

T-1534-97

T-1534-97

Karel Fortyn and Seaway Serpentarium (Plaintiffs)**Karel Fortyn et Seaway Serpentarium (demandeurs)**

v.

c.

Her Majesty the Queen and Alistair Ker (Defendants)**Sa Majesté la Reine et Alistair Ker (défendeurs)****INDEXED AS: FORTYN v. CANADA (T.D.)****RÉPERTORIÉ: FORTYN c. CANADA (1^{re} INST.)**

Trial Division, Lemieux J.—Toronto, November 29, 1999; Ottawa, May 24, 2000.

Section de première instance, juge Lemieux—Toronto, 29 novembre 1999; Ottawa, 24 mai 2000.

Practice — Costs — Security for costs — Interpretation of Federal Court Rules, 1998, rr. 416, 417 — “Other proceedings” in r. 416(1)(f) not limited to proceedings in Federal Court — R. 417 burden of establishing impecuniosity as shield against security for costs order not met by plaintiff.

Pratique — Frais et dépens — Cautionnement pour les dépens — Interprétation des règles 416 et 417 des Règles de la Cour fédérale (1998) — Les mots «autre instance» figurant dans la règle 416(1)(f) ne sont pas limités aux instances engagées devant la Cour fédérale — Le demandeur n'a pas satisfait à la charge imposée par la règle 417 d'établir son indigence pour se protéger contre le cautionnement pour les dépens.

In an action for damages, the defendant Ker moved, pursuant to paragraphs 416(1)(f) and (g) of the *Federal Court Rules, 1998*, for an order to have the plaintiff Fortyn give security for costs. He alleged that an Ontario court had granted him an order against the plaintiff for costs in another proceeding that remained unpaid (416(1)(f)) and that the action was frivolous and vexatious (416(1)(g)). The plaintiff answered that the circumstances in this case were not covered by those paragraphs; that the defendant has not met the required onus, and, in any event, that rule 417, the impecuniosity provision, provided a shield to the requested order.

Dans une action en dommages-intérêts, le défendeur Ker avait sollicité, en vertu des alinéas 416(1)(f) et (g) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, une ordonnance enjoignant au demandeur Fortyn de payer un cautionnement pour les dépens. Le défendeur avait allégué qu'un tribunal de l'Ontario lui avait accordé une ordonnance contre le demandeur pour les dépens afférents à une autre instance, que ces dépens demeuraient impayés (416(1)(f)) et que l'action était frivole ou vexatoire (416(1)(g)). Le demandeur soutenait que les faits de l'affaire n'étaient pas visés par ces dispositions; que le défendeur n'avait pas satisfait à l'obligation qui lui incombait et que, de toute façon, la règle 417, se rapportant à l'indigence, faisait obstacle à l'ordonnance demandée.

Held, the motion should be granted.

Jugement: la requête doit être accueillie.

This was the first time that the Court has had to consider paragraphs 416(1)(f) and (g) of the new Rules regarding payment of security for costs.

C'était la première fois que la Cour avait à examiner les alinéas 416(1)(f) et (g) des nouvelles Règles concernant le paiement du cautionnement pour les dépens.

A security for costs motion under rule 416 is not granted automatically and, under rule 417, can be refused if access to the Court is thwarted where a case has merit and the plaintiff is impecunious.

Une requête visant à l'obtention d'un cautionnement pour les dépens présentée en vertu de la règle 416 n'est pas automatiquement accueillie et, en vertu de la règle 417, elle peut être rejetée si l'accès à la Cour est contrecarré alors que la cause est fondée et que le demandeur est indigent.

With respect to paragraph 416(1)(f), there was evidence that the defendant had an order for costs against the plaintiff in another proceeding. The question was whether “in another proceeding” extended to costs obtained in proceedings other than those in the Federal Court, as in this case, a proceeding in the Ontario courts. Upon a contextual or purposive approach to rule 416, the words should be taken as not limited to proceedings in this Court. A significant factor was the fact that the Federal Court, having Canada-wide, and

En ce qui concerne l'alinéa 416(1)(f), la preuve établissait que le défendeur avait obtenu contre le demandeur une ordonnance pour les dépens afférents à une autre instance. Il s'agissait de savoir si les mots «afférents à une autre instance» visaient les dépens obtenus dans une instance autre qu'une instance engagée devant la Cour fédérale, par exemple devant les tribunaux de l'Ontario, comme c'est ici le cas. Selon l'analyse contextuelle ou l'analyse fondée sur l'objet de la règle 416, ces mots ne devraient pas être

often concurrent, jurisdiction, often interfaces with parties who have been involved in litigation in provincial courts.

In so far as paragraph 416(1)(g) is concerned, the defendant has not established that the plaintiff's case is plainly and obviously devoid of merit.

As to rule 417, the issue of impecuniosity has been considered by the Federal Court in *Ferguson v. Arctic Transportation Ltd. et al.* (1996), 118 F.T.R. 154 (F.C.T.D.) and by the High Court of Ontario in *Smith Bus Lines Ltd. v. Bank of Montreal* (1987), 61 O.R. (2d) 688. Plaintiff's bald statement in his affidavit that he was impecunious did not satisfy the rule. He had to establish *prima facie* that he was impecunious, and if this was contested by the other side, he had to establish this on the balance of probabilities. By his affidavit herein, the plaintiff had not passed through the *prima facie* gate.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 2, 416(1)(f),(g), 417.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1997] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Miraj S.A. v. Gerovital, Inc.* (1998), 79 C.P.R. (3d) 313 (F.C.T.D.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT v. Merck & Co.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 36; 109 F.T.R. 37 (F.C.T.D.); *Mark v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1991), 50 F.T.R. 157 (F.C.T.D.); *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 F.C. 13; (1985), 60 N.R. 203 (C.A.); *Ferguson v. Arctic Transportation Ltd. et al.* (1996), 118 F.T.R. 154 (F.C.T.D.); *Smith Bus Lines Ltd. v. Bank of Montreal* (1987), 61 O.R. (2d) 688; 20 C.P.R. (2d) 38 (H.C.).

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

considérés comme étant limités aux procédures engagées devant cette Cour. Un facteur important était le fait que la Cour fédérale, qui a compétence partout au Canada, une compétence qui est souvent concurrente, a souvent affaire à des parties qui ont engagé une instance devant les tribunaux provinciaux.

Quant à l'alinéa 416(1)(g), le défendeur n'a pas établi que la cause du demandeur est clairement et de toute évidence dénuée de tout fondement.

Quant à la règle 417, la question de l'indigence a été examinée par la Cour fédérale dans la décision *Ferguson c. Arctic Transportation Ltd. et al.* (1996), 118 F.T.R. 154 (C.F. 1^{re} inst.) et par la Haute Cour de l'Ontario dans la décision *Smith Bus Lines Ltd. v. Bank of Montreal* (1987), 61 O.R. (2d) 688. La déclaration que le demandeur avait faite dans son affidavit, à savoir qu'il était indigent, ne satisfaisait pas à la règle. Le demandeur devait fournir une preuve *prima facie* du fait qu'il était indigent et, si le défendeur contestait la chose, il incombait au demandeur d'établir son indigence selon la prépondérance des probabilités. En l'espèce, dans son affidavit, le demandeur n'avait pas présenté de preuve *prima facie*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale du Canada, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 2, 416(1)(f),(g), 417.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1997] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Miraj S.A. c. Gerovital, Inc.* (1998), 79 C.P.R. (3d) 313 (C.F. 1^{re} inst.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT c. Merck & Co.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 36; 109 F.T.R. 37 (C.F. 1^{re} inst.); *Mark c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1991), 50 F.T.R. 157 (C.F. 1^{re} inst.); *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 C.F. 13; (1985), 60 N.R. 203 (C.A.); *Ferguson c. Arctic Transportation Ltd. et al.* (1996), 118 F.T.R. 154 (C.F. 1^{re} inst.); *Smith Bus Lines Ltd. v. Bank of Montreal* (1987), 61 O.R. (2d) 688; 20 C.P.R. (2d) 38 (H.C.).

DOCTRINE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

MOTION for security for costs. Motion granted.

REQUÊTE visant l'obtention d'un cautionnement pour les dépens. Requête accueillie.

APPEARANCES:

Margaret A. Hoy for plaintiff Karel Fortyn.

Jennifer L. Jones for defendant Alistair Ker.

ONT COMPARU:

Margaret A. Hoy pour le demandeur Karel Fortyn.

Jennifer L. Jones pour le défendeur Alistair Ker.

SOLICITORS OF RECORD:

Margaret A. Hoy, Niagara Falls, Ontario, for plaintiff Karel Fortyn.

Martin, Sheppard, Fraser, Niagara Falls, Ontario, for defendant Alistair Ker.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Margaret A. Hoy, Niagara Falls (Ontario), pour le demandeur Karel Fortyn.

Martin, Sheppard, Fraser, Niagara Falls (Ontario), pour le défendeur Alistair Ker.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

LEMIEUX J.:

LE JUGE LEMIEUX:

INTRODUCTION

INTRODUCTION

[1] The defendant, Alistair Ker (the defendant), moves, pursuant to paragraphs 416(1)(f) and (g) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] (the Rules) for an order to have the plaintiff Karel Fortyn pay security for costs in this action. These particular paragraphs are new and have not been interpreted. The plaintiff argues the circumstances in this case are not covered by the cited paragraphs; the defendant has not met the required onus and, in any event, rule 417, the impecuniosity provision, provides a shield to the requested order.

[1] Le défendeur Alistair Ker (le défendeur) sollicite, conformément aux alinéas 416(1)f) et g) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] (les Règles), une ordonnance enjoignant au demandeur Karel Fortyn de payer un cautionnement pour les dépens dans la présente action. Ces dispositions particulières sont nouvelles et n'ont jamais encore été interprétées. Le demandeur soutient que les faits de l'affaire ne sont pas visés par les dispositions susmentionnées, que le défendeur n'a pas satisfait à l'obligation qui lui incombait et que, de toute façon, la règle 417, se rapportant à l'indigence, fait obstacle à l'ordonnance demandée.

[2] Paragraphs 416(1)(f) and (g) and section 417 of the Rules read:

[2] Les alinéas 416(1)f) et g) et l'article 417 des Règles se lisent comme suit:

416. (1) Where, on the motion of a defendant, it appears to the Court that

416. (1) Lorsque, par suite d'une requête du défendeur, il paraît évident à la Cour que l'une des situations visées aux alinéas a) à h) existe, elle peut ordonner au demandeur de fournir le cautionnement pour les dépens qui pourraient être adjugés au défendeur:

(a) the plaintiff is ordinarily resident outside Canada,

a) le demandeur réside habituellement hors du Canada;

(b) the plaintiff is a corporation, an unincorporated association or a nominal plaintiff and there is reason to believe that the plaintiff would have insufficient assets in Canada available to pay the costs of the defendant if ordered to do so,

b) le demandeur est une personne morale ou une association sans personnalité morale ou n'est demandeur que de nom et il y a lieu de croire qu'il ne détient pas au Canada des actifs suffisants pour payer les dépens advenant qu'il lui soit ordonné de le faire;

(c) the plaintiff has not provided an address in the statement of claim, or has provided an incorrect address therein, and has not satisfied the Court that the omission or misstatement was made innocently and without intention to deceive,

(d) the plaintiff has changed address during the course of the proceeding with a view to evading the consequences of the litigation,

(e) the plaintiff has another proceeding for the same relief pending elsewhere,

(f) the defendant has an order against the plaintiff for costs in the same or another proceeding that remain unpaid in whole or in part,

(g) there is reason to believe that the action is frivolous and vexatious and the plaintiff would have insufficient assets in Canada available to pay the costs of the defendant, if ordered to do so, or

(h) an Act of Parliament entitles the defendant to security for costs,

the Court may order the plaintiff to give security for the defendant's costs.

(2) The Court may order that security for the costs of a defendant be given in stages, as costs are incurred.

...

417. The Court may refuse to order that security for costs be given under any of paragraphs 416(1)(a) to (g) if a plaintiff demonstrates impecuniosity and the Court is of the opinion that the case has merit. [Emphasis mine.]

BACKGROUND

[3] The plaintiff Fortyn and the defendant Ker in 1993 formed a partnership known as Seaway Serpentarium (the partnership), the other plaintiff; it operated a reptile zoo in a shopping mall in Welland, Ontario. The enterprise failed and became the subject-matter of much litigation in the Ontario courts. First, the defendant commenced an action against the plaintiff in 1994; this proceeding was stayed pending arbitration; the plaintiff was awarded costs which have yet to be assessed. Second, the partnership was dissolved by the arbitrator on March 25, 1995 and the reptile collection ordered to be sold by private sale, which I gather did not happen; costs were reserved and the issue is outstanding. Third, the landlord sued

c) le demandeur n'a pas indiqué d'adresse dans la déclaration, ou y a inscrit une adresse erronée, et il n'a pas convaincu la Cour que l'omission ou l'erreur a été faite involontairement et sans intention de tromper;

d) le demandeur a changé d'adresse au cours de l'instance en vue de se soustraire aux conséquences du litige;

e) le demandeur est partie à une autre instance en cours ailleurs qui vise la même réparation;

f) le défendeur a obtenu une ordonnance contre le demandeur pour les dépens afférents à la même instance ou à une autre instance et ces dépens demeurent impayés en totalité ou en partie;

g) il y a lieu de croire que l'action est frivole ou vexatoire et que le demandeur ne détient pas au Canada des actifs suffisants pour payer les dépens s'il lui est ordonné de le faire;

h) une loi fédérale autorise le défendeur à obtenir un cautionnement pour les dépens.

(2) La Cour peut ordonner que le cautionnement pour les dépens soit fourni en tranches représentant les dépens engagés.

[. . .]

417. La Cour peut refuser d'ordonner la fourniture d'un cautionnement pour les dépens dans les situations visées aux alinéas 416(1)a) à g) si le demandeur fait la preuve de son indigence et si elle est convaincue du bien-fondé de la cause. [Non souligné dans l'original.]

LES FAITS

[3] En 1993, le demandeur Fortyn et le défendeur Ker ont constitué une société connue sous le nom de Seaway Serpentarium (la société), qui est l'autre demandeur; la société exploitait un zoo de reptiles dans un centre commercial, à Welland (Ontario). L'entreprise n'était pas rentable et a fait l'objet de nombreux litiges devant les tribunaux de l'Ontario. Premièrement, le défendeur a intenté une action contre le demandeur en 1994; il a été sursis à cette instance en attendant l'arbitrage; le demandeur s'est vu adjuger les dépens, qui n'ont pas encore été taxés. Deuxièmement, la société a été dissoute par l'arbitre le 25 mars 1995; la vente privée de la collection de reptiles a été ordonnée; si je comprends bien, la vente

the plaintiff and the defendant and obtained default judgment on July 5, 1996, against the plaintiff Fortyn in the amount of \$24,561.05 and \$482.90 in costs. This judgment was assigned to the defendant Ker in May of 1997 after payment of the default judgment by the defendant Ker to the landlord.

[4] The plaintiffs then commenced an action in this Court on July 17, 1997. The claim is for general damages of US\$1,500 and special damages of US\$100,000. The action concerns 10 Albino Monocle Cobra juvenile snakes and their destruction by the Canadian Wildlife Service which is how the other defendant, Her Majesty the Queen, (who did not appear on this motion) came into the picture. The plaintiffs allege illegal seizure and destruction. The allegation against the defendant Ker is that he unlawfully authorized their destruction by the Canadian Wildlife Service representing he was their owner or had authority over their disposition.

[5] In a responding affidavit to the defendant Ker's motion for security for costs, the plaintiff Fortyn adds he is "impecunious and has no monies with which to pay security for costs and I will be unable to pursue this matter in the event this Honourable Court orders that I pay security for costs". The plaintiff was not cross-examined on his affidavit.

DISCUSSION

(a) Interpretive principles

[6] Paragraphs (f) and (g) of subsection 416(1) were incorporated into the Rules. I have found no decisions which interpret the scope of these paragraphs although a version of the security for costs rule appeared in the former Rules.

n'a pas encore eu lieu; la décision relative aux dépens a été reportée et la question n'a pas encore été réglée. Troisièmement, le locateur a poursuivi le demandeur et le défendeur et, le 5 juillet 1996, a obtenu contre le demandeur Fortyn un jugement par défaut de 24 561,05 \$ et des dépens d'un montant de 482,90 \$. Le montant accordé par jugement a été cédé au défendeur Ker au mois de mai 1997 après que ce dernier eut versé au locateur le montant prévu par le jugement par défaut.

[4] Les demandeurs ont ensuite intenté une action devant la présente Cour, le 17 juillet 1997. Ils réclamaient des dommages-intérêts généraux s'élevant à 1 500 \$US et des dommages-intérêts spéciaux s'élevant à 100 000 \$US. L'action se rapporte à dix jeunes serpents, des cobras indiens albinos, et à leur destruction par le Service canadien de la faune; c'est la raison pour laquelle l'autre défendeur, Sa Majesté la Reine (qui n'a pas comparu à l'audition de la présente requête) est ici en cause. Les demandeurs allèguent que la saisie et la destruction étaient illégales. Ils allèguent que le défendeur Ker a illégalement autorisé la destruction des serpents par le Service canadien de la faune, en faisant valoir que les serpents lui appartenaient ou que c'était lui qui devait permettre qu'on s'en déporte.

[5] Dans un affidavit qu'il a déposé en réponse à la requête que le défendeur Ker a présentée en vue d'obtenir un cautionnement pour les dépens, le demandeur Fortyn ajoute qu'il est indigent, qu'il n'a pas l'argent nécessaire pour payer le cautionnement pour les dépens et qu'il ne sera pas en mesure de poursuivre l'affaire si la Cour lui ordonne de payer un cautionnement. Le demandeur n'a pas été contre-interrogé au sujet de cet affidavit.

ANALYSE

a) Principes d'interprétation

[6] Les alinéas 416(1)f) et g) ont été incorporés dans les Règles. Je n'ai pu trouver aucune décision dans laquelle est interprétée la portée de ces dispositions, et ce, même si les anciennes Règles renfermaient une disposition au sujet du cautionnement pour les dépens.

[7] For the interpretation of the paragraphs of these Rules, I take as a point of departure what Iacobucci J. said in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 quoting at page 41 from Driedger in *Construction of Statutes*, (2nd ed. 1983), at page 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(b) General principles of security for costs

[8] Rule 416 says this Court may order the plaintiff to give security for the defendant's costs if it appears to the Court that one of the circumstances described in paragraphs 416(1)(a) to (h) is shown.

[9] Rothstein J., as a member of the Federal Court Trial Division, said in *Miraj S.A. v. Gerovital, Inc.* (1998), 79 C.P.R. (3d) 313, at page 317, in a case under the former Rules [*Federal Court Rules, C.R.C.*, c. 663]: "Placing the onus on the defendants recognizes that plaintiffs under the jurisdiction of the Court do not normally have to provide security for costs". This comment, in my view, clearly demonstrates that a security for costs motion under rule 416 is not granted automatically and under rule 417 can be refused if access to the Court is thwarted where a case has merit and the plaintiff is impecunious.

[10] Under the former Rules, a number of decisions touched upon the issue of granting security for costs. I cite *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT v. Merck & Co.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 36 (F.C.T.D.), where Denault J., dealing with both when and at what level security for costs should be granted, stated at pages 38-39:

[7] Aux fins de l'interprétation des dispositions de ces Règles, je me fonderai au départ sur les remarques qui ont été faites dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, où le juge Iacobucci a cité, à la page 41, l'ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la page 87, de Driedger:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

b) Principes généraux applicables au cautionnement pour les dépens

[8] La règle 416 prévoit que la Cour peut ordonner au demandeur de fournir un cautionnement pour les dépens du défendeur s'il lui paraît que l'existence de l'une des circonstances décrites aux alinéas 416(1)a) à h) est établie.

[9] Dans la décision *Miraj S.A. c. Gerovital, Inc.* (1998), 79 C.P.R. (3d) 313, à la page 317, dans laquelle les anciennes Règles [*Règles de la Cour fédérale, C.R.C.*, ch. 663] étaient en cause, le juge Rothstein, en sa qualité de membre de la Section de première instance de la Cour fédérale, a dit ce qui suit: «Le fait que la charge de cette preuve soit imposée aux défendeurs démontre que les demandeurs qui résident dans le ressort du tribunal ne sont normalement pas tenus de fournir une garantie pour les dépens.» À mon avis, cette remarque démontre clairement qu'une requête visant à l'obtention d'un cautionnement pour les dépens présentée en vertu de la règle 416 n'est pas automatiquement accueillie et qu'en vertu de la règle 417, elle peut être rejetée si l'accès à la Cour est contrecarré alors que la cause est fondée et que le demandeur est indigent.

[10] En vertu des anciennes Règles, un certain nombre de décisions ont porté sur la question de l'octroi d'un cautionnement pour les dépens. Je citerai la décision *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT c. Merck & Co.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 36 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle le juge Denault, en parlant des circonstances dans lesquelles un cautionnement pour les dépens devrait être accordé et du montant du cautionnement, a fait les remarques ci-après énoncées aux pages 38 et 39:

There are some preliminary observations which, at the outset, should be noted. First, pursuant to rule 446, this court has complete discretion in granting security for costs. In the exercise of this discretion I find it useful to quote Prothonotary Hargrave who aptly stated the following in *Tough Traveler Inc. v. Taymor Industries, Ltd.* (1995), 59 C.P.R. (3d) 186 at p. 190, 90 F.T.R. 70, 52 A.C.W.S. (3d) 969 (T.D.):

In deciding on appropriate security for costs there are also other points that I have kept in mind including that “an allowance will have to be made for the unquenchable fire of human optimism and the likelihood that the figure of taxed costs put forward would not emerge unscathed after taxation” (*Procon Ltd., supra*, at p. 571) [*Procon (Great Britain) Ltd. v. Provincial Building Co. Ltd.*, [1984] 1 W.L.R. 557]; that every case, this included, will not necessarily be fought through to a finish and therefore security for costs might be somewhat less; that security for costs ought not be illusory, but at the same time ought not be oppressive so as to hamper the plaintiff in bringing a legitimate lawsuit; and that if the security proves inadequate, the defendant can always reapply for additional security at a later date.

...

That is, this court cannot verify receipts, hotel bills, number of photocopies and so on. It is to be remembered that, in an application for security for costs, it is not this Court's role to examine every cost incurred to determine whether to grant the application.

Finally, even though a trial date has been set, there is no certainty that the parties will actually proceed to trial. I cannot exclude the possibility of a settlement or that the duration of the trial will not be as lengthy as anticipated.

(c) Application of paragraph 416(1)(f)

[11] The defendant first invokes paragraph 416(1)(f) of the Rules. I am satisfied the evidence establishes the defendant, Alistair Ker, has an order for costs in another proceeding within the meaning of those words in this paragraph of the Rules, against the plaintiff, Karel Fortyn. This order was obtained by way of assignment of judgment.

[12] The question is, however, whether the words “in another proceeding” in this paragraph extend to

Il convient de faire quelques observations préliminaires. Premièrement, en vertu de la règle 446, la Cour a l'entier pouvoir discrétionnaire d'accorder une garantie pour les dépens. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, j'estime utile de citer les propos judiciaires qu'a tenus le protonotaire Hargrave dans la décision *Tough Traveler, Inc. c. Taymor Industries, Ltd.* (1995), 59 C.P.R. (3d) 186, à la p. 190:

Pour déterminer le montant approprié de la garantie pour les dépens, j'ai également tenu compte d'autres éléments, y compris le fait que [TRADUCTION] «un montant doit être prévu pour tenir compte de l'inextinguible flamme de l'optimisme humain et des chances que le montant des frais réclamés reste intact après la taxation» (*Procon Ltd., précité*, à la p. 571) [*Procon (Great Britain) Ltd. v. Provincial Building Co. Ltd.*, [1984] 1 W.L.R. 557]; que chaque cause, y compris celle-ci, ne sera pas nécessairement contestée jusqu'au bout et que, par conséquent, le montant de la garantie pour les dépens pourrait être quelque peu inférieur; que la garantie pour les dépens ne doit pas être illusoire mais qu'en même temps, elle ne doit pas être abusive au point d'empêcher la demanderesse d'exercer un recours légitime en droit; et que si la garantie pour les dépens s'avérait insuffisante, la défenderesse pourrait toujours présenter une requête pour en augmenter le montant ultérieurement.

[. . .]

C'est-à-dire que la Cour ne peut vérifier les reçus, notes d'hôtel, nombre de photocopies et ainsi de suite. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que dans une requête visant à obtenir une garantie pour les dépens, il n'appartient pas à la Cour d'examiner tous les frais engagés pour déterminer s'il convient ou non de faire droit à la requête.

Enfin, même si une date de procès a été fixée, il n'y a aucune certitude que les parties atteindront cette étape. Je ne puis écarter la possibilité d'un règlement, ou que le procès ne durera pas aussi longtemps que prévu.

c) Application de l'alinéa 416(1)(f)

[11] Le défendeur invoque d'abord l'alinéa 416(1)(f) des Règles. Je suis convaincu que la preuve établit que le défendeur Alistair Ker a obtenu contre le demandeur Karel Fortyn une ordonnance pour les dépens afférents à une autre instance, au sens où ces mots sont employés dans cette disposition des Règles. Le défendeur a obtenu cette ordonnance au moyen de la cession du montant accordé par jugement.

[12] Toutefois, il s'agit de savoir si les mots «afférents à une autre instance» figurant dans cette disposi-

costs obtained in proceedings other than those engaged in this Court, i.e. as in this case a proceeding in the Ontario courts.

[13] The word “proceeding” is not defined in Rule 2 of the Rules and its ordinary meaning is wide enough to encompass any legal action wherever taken as noted by Cullen J. in *Mark v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1991), 50 F.T.R. 157 (F.C.T.D.), at pages 158-159. In addition, the scope of this word in section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] has been determined by the Federal Court of Appeal not to be limited to proceedings taken in this Court (see, *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 F.C. 13).

[14] However, these cases were decided in a different context related to section 50 of the *Federal Court Act*. Rule 416 does not contain the words “in another court or jurisdiction” as does section 50 of the *Federal Court Act* perhaps suggesting an intention not to extend its scope to other than Federal Court proceedings.

[15] Such a conclusion does not satisfy an analysis of the question on a proper contextual or purposive approach to rule 416. This Rule, when read as a whole, indicates its true purpose. The main objective of this Rule is to ensure that, in special circumstances, not normal ones, in the event a defendant is successful in proceedings before this Court, that defendant will be able to look to the security for payment of awarded costs. Taking into account the prescribed circumstances, this is not a minor objective given the reality check of tariff increases reflected in the Rules as compared to the former Rules.

[16] For these reasons, I conclude the scope of the words “other proceedings” is not limited to

tion visent les dépens obtenus dans une instance autre que celle qui a été engagée devant la présente Cour, par exemple devant les tribunaux de l’Ontario, comme c’est ici le cas.

[13] La règle 2 ne définit pas le mot «instance» («*proceeding*» dans la version anglaise); le sens ordinaire de ce mot est suffisamment général pour englober toute action en justice, où qu’elle ait été intentée, comme l’a fait remarquer le juge Cullen dans la décision *Mark c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1991), 50 F.T.R. 157 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 158 et 159. De plus, la Cour d’appel fédérale a conclu que la portée du mot «*proceeding*» figurant dans la version anglaise de l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] n’était pas limitée aux procédures engagées devant la présente Cour (voir *Commission d’énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 C.F. 13).

[14] Toutefois, ces affaires ont été tranchées dans un contexte différent, lié à l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Contrairement à l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la règle 416 ne renferme pas les mots «devant un autre tribunal», ce qui laisse peut-être entendre que l’on avait l’intention de ne pas étendre sa portée à des procédures autres que celles qui sont engagées devant la Cour fédérale.

[15] Pareille conclusion ne satisfait pas à une analyse de la question selon l’analyse contextuelle ou l’analyse fondée sur l’objet de la règle 416. Cette règle, considérée dans son ensemble, indique son objet véritable. La règle vise principalement à garantir que, dans des circonstances spéciales, dans des circonstances qui sortent de l’ordinaire, le défendeur qui a gain de cause dans une instance engagée devant la présente Cour puisse compter sur un cautionnement pour le paiement des dépens qui lui sont adjugés. Compte tenu des circonstances prescrites, il ne s’agit pas d’un objectif mineur, quand on est confronté à la réalité de l’augmentation du tarif dans les nouvelles Règles, comparé au tarif prévu par les anciennes Règles.

[16] Pour ces motifs, je conclus que la portée des mots «autre instance» n’est pas limitée aux instances

proceedings in this Court. I add another factor. This Court has Canada-wide jurisdiction which is exclusive in some matters and concurrent in others but more than any other Court, except the Supreme Court of Canada, interfaces with parties who, in other contexts, may have had proceedings, whether arising out of federal law or not, in provincial courts. This special context requires these Rules be interpreted to include costs awarded by those courts.

(d) Application of paragraph 416(1)(g)

[17] In so far as paragraph 416(1)(g) is concerned, the defendant has not established this case falls within the frivolous or vexatious test well recognized in the jurisprudence of this Court. The plaintiff's case is not plainly and obviously devoid of merits.

(e) Does the rule 417 shield apply?

[18] Rule 417 is also a new rule which has not been interpreted by this Court but, as noted below, it codifies some common law principles developed in this Court and in other jurisdictions. The first branch to be met is whether the plaintiff is impecunious and the second branch is whether the case has merit. The second branch of this rule has been met, in this case, by the linkage to paragraph 416(1)(g), frivolous and vexatious test raised unsuccessfully by the defendant.

[19] As to impecuniosity, Teitelbaum J. in *Ferguson v. Arctic Transportation Ltd. et al.* (1996), 118 F.T.R. 154 (F.C.T.D.), stated at paragraphs 17-18 [page 158]:

After verifying the facts as to the plaintiff's financial situation, I am satisfied there is no merit to the allegation that the plaintiff is impecunious. **The New Shorter Oxford English Dictionary On Historical Principles** (Oxford: Clarendon Press, 1993) defines the word "impecunious" as "in need of money, poor, penniless". The **American**

engagées devant la présente Cour. Un autre facteur entre également en ligne de compte. La présente Cour a compétence partout au Canada, une compétence exclusive dans certains cas et une compétence concurrente dans d'autres cas, mais plus que tout autre tribunal à l'exception de la Cour suprême du Canada, elle a affaire à des parties qui, dans d'autres contextes, ont peut-être engagé devant les tribunaux provinciaux une instance, fondée sur le droit fédéral ou non. Ce contexte spécial exige que les Règles soient interprétées de façon à inclure les dépens adjugés par ces tribunaux.

d) Application de l'alinéa 416(1)g)

[17] Quant à l'alinéa 416(1)g), le défendeur n'a pas établi que la présente espèce satisfait au critère maintes fois reconnu par la présente Cour comme s'appliquant aux affaires frivoles ou vexatoires. La cause du demandeur n'est pas clairement et de toute évidence dénuée de tout fondement.

e) La protection fournie par la règle 417 s'applique-t-elle?

[18] La règle 417 est également une nouvelle règle qui n'a pas encore été interprétée par la Cour, mais comme je le ferai ci-dessous remarquer, elle codifie certains principes de common law élaborés par la Cour et par d'autres tribunaux. Il s'agit de savoir en premier lieu si le demandeur est indigent et en second lieu, si la cause est fondée. Le second élément de cette règle a été respecté en l'espèce, puisqu'il est lié au critère applicable aux affaires frivoles et vexatoires prévu à l'alinéa 416(1)g), que le défendeur a invoqué sans succès.

[19] Quant à la question de l'indigence, dans la décision *Ferguson c. Arctic Transportation Ltd. et al.* (1996), 118 F.T.R. 154 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Teitelbaum a dit ce qui suit, aux paragraphes 17 et 18 [page 158]:

Après avoir vérifié les faits concernant la situation financière du demandeur, je suis convaincu que l'allégation selon laquelle il est impécunieux est sans fondement. Selon le **New Shorter Oxford English Dictionary On Historical Principles** (Oxford: Clarendon Press, 1993), le mot «*impecunious*» («impécunieux») signifie [TRADUCTION]

Heritage Dictionary defines the word “impecunious” as “lacking money—penniless”. The word “impecunious” is an adjective to denote someone who is “poor” or “impoverished” or “needy”.

As I have stated, it is difficult to find the plaintiff to be poor or impoverished or needy. From his affidavit evidence, and from the evidence obtained in an examination for discovery of plaintiff, it is, in my opinion, difficult to consider the plaintiff as one in need of money or poor or penniless.

[20] In Ontario, this concept was explained by the High Court in *Smith Bus Lines Ltd. v. Bank of Montreal* (1987), 61 O.R. (2d) 688 in the following terms at pages 704-705:

When the defendant has shown that there is good reason to believe that the plaintiff has insufficient assets in Ontario the defendant has met its onus and is *prima facie* entitled to an order for security for costs, and the onus shifts to the plaintiff to introduce evidence to show either:

- (a) that it has sufficient assets in Ontario, or
- (b) that (i) it is impecunious and (ii) an injustice would result if it were not allowed to proceed with its action.

Here the plaintiff did not introduce evidence to show that it had sufficient assets in Ontario, nor did it introduce evidence to show that it was “impecunious”. There was simply no evidence on the question from the plaintiff. Accordingly, on that basis alone, there is nothing to displace the *prima facie* entitlement of the defendant for an order for security. Pleadings which are contradictory are not evidence. Impecuniosity has to be established by evidence.

The term “impecuniosity” does not appear in the rule; it is a term introduced as part of the judicial gloss upon the rule in response to the words “as is just” in the part of the rule stating that (upon satisfaction of the stated conditions precedent) “the court . . . may make such order as is just”. The corporate plaintiff wishing to be allowed to proceed with its action, without either showing sufficient assets or putting up security, must first show “impecuniosity” meaning not only that it does not have sufficient assets itself but also that it cannot raise the security for costs from its shareholders and associates, partly because the courts do not want a successful defendant to be effectively deprived of costs where, for example, wealthy shareholders have decided to carry on business and litigation through a shell corpora-

«ayant besoin d’argent, pauvre, sans le sou». D’après l’**American Heritage Dictionary**, le mot «*impecunious*» («impécunieux») signifie [TRADUCTION] «qui manque d’argent; qui n’a pas d’argent». Le mot «impécunieux» est un adjectif utilisé pour décrire une personne qui est «pauvre», «appauvrie» ou «nécessiteuse».

Comme je l’ai mentionné, il est difficile de dire que le demandeur est pauvre, appauvri ou nécessiteux. D’après son affidavit et le témoignage qu’il a présenté au cours de son interrogatoire préalable, il m’apparaît difficile de dire que le demandeur est une personne qui a besoin d’argent, qui est pauvre ou qui est sans le sou.

[20] En Ontario, ce concept a été expliqué comme suit par la Haute Cour dans la décision *Smith Bus Lines Ltd. v. Bank of Montreal* (1987), 61 O.R. (2d) 688, aux pages 704 et 705:

[TRADUCTION] Lorsqu’il a démontré qu’il existe des motifs valables de croire que le demandeur ne détient pas en Ontario des actifs suffisants, le défendeur s’est acquitté de l’obligation qui lui incombe et il a à première vue droit à une ordonnance relative au cautionnement pour les dépens; il incombe alors au demandeur de présenter une preuve visant à démontrer:

- a) qu’il détient en Ontario des actifs suffisants ou
- b) (i) qu’il est indigent et (ii) que s’il n’était pas autorisé à poursuivre l’action, il en résulterait une injustice.

En l’espèce, le demandeur n’a pas présenté de preuve visant à démontrer qu’il détenait en Ontario des actifs suffisants et il n’a pas non plus présenté de preuve visant à démontrer qu’il était «indigent». Le demandeur n’a tout simplement pas présenté de preuve sur ce point. Par conséquent, sur cette seule base, rien ne permet de dénier le droit *prima facie* du défendeur à une ordonnance lui accordant un cautionnement. Des plaidoiries contradictoires ne constituent pas une preuve. L’indigence doit être établie au moyen de la preuve.

Le mot «indigence» ne figure pas dans la règle; ce mot a été introduit dans les commentaires judiciaires qui ont été faits au sujet de la règle, en ce qui concerne le mot «indiquée» figurant dans la partie de la règle prévoyant que (si les conditions énoncées sont remplies), «la cour [. . .] peut rendre toute ordonnance indiquée». La société demanderesse qui veut être autorisée à poursuivre l’action, sans démontrer qu’elle détient des actifs suffisants ou sans fournir un cautionnement, doit d’abord démontrer l’«indigence», ce qui signifie non seulement qu’elle ne détient pas elle-même des actifs suffisants, mais aussi qu’elle ne peut pas se procurer auprès de ses actionnaires et associés les fonds nécessaires en vue de payer le cautionnement pour les dépens, en partie parce que les tribunaux ne veulent pas que le défendeur qui

tion. To go the impecuniosity route the plaintiff must establish by evidence that it cannot raise security for costs because, if a private company, its shareholders have not sufficient assets. As expressed by Reid J. in *John Wink Ltd. v. Sico Inc.* (1987), 57 O.R. (2d) 705 at p. 709, 15 C.P.C. (2d) 187: "If an order for security stops a plaintiff in its tracks it has disposed of the suit." To raise impecuniosity there must be evidence that if security is required the suit will be stopped—because the amount of the security is not only not possessed by the plaintiff but is not available to it. Here there is simply no evidence to that effect. [Emphasis mine.]

[21] The problem I see for the plaintiff is that he, in his affidavit, has simply made a bald statement he is impecunious. He does not spell out in any detail his impecuniosity. Such a statement, even in an affidavit, without backup, does not satisfy the rule. The plaintiff has to do more; he has to establish *prima facie* the facts which would enable this Court to determine that, in fact, he is impecunious. If the matter is controverted by the defendant, the plaintiff's burden is to establish his impecuniosity on the balance of probabilities. In this case, it is my view the plaintiff, in his affidavit, did not pass the *prima facie* gate.

[22] The defendant provided me with a draft bill of costs totalling \$18,000 as costs, actual and anticipated in this case.

[23] I am not satisfied the defendant's projected bill of costs is realistic and would muster past an assessment officer.

[24] Taking into account all of the circumstances of this case, the plaintiff is ordered to deposit the amount of \$5,000 as security for costs in this matter.

[25] For all of these reasons, the defendant's motion is granted. This is not an appropriate proceeding in which costs should be awarded.

a gain de cause soit de fait privé des dépens lorsque, par exemple, de riches actionnaires ont décidé d'exploiter l'entreprise et d'ester en justice par l'entremise d'une société fictive. Le demandeur qui affirme être indigent doit prouver qu'il ne peut pas se procurer les fonds nécessaires afin de payer le cautionnement pour les dépens parce que, s'il s'agit d'une société privée, ses actionnaires ne détiennent pas des actifs suffisants. Comme le juge Reid l'a dit dans la décision *John Wink Ltd. v. Sico Inc.* (1987), 57 O.R. (2d) 705, à la page 709, 15 C.P.C. (2d) 187: «L'ordonnance prévoyant la remise d'un cautionnement qui empêche le demandeur de poursuivre l'instance règle de fait l'affaire.» Pour invoquer l'indigence, il doit être prouvé que si le cautionnement est exigé, les poursuites prendront fin—parce que non seulement le demandeur ne possède pas la somme nécessaire aux fins du cautionnement, mais aussi parce qu'il n'a pas cette somme à sa disposition. En l'espèce, il n'existe tout simplement aucune preuve en ce sens. [Non souligné dans l'original.]

[21] Selon moi, le problème auquel le demandeur fait face est que, dans son affidavit, il a simplement déclaré qu'il était indigent. Il ne fournit aucun détail à ce sujet. Pareille déclaration, même si elle est faite dans un affidavit, sans être corroborée, ne satisfait pas à la règle. Le demandeur doit faire plus; il doit fournir une preuve *prima facie* des faits qui permettraient à la Cour de conclure qu'il est de fait indigent. Si le défendeur conteste la chose, il incombe au demandeur d'établir son indigence selon la prépondérance des probabilités. En l'espèce, j'estime que, dans son affidavit, le demandeur n'a pas présenté de preuve *prima facie*.

[22] Le défendeur m'a remis un projet de mémoire de frais s'élevant à 18 000 \$ en tout au titre des dépens, réels et prévus.

[23] Je ne suis pas convaincu que le projet de mémoire de frais du défendeur soit réaliste et que l'officier taxateur y ferait droit.

[24] Compte tenu des faits de l'affaire, il est ordonné au demandeur de consigner un montant de 5 000 \$ à titre de cautionnement pour les dépens dans la présente affaire.

[25] Pour ces motifs, la requête du défendeur est accueillie. Il ne s'agit pas d'une instance dans laquelle il convient d'adjudger les dépens.