circonstances normales, un délai aussi long aurait été fatal au SPF. Mais nous n'avons pas affaire à des circonstances normales. La question aurait pu évidemment être soulevée plus tôt, et je ne suis pas insensible à l'idée de TMR, qui voit la contestation de la compétence du protonotaire Morneau comme une stratégie après coup née de la décision de la protonotaire Tabib de confirmer la saisie de l'aéronef. Il se trouve cependant que le dossier était encore très actif quand la question a finalement été soulevée, que la question a été soulevée la toute première fois qu'un juge a été saisi de l'affaire, que la question de la nullité de l'ordonnance du protonotaire aurait sans doute pu être soulevée à ce moment-là par le juge lui-même, que TMR elle-même aurait pu la soulever au tout début, quand elle a comparu au départ devant le protonotaire Morneau, et que la requête a été déposée à cette date tardive à l'invitation même du juge Martineau. Nous avons ici affaire à une importante exception d'incompétence. La sentence n'a pas encore été appliquée. Une demande nouvelle d'enregistrement, de reconnaissance et d'exécution de la sentence selon la règle 327 peut encore être faite et jugée par l'autorité compétente. Tout bien considéré, je suis disposé à instruire la requête présentée par le SPF en vertu de la règle 399. L'argument relatif à la tardiveté sera examiné avec plus d'à-propos lorsque nous serons arrivés à la question des dépens.

[34] S'agissant du bien-fondé de l'appel, je reconnais avec le juge Martineau qu'un protonotaire n'a pas le pouvoir de prononcer sur une demande d'enregistrement, de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement étranger qui est présentée en vertu des règles 326 à 334. Je reconnais aussi avec lui que l'ordonnance du protonotaire ne saurait être rectifiée par l'application de la règle 56, qui traite de l'inobservation d'une disposition des Règles, ni par le principe de la validité *de facto*.

### The authority of the prothonotary

[35] An examination of the powers of the prothonotaries has recently been done by this Court in *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government v. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306 (F.C.A.). While it is true, as noted in *First Canadians'*, that the jurisdiction of prothonotaries has been greatly expanded over time, the fact is that this expansion has essentially been circumscribed to pre-trial proceedings (except injunctions) and post-judgment proceedings and is by law limited to the powers determined by the rules committee of the Federal Court. There is no longer any provision in the Rules whereby prothonotaries are empowered to act on the mere consent of the parties (see former Rule 336 [of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]).

[36] Subsection 12(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 20] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] provides for the appointment of prothonotaries “who are . . . necessary for the efficient performance of the work of the Court that, under the Rules, is to be performed by them” (my emphasis). Subsection 12(3) then goes on to specify that “the powers, duties and functions of the prothonotaries shall be determined by the Rules” (my emphasis). Rule 2 defines “Court” as including “a prothonotary acting within the jurisdiction conferred under [the] Rules” (my emphasis). Paragraph 46(1)(h) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 14; 2002, c. 8, s. 44] of the *Federal Courts Act* states by whom and the manner in which powers are to be vested in prothonotaries:

46. (1) Subject to the approval of the Governor in Council and subject also to subsection (4), the rules committee may make general rules and orders

...

(h) empowering a prothonotary to exercise any authority or jurisdiction, subject to supervision by the Federal Court, even though the authority or jurisdiction may be of a judicial nature;

[37] The general powers, duties and functions of prothonotaries are set out in rule 50. Subsection 50(1) states that:

### Le pouvoir du protonotaire

[35] La Cour a examiné récemment les pouvoirs des protonotaires, dans l'arrêt *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government c. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306 (C.A.F.). Il est vrai, comme on peut le lire dans cet arrêt, que la compétence des protonotaires a été considérablement élargie au fil du temps, mais il se trouve que cet élargissement a pour l'essentiel été circonscrit aux procédures avant procès (sauf les injonctions) et aux procédures après jugement et qu'il se limite en droit aux pouvoirs établis par le comité des règles de la Cour fédérale. Les Règles ne renferment plus de dispositions habilitant les protonotaires à agir sur simple consentement des parties (voir l'ancienne Règle 336 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663]).

[36] Le paragraphe 12(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 20] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] prévoit la nomination de protonotaires de la Cour fédérale «remplissant [. . .] les conditions voulues pour l'exécution des travaux de celle-ci qui, aux termes des règles, incombent à cette catégorie de personnel» (non souligné dans l'original). Le paragraphe 12(3) précise ensuite que «[l]es pouvoirs et fonctions des protonotaires sont fixés par les règles» (non souligné dans l'original). La règle 2 assimile au mot «Cour» le protonotaire «qui agit dans les limites de la compétence conférée par les présentes règles» (non souligné dans l'original). L'alinéa 46(1)h [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 14; 2002, ch. 8, art. 44] de la *Loi sur les Cours fédérales* précise par qui et de quelle manière des pouvoirs sont dévolus aux protonotaires:

46. (1) Sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil et, en outre, du paragraphe (4), le comité peut, par règles ou ordonnances générales:

[. . .]

h) donner pouvoir aux protonotaires d'exercer une autorité ou une compétence—même d'ordre judiciaire—sous la surveillance de la Cour fédérale;

[37] Les attributions générales des protonotaires sont définies dans la règle 50. Le paragraphe 50(1) est ainsi formulé:

50. (1) A prothonotary may hear, and make any necessary orders relating to, any motion under these Rules other than a motion [there follows a list of twelve exceptions, none of which is applicable here]. [My emphasis.]

Subsections 50(2) and (3) of the Rules give prothonotaries the power to hear certain actions in which the amount claimed does not exceed \$50,000. Rules 266, 383 and 387 expressly recognize the role of prothonotaries in pre-trial conferences, case management and dispute resolution conferences.

[38] To understand the jurisdiction of prothonotaries under the *Federal Court Rules, 1998*, it is important to distinguish between actions, applications and appeals, which are the only ways allowed by the Rules to commence proceedings, on the one hand, and motions, on the second hand.

[39] Rule 61 provides that proceedings may be commenced as an action, as an application or as an appeal. An “action” is defined in rule 2 as “a proceeding referred to in rule 169” (i.e. in Part 4 of the Rules, which extends from rule 169 to rule 299). An “application” is defined in rule 2 as “a proceeding referred to in rule 300” (i.e. in Part 5 of the Rules, which extends from rule 300 to rule 334). An “appeal” is defined in rule 2 as “a proceeding referred to in rule 335” (i.e. in Part 6 of the Rules, which extends from rule 335 to rule 357).

[40] A motion is not, therefore, a manner to bring proceedings to the Federal Court and “motions” are governed by specific rules found in Part 7 (which extends from rule 358 to rule 371). Rule 24 goes so far as making sure that notices of motion for extension of time to bring an action, an application or an appeal that has not yet commenced are kept in separate files. Even though a “motion” is defined in rule 2 as “a request to the Court under, or to enforce, these Rules,” it is clear from the Rules when read in their totality that such “request” does not have the same standing or function as that of actions, applications and appeals and that motions are generally incidental to actions, applications or

50. (1) Le protonotaire peut entendre toute requête présentée en vertu des présentes règles—à l’exception des requêtes suivantes—et rendre les ordonnances nécessaires s’y rapportant [suit une liste de douze exceptions, dont aucune n’est applicable ici]. [Non souligné dans l’original.]

Les paragraphes 50(2) et (3) des Règles donnent aux protonotaires le pouvoir d’entendre certaines actions dans lesquelles la réclamation ne dépasse 50 000 \$. Les règles 266, 383 et 387 reconnaissent expressément le rôle des protonotaires dans les conférences préparatoires, les conférences de gestion de l’instance et les conférences de règlement des litiges.

[38] Pour comprendre la compétence des protonotaires selon les *Règles de la Cour fédérale (1998)*, il importe de faire la distinction entre d’une part les actions, les demandes et les appels, qui sont les seules voies autorisées par les Règles pour l’introduction des instances, et d’autre part les requêtes.

[39] La règle 61 prévoit qu’une instance peut être introduite par voie d’action, par voie de demande ou par voie d’appel. Une «action» est définie dans la règle 2 comme une «[i]nstance visée à la règle 169» (c’est-à-dire dans la partie 4 des Règles, qui va de la règle 169 à la règle 299). Une «demande» est définie dans la règle 2 comme une «[i]nstance visée à la règle 300» (c’est-à-dire dans la partie 5 des Règles, qui va de la règle 300 à la règle 334). Un «appel» est défini dans la règle 2 comme une «[i]nstance visée à la règle 335» (c’est-à-dire dans la partie 6 des Règles, qui va de la règle 335 à la règle 357).

[40] Une requête n’est donc pas un mode d’introduction d’une instance devant la Cour fédérale, et les «requêtes» sont régies par des règles particulières qui se trouvent dans la partie 7 (laquelle va de la règle 358 à la règle 371). La règle 24 va jusqu’à préciser qu’un avis de requête visant la prorogation du délai de dépôt d’une action, d’une demande ou d’un appel envisagé est conservé dans un dossier distinct. Même si une «requête» est définie dans la règle 2 comme un «[d]ocument par lequel une personne demande à la Cour de se prévaloir des présentes règles ou de les faire appliquer», il ressort clairement des Règles, lues dans leur intégralité, qu’un tel «document» n’a pas le même rang ou le même rôle

appeals that have commenced or are about to commence.

[41] When read in that context, it is obvious that rule 50 does not grant to prothonotaries any power with respect to the final disposition of applications and appeals and grants them a limited jurisdiction with respect to the final disposition of actions. As noted by McGillis J. in *Vaughan v. Canada* (2000), 184 F.T.R. 197 (F.C.T.D.), at paragraph 14, “Rule 50 expanded the jurisdiction of prothonotaries to permit them to hear and make orders relating to any motion, except those specifically exempt by the Rule, and to hear certain actions” (my emphasis). And in *First Canadians*, this Court, in paragraph 9, noted that the “distinction between ‘motion’ and ‘action’ was clearly in the mind of the regulator.” The same may be said with respect to the distinction between “motion” and “application.” An application for registration, recognition or enforcement of a foreign judgment is described as an “application” in paragraph 300(h) and it is governed by rules 327-334, which are found in Part 5 of the Rules. It cannot therefore be disposed of by a prothonotary even though motions pertaining to it may be entertained by the prothonotary.

[42] Whatever might have been the law or practice under the former Rules or whatever might be the practice under the present Rules, a prothonotary does not have the jurisdiction, under the present Rules, to determine an application brought under rules 327-334. Jurisdiction is to be found in the Rules of the Court; it cannot be found in mere rules of practice, even more so where such rules of practice are inconsistent with the Rules.

[43] The appellant argues that an application for registration, recognition or enforcement of a foreign judgment does not result in any substantive rights being granted and amounts to a post-judgment proceeding which falls typically within the realm of prothonotaries. I do not agree. The effect of a registration, recognition or enforcement of a foreign judgment order is to give the

que celui d’une action, d’une demande ou d’un appel, et que les requêtes sont généralement accessoires aux actions, aux demandes ou aux appels qui ont été introduits ou qui sont sur le point de l’être.

[41] Il est évident que, lu dans ce contexte, la règle 50 ne donne aux protonotaires aucun pouvoir de statuer en dernier ressort sur des demandes ou des appels et qu’il leur accorde un pouvoir restreint de statuer en dernier ressort sur des actions. Ainsi que le faisait observer la juge McGillis dans la décision *Vaughan c. Canada* (2000), 184 F.T.R. 197 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 14: «la règle 50 élargit la compétence des protonotaires en leur permettant d’entendre des requêtes et de rendre des ordonnances, exception faite des cas spécifiquement prévus, et d’entendre certaines actions» [[2000] A.C.F. n° 311 (QL)] (non souligné dans l’original). Et, dans l’arrêt *First Canadians*, la Cour, au paragraphe 9 [2004 CAF 93], relevait que «[l]e législateur avait certainement à l’esprit la distinction entre “requête” et “action”». Il en va de même pour la distinction entre une «requête» et une «demande». Une demande d’enregistrement, de reconnaissance ou d’exécution d’un jugement étranger est décrite comme une «demande» dans l’alinéa 300(h) des Règles, et une telle demande est régie par les règles 327 à 334, qui se trouvent dans la partie 5 des Règles. Un protonotaire ne saurait donc se prononcer sur une telle demande, même s’il est habilité à instruire les requêtes s’y rapportant.

[42] Quel qu’ait pu être le droit ou la pratique selon les anciennes Règles, ou quelle que puisse être la pratique selon les Règles actuelles, un protonotaire n’a pas, selon les Règles actuelles, le pouvoir de statuer sur une demande présentée en vertu des règles 327 à 334. La compétence doit trouver son origine dans les Règles de la Cour; elle ne saurait être trouvée dans de simples règles de pratique, à plus forte raison si telles règles de pratique sont incompatibles avec les Règles.

[43] L’appelante fait valoir qu’une demande d’enregistrement, de reconnaissance ou d’exécution d’un jugement étranger n’entraîne pas l’attribution de droits matériels et équivaut à une procédure après jugement, laquelle relève en général de la compétence des protonotaires. Je ne partage pas ce point de vue. L’effet d’une ordonnance d’enregistrement, de reconnaissance

foreign judgment creditor the same rights as if the judgment had been obtained in Canada; in that sense, the order is a “judgment” rather than a “post-judgment”.

[44] I, therefore, find that Prothonotary Morneau did not have jurisdiction to dispose of the application made under rule 327. The appellant suggests, in the event of a finding by the Court of lack of jurisdiction, that rule 56 could save the order made by the Prothonotary and that the respondents are out of time, under rule 58, to attack what the appellant describes to be a mere “irregularity.” I am prepared to accept that a rule 56 motion was implicitly made by the appellant.

#### Rule 56 and non-compliance with the Rules

[45] Rules 56 to 60 deal with non-compliance with the Rules. They read as follows:

##### *Failure to Comply with Rules*

**56.** Non-compliance with any of these Rules does not render a proceeding, a step in a proceeding or an order void, but instead constitutes an irregularity, which may be addressed under rules 58 to 60.

**57.** An originating document shall not be set aside only on the ground that a different originating document should have been used.

**58.** (1) A party may by motion challenge any step taken by another party for non-compliance with these Rules.

(2) A motion under subsection (1) shall be brought as soon as practicable after the moving party obtains knowledge of the irregularity.

**59.** Subject to rule 57, where, on a motion brought under rule 58, the Court finds that a party has not complied with these Rules, the Court may, by order,

(a) dismiss the motion, where the motion was not brought within a sufficient time after the moving party became aware of the irregularity to avoid prejudice to the respondent in the motion;

(b) grant any amendments required to address the irregularity; or

ou d'exécution d'un jugement étranger est de conférer au créancier désigné par le jugement étranger les mêmes droits que si le jugement avait été obtenu au Canada; en ce sens, l'ordonnance est un «jugement» plutôt qu'une procédure «après jugement».

[44] Je suis donc d'avis que le protonotaire Morneau n'avait pas le pouvoir de statuer sur la demande présentée en vertu de la règle 327. L'appelante fait valoir, pour le cas où la Cour conclurait à l'incompétence du protonotaire, que la règle 56 pourrait racheter l'ordonnance rendue par le protonotaire et que les intimés sont, selon la règle 58, hors des délais et qu'ils ne peuvent plus attaquer ce que l'appelante appelle une simple «irrégularité». Je suis disposé à admettre qu'une requête selon la règle 56 a été implicitement présentée par l'appelante.

#### La règle 56 et l'inobservation des Règles

[45] Les règles 56 à 60 des Règles traitent de l'inobservation des Règles. Ils sont ainsi formulés:

##### *Inobservation des règles*

**56.** L'inobservation d'une disposition des présentes règles n'entache pas de nullité l'instance, une mesure prise dans l'instance ou l'ordonnance en cause. Elle constitue une irrégularité régie par les règles 58 à 60.

**57.** La Cour n'annule pas un acte introductif d'instance au seul motif que l'instance aurait dû être introduite par un autre acte introductif d'instance.

**58.** (1) Une partie peut, par requête, contester toute mesure prise par une autre partie en invoquant l'inobservation d'une disposition des présentes règles.

(2) La partie doit présenter sa requête aux termes du paragraphe (1) le plus tôt possible après avoir pris connaissance de l'irrégularité.

**59.** Sous réserve de la règle 57, si la Cour, sur requête présentée en vertu de la règle 58, conclut à l'inobservation des présentes règles par une partie, elle peut, par ordonnance:

a) rejeter la requête dans le cas où le requérant ne l'a pas présentée dans un délai suffisant—après avoir pris connaissance de l'irrégularité—pour éviter tout préjudice à l'intimé;

b) autoriser les modifications nécessaires pour corriger l'irrégularité;

(c) set aside the proceeding, in whole or in part.

60. At any time before judgment is given in a proceeding, the Court may draw the attention of a party to any gap in the proof of its case or to any non-compliance with these Rules and permit the party to remedy it on such conditions as the Court considers just.

[46] The appellant relies essentially on statements made by Lord Denning, M.R., and by Lord Justice Diplock in *Harkness v. Bell's Asbestos and Engineering, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 843 (C.A.). In that case, the applicable limitation statute required that the plaintiff obtain leave of the "court" to bring an action. Leave was granted by a district registrar (similar to a master or a prothonotary) as opposed to a judge in chambers. The English Court of Appeal found that this was an irregularity that could be cured through a rule bearing a close resemblance to our rule 56:

This new rule does away with the old distinction between nullities and irregularities. Every omission or mistake in practice or procedure is henceforward to be regarded as an irregularity which the court can and should rectify so long as it can do so without injustice. It can at last be asserted that "it is not possible. . . for an honest litigant in Her Majesty's Supreme Court to be defeated by any mere technicality, any slip, any mistaken step in his litigation. [Lord Denning, M.R., at pages 845-846.]

If [the plaintiff] has followed, as I have no doubt that he has, the intricacies of the interlocutory proceedings in this case, he must have thought that the law is an ass. I am not sure that this judgment will change his opinion, but at any rate he will not feel it to be so unjust an ass as he must previously have felt it to be. It was to remedy just this kind of injustice that the new R.S.C., Ord. 2, r. 1 was made. [Diplock L.J., at page 846.]

[47] I pause here to point out that the language used by Lord Denning, "the old distinction between nullities and irregularities," is somehow misleading, at least in a Canadian perspective. The focus should be on whether a given act or omission may be described as a "non-compliance with the Rules," "*une inobservation des Règles*." For reasons which I will express forthwith, the making by a non-judge of an order which only a judge can make cannot be characterized as a mere

c) annuler l'instance en tout ou en partie.

60. La Cour peut, à tout moment avant de rendre jugement dans une instance, signaler à une partie les lacunes que comporte sa preuve ou les règles qui n'ont pas été observées, le cas échéant, et lui permettre d'y remédier selon les modalités qu'elle juge équitables.

[46] L'appelante s'appuie essentiellement sur les propos tenus par lord Denning, maître des rôles, et par lord Diplock dans l'arrêt *Harkness v. Bell's Asbestos and Engineering, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 843 (C.A.). Dans cette affaire, la loi applicable à la prescription des actions obligeait le demandeur à obtenir l'autorisation du «tribunal» pour engager une action. L'autorisation fut accordée par un greffier de district (assimilable à un maître des rôles ou à un protonotaire) plutôt que par un juge en chambre. La Cour d'appel anglaise a estimé que c'était là une irrégularité qui pouvait être corrigée au moyen d'une règle très semblable à notre règle 56:

[TRADUCTION] Cette nouvelle règle supprime l'ancienne distinction entre les nullités et les irrégularités. Toute omission ou erreur entachant la pratique ou la procédure sera dorénavant considérée comme une irrégularité que le tribunal peut et doit rectifier pour autant que cela soit possible sans qu'il en résulte une injustice. On peut enfin affirmer qu'il n'est pas possible pour un plaideur honnête qui se présente devant la Cour suprême de Sa Majesté d'échouer dans son procès en raison d'un simple détail technique, d'une simple étourderie ou d'un faux pas. [Lord Denning, M.R., aux pages 845 et 846.]

Si [le demandeur] a suivi, et je ne doute pas qu'il l'ait fait, les complexités de la procédure interlocutoire introduite dans cette affaire, il a dû penser que la loi est idiote. Je ne suis pas sûr que le présent jugement modifiera son opinion, mais à tout le moins il n'aura pas l'impression qu'elle est aussi injuste qu'il le pensait au départ. C'est pour corriger précisément ce genre d'injustice qu'a été pris le nouveau R.S.C., Ord. 2, r. 1. [Lord Diplock, à la page 846.]

[47] Je fais une pause ici pour faire observer que l'expression employée par lord Denning, [TRADUCTION] «l'ancienne distinction entre les nullités et les irrégularités», est quelque peu fallacieuse, du moins dans le contexte canadien. Il s'agit plutôt de savoir si une action ou une omission peut être considérée comme une «inobservation des Règles», «*non-compliance with the Rules*». Pour les raisons que je vais maintenant exposer, le fait qu'une personne qui n'a pas statut de juge rende

“non-compliance with the Rules.” It is a matter of lack of jurisdiction. An additional reason to be cautious in adopting Lord Denning’s language in interpreting the *Federal Courts Rules* [as am. by SOR/2004-283, s. 2] is that by virtue of paragraph 59(c), where there is non-compliance with the Rules that constitutes an irregularity for the purposes of rule 56, nullity may still ensue. In Lord Denning’s own language, therefore, “irregularity” could, under the *Federal Courts Rules*, be equated with “nullity” in some circumstances.

[48] Rule 56, in its earlier formulation, was never intended to treat as non-compliance with the Rules an act in excess of jurisdiction by a prothonotary and it has never been interpreted in that fashion. The very concept of “non-compliance” has always been confined to matters of form as opposed to matters of jurisdiction. As observed by McNair J. in *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437 (T.D.), at page 449:

Matters of practice and questions of jurisdiction are two separate and distinct things.

[49] One wonders, also, what it is that could be corrected, amended or remedied, and how it could be done under rules 59 and 60, when an order has been made outside jurisdiction. Whether the alleged “irregularity” be that of the Chief Justice or of the Registry in assigning the matter to the prothonotary or that of the prothonotary in exercising the jurisdiction, surely one cannot substitute the name of a judge to that of a prothonotary on the order, nor can a new order be signed by a judge without a *de novo* hearing of the application. It is the whole exercise which is flawed at its base, both in form and in substance. In these circumstances, I find Lord Denning’s statement, when applied to the facts before him, incompatible with the later observations made by Lord Justice Sedley, for the England and Wales Court of Appeal, in *Coppard v. Customs and Excise Commissioners*, [2003] EWCA Civ 511, [2003] E.W.J. No. 2101 (QL), paragraph 13:

une ordonnance que seul un juge peut rendre ne saurait être qualifié de simple «inobservation des Règles». Il s’agit d’un cas d’incompétence. Une autre raison d’employer avec circonspection les mots de lord Denning pour l’interprétation des *Règles de la Cour fédérales* [mod. par DORS/2004-28, art. 2], c’est que, selon l’alinéa 59c), lorsque l’inobservation des Règles constitue une irrégularité aux fins de la règle 56, la nullité de la procédure peut quand même être prononcée. Si l’on s’en tient donc aux propos de lord Denning, le mot «irrégularité» pourrait, selon les *Règles des Cours fédérales*, être assimilé dans certains cas à la «nullité».

[48] La règle 56, telle qu’elle était formulée auparavant, n’a jamais eu pour objet de considérer comme une inobservation des Règles un acte accompli par un protonotaire dépassant ses pouvoirs, et elle n’a jamais été interprétée de cette manière. La notion même d’inobservation a toujours été confinée aux questions de forme par opposition aux questions de compétence. Ainsi que le faisait observer le juge McNair dans la décision *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 449:

Les questions de pratique et les questions de compétence sont deux choses tout à fait distinctes.

[49] On se demande aussi qu’est-ce qui pourrait bien être corrigé, modifié ou rectifié, et comment cela pourrait être fait selon les règles 59 et 60, lorsqu’une ordonnance a été rendue hors du champ de compétence. Que la présumée «irrégularité» soit le fait du juge en chef ou du greffe lorsqu’il a assigné l’affaire au protonotaire, ou qu’elle soit le fait du protonotaire qui s’est arrogé le pouvoir, il ne saurait être question de substituer le nom d’un juge à celui du protonotaire sur l’ordonnance, et une nouvelle ordonnance ne saurait non plus être signée par un juge sans une nouvelle audition de la demande. C’est l’exercice tout entier qui à sa base présente un vice, à la fois de forme et de fond. Dans ces conditions, je suis d’avis que les propos de lord Denning, appliqués aux circonstances qui lui étaient soumises, ne s’accordent pas avec les observations faites plus tard par lord Sedley, pour la Cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles, dans l’arrêt *Coppard v. Customs and Excise Commissioners*, [2003] EWCA Civ 511; [2003] E.W.J. No. 2101 (QL), paragraphe 13:

The one answer to the appeal which in our judgment is unacceptable in principle is that advanced, perhaps more out of hope than out of conviction, by counsel for the Commissioners, Mr. Michael Patchett-Joyce, that the want of authority was a simple error of procedure which by virtue of CPR 3.10 does not of itself invalidate any step taken on the basis of it. It would do little for the rule of law and for constitutional propriety to relegate an issue as important as qualification for judicial office to the realm of procedure. [My emphasis.]

[50] The decision of the English Court of Appeal in *Harkness* may perhaps be explained by the very exceptional circumstances that led to it and which are not to be found in the present case. There had been no oral hearing of the application for leave, therefore no opportunity to question the authority of the decision maker. Years had gone by before the flaws in the proceedings had been discovered. The new rule that conferred the authority to a judge rather than to a master had not been circulated or published in such a way as to come to the notice of practitioners. It was far too late to make a fresh application for leave to a judge. “Nothing else would do,” said Lord Denning [at page 844], “[s]o he [the applicant] had to get the registrar’s order rectified and treated as good as at that date, April, 1964, or he would surely fail.” And, perhaps more importantly, it was not argued that the order, had it been decided by the proper authority, might have been different.

[51] Assuming for the sake of discussion that the lack of authority of the prothonotary could be described as some form of “non-compliance,” such non-compliance would be, not with the Rules, but with the Act. As noted by Jerome A.C.J. in *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479 (T.D.), at page 484, the jurisdiction of the prothonotary “springs from subsection 46(1) [of the *Federal Court Act*]” and “does not originate in our rule or my practice note, but in the *Federal Court Act*.” I might add that the jurisdiction of prothonotaries also springs from subsection 12(3) of the *Federal Courts Act*, which provides that “the powers, duties and functions of the prothonotaries shall be determined by the Rules.”

[TRADUCTION] L’unique réponse à l’appel qui à notre avis est inacceptable en principe est celle qui est avancée, en signe d’espoir plutôt que par conviction sans doute, par l’avocat des commissaires, M. Michael Patchett-Joyce, réponse selon laquelle le défaut de pouvoir était une simple erreur de procédure qui, en vertu du CPR 3.10, n’invalide pas comme telle une mesure prise sous l’empire de ce texte. Ce serait faire peu de cas du principe de la primauté du droit et de la rectitude constitutionnelle que de reléguer au domaine de la procédure une question aussi importante que l’aptitude à occuper une charge judiciaire. [Non souligné dans l’original.]

[50] L’arrêt rendu par la Cour d’appel anglaise dans l’affaire *Harkness* peut sans doute s’expliquer par les circonstances très particulières qui ont conduit à cet arrêt et que l’on ne trouve pas dans la présente affaire. La demande d’autorisation n’avait pas été l’objet d’une audience, et il n’avait donc pas été possible de mettre en doute le pouvoir du décideur. Plusieurs années s’étaient écoulées avant que ne fussent découverts les vices de la procédure. La nouvelle règle qui conférait le pouvoir à un juge plutôt qu’à un protonotaire n’avait pas été diffusée ou publiée d’une manière qui eût permis aux praticiens d’en prendre connaissance. Il était beaucoup trop tard pour présenter à un juge une nouvelle demande d’autorisation. [TRADUCTION] «Rien d’autre ne convenait», de dire lord Denning [à la page 844], «de telle sorte que le demandeur devait obtenir que l’ordonnance du greffier soit rectifiée et présumée valide à compter de cette date, avril 1964, à défaut de quoi il était assuré d’échouer». Et, aspect sans doute plus important, nul n’a prétendu que l’ordonnance, eût-elle été rendue par l’autorité compétente, aurait pu être différente.

[51] Supposons un instant que l’absence de pouvoir du protonotaire puisse être considérée comme une forme d’«inobservation». Il s’agirait d’une inobservation de la Loi, et non des Règles. Ainsi que le faisait observer le juge en chef adjoint Jerome dans la décision *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 C.F. 479 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 484, la compétence du protonotaire «découle du paragraphe 46(1) [de la *Loi sur la Cour fédérale*]» et «n’est pas fondée sur notre règle ou sur ma directive de pratique, mais sur la *Loi sur la Cour fédérale*». J’ajouterais que la compétence des protonotaires découle également du paragraphe 12(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui prévoit que «[l]es pouvoirs et fonctions

The Chief Justice of the Federal Court, in assigning to the prothonotary a matter over which he has no jurisdiction, or a prothonotary, in exercising an authority he or she does not possess, acts outside of the Rules and fails in reality to comply with the Act.

[52] My interpretation finds support in many decisions rendered by other Canadian courts. In *Gibb v. Nigeria* (2003), 341 A.R. 339 (Q.B.), Hutchinson J. found that a default judgment obtained by application to the Master was a nullity as the Master had no authority to deal with such application (paragraph 2). In finding that the plaintiff had “acted outside of the Rules of Court in making an application for judgment before the Master and not before a judge resulting in an invalid judgment” (paragraph 22), Hutchinson J. relied on the old decision of the English Court of Appeal in *Anlaby v. Praetorius* (1888), 20 Q.B.D. 764 (C.A.), where a default judgment had been entered prematurely and where Lord Justice Fry had stated, at page 769:

But in the present case we are not concerned with an instance of non-compliance with a rule, nor with an irregularity in acting under any rule. The irregular entry of judgment was made independently of any of the rules; the plaintiff had no right to obtain any judgment at all.

[53] In *Foster v. Chubb Insurance Co. of Canada*, [1998] O.J. No. 2283 (Gen. Div.) (QL), Morin J. found that the Master had no jurisdiction to determine a question of law in a motion for summary judgment and he set aside the Master’s decision. He granted leave to the defendant to renew its motion for summary judgment before a judge.

[54] In *McGrath v. St. Phillip’s (Town)* (1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 276, the Newfoundland Court of Appeal held that the practice which had developed to refer a matter to a Master to determine the measure of damages should be disregarded as a Master had no such authority. The Master’s report was declared null and void.

des protonotaires sont fixés par les règles». Le juge en chef de la Cour fédérale, lorsqu’il attribue au protonotaire une affaire sur laquelle celui-ci n’a pas compétence, ou le protonotaire, lorsqu’il exerce un pouvoir qu’il ne possède pas, agit en dehors des Règles et se trouve en réalité à ne pas observer la Loi.

[52] Mon interprétation trouve appui dans maintes décisions rendues par d’autres tribunaux canadiens. Dans l’arrêt *Gibb v. Nigeria* (2003), 341 A.R. 339 (C.B.R.), le juge Hutchinson a estimé qu’un jugement par défaut obtenu par demande adressée au protonotaire était nul car le protonotaire n’avait pas le pouvoir de statuer sur une telle demande (paragraphe 2). Pour arriver à la conclusion que la demanderesse avait [TRADUCTION] «agi en dehors des Règles de la Cour en présentant une demande de jugement au protonotaire et non à un juge, entraînant de ce fait un jugement invalide» (paragraphe 22), le juge Hutchinson s’est fondé sur un ancien arrêt de la Cour d’appel anglaise, *Anlaby v. Praetorius* (1888), 20 Q.B.D. 764 (C.A.), où un jugement par défaut avait été consigné prématurément et où lord juge Fry s’était exprimé ainsi, à la page 769:

[TRADUCTION] Mais, en l’espèce, nous n’avons pas affaire à un cas d’inobservation d’une règle, ni à un cas d’irrégularité d’application d’une règle. L’inscription irrégulière du jugement s’est faite indépendamment des règles; la demanderesse n’avait pas le droit d’obtenir un quelconque jugement.

[53] Dans la décision *Foster c. Chubb Insurance Co. of Canada*, [1998] O.J. n° 2283 (Div. gén.) (QL), le juge Morin a estimé que le protonotaire n’avait pas compétence pour décider un point de droit dans une requête en jugement sommaire et il a annulé la décision du protonotaire. Il a autorisé le défendeur à présenter de nouveau à un juge sa requête en jugement sommaire.

[54] Dans l’arrêt *McGrath v. St. Phillip’s (Town)* (1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 276, la Cour d’appel de Terre-Neuve avait jugé que la pratique qui consistait à soumettre une affaire à un protonotaire pour qu’il établisse la mesure du préjudice subi devait être abandonnée parce que le protonotaire n’avait pas ce pouvoir. Le rapport du protonotaire fut déclaré nul et sans effet.

[55] I note that in *Prenor Trust Co. of Canada v. Seawood Enterprises Ltd.* (1993), 121 N.S.R. (2d) 144 (C.A.), a prothonotary had made an order extending the time within which an application for a deficiency judgment could be filed. The prothonotary had no jurisdiction to issue such an order. A judge in chambers found this was an irregularity but [at page 146] “not one that the court was prepared, in the circumstances, to cure.” The Nova Scotia Court of Appeal allowed the appeal on the basis that, subsequent to the prothonotary’s order, an order made by a judge on consent had [at page 146] “conclusively resolved the issue of the timelines.” The Court of Appeal does not make any comment on the “irregularity” issue.

[56] I, therefore, reach the conclusion that rule 56 is not applicable. Be that as it may, argues TMR next, the Prothonotary’s decision could yet be saved by the “*de facto* doctrine.”

#### The *de facto* doctrine

[57] The *de facto* doctrine imparts validity to the official acts of persons who, in certain circumstances, make decisions under colour of authority. One of the many difficulties I have with this argument in this appeal is that there was no colour of authority to start with. There was, simply, no valid statutory authority under which the Prothonotary could be acting. He had proper legal title to his office, there was no irregularity in his appointment, and he was acting as a prothonotary, not as a judge. He was, perhaps, acting pursuant to a mistake, i.e. the mistake by whomsoever was induced to assign the file to him rather than to a judge, but he was doing something that only a judge could do and he was not a judge nor purporting to be a judge.

[58] Whatever arguments may be made on the *de facto* doctrine, no case law has been quoted to us to the effect that a non-judge may be found under the doctrine to have validly performed judicial duties. This case, it seems to me, is easily distinguishable from those cases where a

[55] Je relève que, dans la décision *Prenor Trust Co. of Canada v. Seawood Enterprises Ltd.* (1993), 121 N.S.R. (2d) 144 (C.A.), un protonotaire avait rendu une ordonnance prorogeant le délai à l’intérieur duquel pouvait être déposée une demande de jugement compensatoire. Le protonotaire n’avait pas compétence pour rendre une telle ordonnance. Un juge en chambre avait estimé que c’était là une irrégularité, mais [à la page 146] [TRADUCTION] «non une irrégularité que, eu égard aux circonstances, le tribunal fût disposé à corriger». La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse avait fait droit à l’appel au motif que, après l’ordonnance du protonotaire, une ordonnance rendue, du consentement des parties, par un juge avait [à la page 146] [TRADUCTION] «résolu d’une manière concluante la question des délais». La Cour d’appel ne s’était pas exprimée sur la question de l’«irrégularité».

[56] J’arrive donc à la conclusion que la règle 56 n’est pas applicable. Quoi qu’il en soit, d’affirmer ensuite TMR, la décision du protonotaire pouvait encore être rachetée par la «doctrine de la validité *de facto*».

#### La doctrine de la validité *de facto*

[57] La doctrine de la validité *de facto* confère la validité aux actes officiels de personnes qui, en certaines circonstances, rendent des décisions sur la foi d’un présumé pouvoir. L’une des nombreuses difficultés que me cause cet argument dans le présent appel, c’est qu’il n’y avait au départ aucun pouvoir apparent. Il n’existait simplement aucune disposition légale valide autorisant le protonotaire à agir. Il occupait valablement sa charge, sa nomination n’était entachée d’aucune irrégularité, et il agissait en tant que protonotaire, non en tant que juge. Il agissait peut-être en conséquence d’une erreur, c’est-à-dire l’erreur de quiconque avait été conduit à lui attribuer le dossier à lui plutôt qu’à un juge, mais il accomplissait un acte que seul un juge pouvait accomplir, et il n’était pas un juge ni ne prétendait exercer les fonctions d’un juge.

[58] Quels que soient les arguments qui puissent reposer sur la doctrine de la validité *de facto*, nous n’avons été dirigés vers aucun précédent donnant à entendre qu’une personne qui n’a pas statut de juge peut, selon cette doctrine, être présumé avoir valablement

judge duly appointed and qualified to sit exercises an aspect of his or her court's jurisdiction which he or she is not authorized to entertain (see *Coppard v. Customs and Excise Commissioners*; *Fawdry & Co. v. Murfitt*, [2002] EWCA Civ 643; [2002] E.W.J. No. 2149 (QL)).

[59] In any event, I would not be prepared to hold, on the basis of the *de facto* doctrine, that parties, which are entitled to have an order made by a judge, do not have at least the right to have the matter determined anew by a judge, albeit retroactively. As I find, for the reasons given below, that the order recognizing and enforcing the award ought not to have been made *ex parte*, I would have rejected this first appeal anyway.

[60] I am of the view, therefore, that Prothonotary Morneau had no authority to make the impugned order and that neither rule 56 nor the *de facto* doctrine can be invoked to save the validity of his order.

[61] In the end, the Prothonotary's order dated January 17, 2003 must be set aside on a rule 399 motion for the simple reason that the *ex parte* order could not have been made by him as a Prothonotary. I would therefore dismiss appeal A-497-04.

The *nunc pro tunc* motion (file A-496-04)

[62] Turning to the appeal in file A-496-04, I will assume that Martineau J. had jurisdiction to entertain a *nunc pro tunc* motion where the order at issue has been found to be null for lack of jurisdiction. I need not decide the matter as I have reached the conclusion that no *nunc pro tunc* order should issue in any event.

[63] I have found no reviewable error in Martineau J.'s conclusion that "where a motion or application is made *ex parte*, the moving party or applicant has a duty

accompli des actes judiciaires. La présente affaire, me semble-t-il, se distingue aisément des cas où un juge dûment nommé et ayant les qualités requises pour siéger en cette qualité exerce un aspect de la compétence de son tribunal dans lequel il n'est pas autorisé à s'aventurer (voir l'arrêt *Coppard c. Customs and Excise Commissioners*, *Fawdry & Co. v. Murfitt*, [2002] EWCA Civ 643; [2002] E.W.J. n° 2149 (QL)).

[59] Quoi qu'il en soit, je ne serais pas prêt à dire, m'appuyant sur la doctrine de la validité *de facto*, que les parties, qui ont le droit d'obtenir une ordonnance rendue par un juge, n'ont pas à tout le moins le droit d'obtenir que l'affaire soit décidée à nouveau par un juge, même si cela devait être rétroactivement. Comme je suis d'avis, pour les motifs ci-après énoncés, que l'ordonnance reconnaissant et exécutant la sentence n'aurait pas dû être rendue *ex parte*, j'aurais de toute manière rejeté ce premier appel.

[60] Je suis d'avis par conséquent que le protonotaire Morneau n'avait pas le pouvoir de rendre l'ordonnance contestée et que ni la règle 56 ni la doctrine de la validité *de facto* ne peuvent être invoquées pour préserver la validité de son ordonnance.

[61] En fin de compte, l'ordonnance du protonotaire en date du 17 janvier 2003 doit être annulée sur présentation d'une requête selon la règle 399, pour la simple raison que l'ordonnance *ex parte* n'était pas de son ressort en tant que protonotaire. Je rejetterais donc l'appel A-497-04.

La requête *nunc pro tunc* (n° du greffé A-496-04)

[62] S'agissant maintenant de l'appel dont le numéro du greffé est A-496-04, je présumerai que le juge Martineau était habilité à instruire une requête *nunc pro tunc* lorsque l'ordonnance en cause a été déclarée nulle pour incompétence de son auteur. Il ne m'est pas nécessaire de trancher la question puisque je suis arrivé à la conclusion que, en tout état de cause, aucune ordonnance *nunc pro tunc* ne peut être rendue.

[63] Je n'ai trouvé aucune erreur sujette à révision dans la conclusion du juge Martineau selon laquelle [TRADUCTION] «lorsqu'une requête ou demande est

of full and fair disclosure with respect to all material facts.”

[64] TMR chose to make its application under rule 357 *ex parte*, as it was entitled to do. In so doing, however, TMR assumed a duty of full disclosure of all relevant facts. To start with, paragraph 329(1)(g) of the Rules requires an applicant to file an affidavit stating that “having made careful and full inquiries, the applicant knows of no impediment to registration, recognition or enforcement of the foreign judgment.” In addition to this regulatory requirement, there is a requirement, at common law, of a high duty of disclosure on the part of applicants on *ex parte* applications. The principle was well stated by Sharpe J. (as he then was), in *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (Gen. Div.), at paragraph 27:

For that reason, the law imposes an exceptional duty on the party who seeks *ex parte* relief. That party is not entitled to present only its side of the case in the best possible light, as it would if the other side were present. Rather, it is incumbent on the moving party to make a balanced presentation of the facts in law. The moving party must state its own case fairly and must inform the Court of any points of fact or law known to it which favour the other side. The duty of full and frank disclosure is required to mitigate the obvious risk of injustice inherent in any situation where a Judge is asked to grant an order without hearing from the other side.

[65] While stated in the context of *ex parte* injunctions, which are immediately enforceable, as opposed to *ex parte* orders such as the one here at issue which are only enforceable 60 days from the date of their service to the other party, this principle applies beyond the realm of *ex parte* injunctions (see *Landhurst Leasing plc v. Marcq*, [1997] E.W.J. No. 1490 (C.A.) (QL), *per Beldam L.J.*, at paragraphs 63-66):

With respect to the Judge I do not think this was quite the right way of looking at the matter. As was held by this Court in *Brinks Mat Ltd. v. Elcombe*, [1988] 1 WLR 1350 the Court, notwithstanding proof of material non-disclosure where an

présentée *ex parte*, le requérant ou le demandeur a l’obligation de faire une divulgation franche et intégrale de tous les faits importants».

[64] TMR a décidé de présenter *ex parte* sa demande selon la règle 357, comme elle était en droit de le faire. Cependant, TMR se soumettait ainsi à l’obligation de divulguer pleinement tous les faits pertinents. D’abord, l’alinéa 329(1)g des Règles oblige le demandeur à déposer un affidavit mentionnant que «le demandeur, après avoir effectué des recherches complètes et minutieuses, ne connaît aucun empêchement à l’enregistrement, à la reconnaissance ou à l’exécution du jugement étranger». Outre cette obligation, il y a la règle de common law qui astreint le demandeur, dans une demande *ex parte*, à un exercice exigeant de divulgation. Le principe a été bien exposé par le juge Sharpe (tel était alors son titre) dans la décision *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. n° 4399 (Div. gén.) (QL), au paragraphe 27:

[TRADUCTION] Pour cette raison, la loi impose une obligation exceptionnelle à la partie qui exerce un recours *ex parte*. Cette partie ne peut se limiter à présenter uniquement sa version des faits sous le meilleur jour possible, comme ce serait le cas si l’autre partie était présente. Il incombe plutôt à la partie requérante de présenter un exposé équilibré des faits et du droit. La partie requérante doit exposer avec impartialité ses propres arguments et doit informer la Cour des points de fait ou de droit dont elle a connaissance et qui favorisent l’autre partie. L’obligation de divulgation complète et franche est nécessaire pour atténuer le risque évident d’injustice qui est inhérent à toute situation où un juge est prié de rendre une ordonnance sans avoir entendu l’autre partie.

[65] Ce principe est exposé dans le contexte d’injonctions *ex parte*, lesquelles sont immédiatement exécutoires, par opposition aux ordonnances *ex parte*, comme celle dont il s’agit ici, qui ne sont exécutoires que 60 jours après qu’elles ont été signifiées à l’autre partie, mais il s’applique au-delà du domaine des injonctions *ex parte* (voir *Landhurst Leasing plc v. Marcq*, [1997] E.W.J. n° 1490 (C.A.) (QL), le juge lord Beldam, aux paragraphes 63 à 66):

[TRADUCTION] Sans vouloir contredire le juge du fond, je ne crois pas que c’était là tout à fait la bonne manière de considérer la question. Ainsi que l’a jugé la Cour dans l’arrêt *Brinks Mat Ltd. v. Elcombe*, [1988] 1 WLR 1350, la Cour,

injunction was originally obtained on an *ex parte* application, has still a discretion to continue the injunction or to grant a fresh injunction in its place.

This is, however, a discretion which will be exercised with great caution. It will rarely, if ever, be exercised in a case where the material non-disclosure was deliberate, or where it has caused prejudice to the party enjoined by enabling the applicant to obtain interim relief which he would not otherwise have obtained.

The reasoning behind the rule which requires full and frank disclosure by an applicant on an *ex parte* application, is of course that the Court is being asked to grant relief without the person against whom the relief is sought having the opportunity to be heard. Differing from the Judge on this particular point, I do not think that any different considerations arise merely because the order obtained *ex parte* in the present case was not the grant of an injunction, but an order for the registration of a judgment, application for which the Rules of the Supreme Court require to be made *ex parte* (see Ord. 71, r. 27). Ord. 71, r. 28(1)(d)(ii) placed on the plaintiff an explicit obligation to inform the Court that the relevant judgment had been satisfied in part, and as the Judge rightly held, its failure so to inform the Court constituted a failure to disclose a material fact.

In my judgment the obligation of disclosure imposed on an applicant by Ord. 27, r. 28(1) is no less weighty and serious than the obligation imposed on any *ex parte* applicant. The duty of full and frank disclosure and the potential consequences of a failure to perform that duty are in my opinion of the same degree as in all other *ex parte* applications. There is no logical reason for distinguishing different types of *ex parte* application in this context.

See *Canadian Paraplegic Assn. (Newfoundland and Labrador) Inc. v. Sparcott Engineering Ltd.* (1997), 150 Nfld. & P.E.I.R. 203 (C.A.), per Green J.A., at paragraph 18:

On any *ex parte* application, the utmost good faith must be observed. That requires full and frank disclosure of all material facts known to the applicant or counsel that could reasonably be expected to have a bearing on the outcome of the application. Because counsel for the applicant is asking the judge to invoke a procedure that runs counter to the fundamental principle of justice that all sides of a dispute

nonobstant la preuve d'une importante non-divulgarion lorsqu'une injonction fut obtenue à l'origine à la faveur d'une demande *ex parte*, a encore le pouvoir discrétionnaire de laisser subsister l'injonction ou de lui substituer une nouvelle injonction.

C'est cependant un pouvoir qui sera exercé très prudemment. Il sera rarement exercé, voire jamais, lorsque la non-divulgarion était délibérée, ou lorsqu'elle a causé un préjudice à la partie visée par l'injonction, et cela en permettant au demandeur d'obtenir un redressement provisoire qu'il n'aurait pas autrement obtenu.

Le raisonnement à l'origine de la règle qui astreint un demandeur, dans une demande *ex parte*, à une divulgation franche et complète, c'est que la Cour est priée d'accorder un redressement sans que la personne contre qui le redressement est demandé ait eu l'occasion de se faire entendre. Je ne partage pas l'avis du juge du fond sur ce point particulier, car je ne crois pas que le contexte soit différent simplement parce que l'ordonnance obtenue *ex parte* dans la présente affaire était non pas une injonction, mais une ordonnance portant enregistrement d'un jugement, ordonnance qui, selon les Règles de la Cour suprême, doit être présentée *ex parte* (voir l'Ordonnance 71, r. 27). L'Ordonnance 71, r. 28(1)d(ii), obligeait expressément la demanderesse à informer la Cour que le jugement concerné avait été exécuté en partie, et, ainsi que le juge du fond a eu raison de le dire, le fait que la demanderesse n'ait pas ainsi informé la Cour constituait une non-divulgarion d'un fait important.

À mon avis, l'obligation de divulgation imposée à un demandeur par l'Ordonnance 27, r. 28(1) n'est pas moins contraignante et sérieuse que l'obligation imposée à l'auteur d'une demande *ex parte*. L'obligation de divulgation complète et franche et les conséquences possibles d'un manquement à telle obligation sont à mon avis du même degré que dans toute autre demande *ex parte*. Il n'y a aucune raison logique de faire la distinction dans ce contexte entre divers types de demandes *ex parte*.

Voir *Canadian Paraplegic Assn. (Newfoundland and Labrador) Inc. v. Sparcott Engineering Ltd.* (1997), 150 Nfld. & P.E.I.R. 203 (C.A.), le juge Green, J.C.A., au paragraphe 18:

[TRADUCTION] Dans une demande *ex parte*, la plus entière bonne foi doit être observée. Le demandeur ou son avocat sont astreints à une divulgation complète et impartiale de tous les faits pertinents dont ils ont connaissance et qui pourraient raisonnablement influencer sur l'issue de la demande. Comme l'avocat de la demanderesse prie le juge d'appliquer une procédure qui va à l'encontre du principe fondamental de

should be heard, counsel is under a super-added duty to the court and the other parties to ensure that as balanced a consideration of the issue is undertaken as is consonant with the circumstances.

[66] In the case at bar, TMR stated in the affidavits supporting its application that it knew “of no impediment to registration, recognition or enforcement of the foreign judgment.” Accepting for the sake of discussion that the filing of vague affidavits by two foreign lawyers satisfies the requirement of “careful and full enquiries” imposed by paragraph 329(1)(g) of the Rules, the fact is that at the time it filed its application, TMR was of the view, and had been for some time, that the judgment debtor under the award was the State of Ukraine rather than SPF and that its intention was to use the registration in Canada of the award against SPF in order to enforce the award against the State of Ukraine in Canada. This information was very much material.

[67] I appreciate that the task of a court enforcing an award should be as “mechanistic” as possible and “that the enforcing court is neither entitled nor bound to go behind the award in question, explore the reasoning of the arbitration tribunal or second-guess its intentions” (*Norsk Hydro ASA v. State Property Fund of Ukraine and Ors*, [2002] EWHC 2120 (Comm.), Gross J. at paragraph 17).

[68] However, where, as here, the judgment creditor describes the judgment debtor in such a way as to create some confusion from which it is planning to seek benefits, the Court has the right to know, before making an *ex parte* order, that the judgment creditor is already preparing to enforce the award in Canada against a debtor which is not, properly speaking, the judgment debtor under the award. Paragraph 329(1)(g) of the Rules is clear and mandatory. TMR knew of impediments to the enforcement of the award. It should have disclosed them to the Court in an outright fashion, if only to alert the Court as to the possible application of the *State Immunity Act*. The Court would then have been

justice selon lequel toutes les parties à un différend doivent être entendues, l’avocat est astreint à une obligation additionnelle envers le tribunal et les autres parties, celle de s’assurer qu’est entrepris un examen aussi équilibré de la question que ce que permettent les circonstances.

[66] En l’espèce, TMR écrivait, dans les affidavits déposés au soutien de sa demande, qu’elle n’avait connaissance [TRADUCTION] «d’aucun obstacle à l’enregistrement, à la reconnaissance ou à l’exécution du jugement étranger». Si l’on pose pour hypothèse que le dépôt de vagues affidavits par deux avocats étrangers répond à l’obligation de «recherches complètes et minutieuses» qui est imposée par l’alinéa 329(1)g des Règles, il se trouve que, au moment de déposer sa demande, TMR était d’avis, et qu’elle avait été d’avis depuis quelque temps, que le débiteur selon la sentence était l’État ukrainien plutôt que le SPF et que son intention était d’utiliser contre le SPF l’enregistrement de la sentence au Canada afin de pouvoir exécuter la sentence contre l’État ukrainien au Canada. Cette information était fort importante.

[67] Je sais que la tâche d’un tribunal à qui il est demandé d’exécuter une sentence doit être aussi [TRADUCTION] «mécanique» que possible et [TRADUCTION] «qu’un tel tribunal n’est ni fondé ni astreint à remettre en question la sentence considérée, à explorer le raisonnement du tribunal d’arbitrage ou à reconsidérer ses intentions» (voir la décision *Norsk Hydro ASA v. State Property Fund of Ukraine and Ors*, [2002] EWHC 2120 (Comm.), le juge Gross, au paragraphe 17).

[68] Cependant, lorsque, comme c’est le cas ici, le créancier selon la sentence décrit le débiteur d’une manière qui sème la confusion, une confusion dont il entend tirer parti, la Cour a le droit, avant de rendre une ordonnance *ex parte*, de savoir que le créancier se prépare déjà à exécuter la sentence au Canada contre un débiteur qui n’est pas, à proprement parler, le débiteur désigné par la sentence. L’alinéa 329(1)g des Règles est clair et impératif. TMR avait connaissance d’obstacles à l’exécution de la sentence. Elle aurait dû les divulguer à la Cour sans hésitation, ne fût-ce que pour avertir la Cour de l’application possible de la *Loi sur l’immunité des États*. La Cour aurait alors été en position d’examiner

in a position to determine the opportunity of not proceeding *ex parte* and of having the application served on the State of Ukraine. This is precisely the effect of Martineau J.'s order and I find no fault with it.

[69] Martineau J.'s refusal to stay the proceedings or issue an interlocutory injunction pending a fresh application under rule 327 has not been seriously challenged by TMR and, in my view, it could not have been.

[70] In the end, I would dismiss the appeal in A-496-04.

#### Costs

[71] I would grant costs to the respondents in both appeals, but on the basis of one set of costs only.

NADON J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

l'à-propos de ne pas procéder *ex parte* et l'à-propos de faire signifier la demande à l'État ukrainien. C'est précisément l'effet de l'ordonnance du juge Martineau, à laquelle je ne trouve rien à redire.

[69] Le refus du juge Martineau de suspendre la procédure ou de rendre une injonction interlocutoire en attendant le dépôt d'une nouvelle demande selon la règle 327 n'a pas été sérieusement contesté par TMR et, à mon avis, il n'aurait pu l'être.

[70] Finalement, je rejeterais l'appel A-496-04.

#### Les dépens

[71] J'accorderais les dépens aux intimés dans les deux appels, mais sur la base d'un seul mémoire de dépens.

LE JUGE NADON, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.