

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

A-421-93

v.

Canderel Limited (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

A-421-93

c.

a

Canderel Limitée (*intimée*)

INDEXED AS: CANDEREL LTD. v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANDEREL LTÉE c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Décary and Létourneau JJ.A.—Montréal, August 3, 4 and 5, 1993.

b Cour d'appel, juges Desjardins, Décary et Létourneau, J.C.A.—Montréal, 3, 4 et 5 août 1993.

Practice — Pleadings — Amendments — Appeal from denial of motion for leave to amend amended reply to notice of appeal for fourth time — Where delay in bringing motion too great, where new issue raised, and where amendment could lead to recall of all witnesses and experts, amendment refused — Amendment must be relevant, must not result in injustice not compensable by award of costs, and must serve interests of justice (legitimate expectation of courts, parties litigation coming to end).

c *Pratique — Plaidoiries — Modifications — Appel interjeté contre le rejet de la requête visant l'autorisation de modifier, pour la quatrième fois, la réplique modifiée à l'avis d'appel — La modification est refusée lorsqu'il y a retard excessif à présenter une requête, lorsqu'une nouvelle question est soulevée et lorsque la modification pourrait entraîner le rappel de tous les témoins et les experts — La modification doit être pertinente, ne doit pas causer d'injustice que des dépens ne pourraient réparer, et elle doit servir les intérêts de la justice (l'attente légitime du tribunal et des parties qu'un litige prenne fin).*

The issue in the case, as agreed between the parties, was whether tenant inducement payments were deductible when made, as claimed by the respondent, or whether they should be amortized over the term of the lease, as determined by Revenue Canada (the timing issue). On the fifth day of the trial before the Tax Court of Canada, the Crown presented a motion for leave to amend its reply to the notice of appeal for the fourth time. The proposed amendment raised a new issue. The motion was dismissed on the grounds that the timing of the motion was not proper and that it could have been brought much earlier. There was an implicit rejection of the appellant's allegation of surprise to explain the delay in bringing the motion. This was an appeal from that interlocutory judgment.

d Les parties ont convenu que la question litigieuse consistait à savoir si les paiements incitatifs aux locataires étaient déductibles au moment où ils étaient faits, comme le soutenait l'intimée, ou s'ils devaient être amortis sur la durée du bail, comme l'a déterminé Revenu Canada (la question temps). Le cinquième jour du procès devant la Cour canadienne de l'impôt, la Couronne a présenté une requête visant à obtenir l'autorisation de modifier, pour la quatrième fois, sa réplique à l'avis d'appel. La modification proposée soulevait une nouvelle question. La requête a été rejetée au motif qu'elle n'avait pas été demandée au bon moment, et qu'elle aurait pu être présentée beaucoup plus tôt. Il y avait un rejet implicite de l'allégation de surprise qu'invoque l'appelante pour expliquer son retard à présenter la requête. Il s'agissait d'un appel à l'encontre de ce jugement interlocutoire.

Held, the appeal should be dismissed.

g *Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

It is well established that the Court of Appeal cannot intervene, in the absence of an error of law, with a discretionary order of a judge.

h Il est bien établi que la Cour d'appel ne peut intervenir, s'il n'y a pas eu erreur de droit, dans l'ordonnance discrétionnaire d'un juge.

With respect to amendments, the general rule is that an amendment should be allowed at any stage of an action for the purpose of determining the real question in controversy between the parties, provided, notably, to do so would not result in an injustice to the other party not capable of being compensated by an award of costs and that it would serve the interests of justice (courts and parties having a legitimate expectation in the litigation coming to an end).

i En ce qui concerne les modifications, la règle générale est qu'une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice (les tribunaux et les parties s'attendant légitimement à ce que les litiges prennent fin).

In the case at bar, the real question in controversy had been known to both parties and agreed upon by them long before the trial began. All the facts were disclosed before the beginning of the trial. There was no justification for waiting until the fifth day of the trial to bring the motion for leave to amend. Further-

j En l'espèce, la question en litige était connue des parties et elles en avaient convenu longtemps avant le procès. Tous les faits avaient été déposés avant le procès. Il n'y avait aucune raison d'attendre le cinquième jour du procès pour présenter la requête en vue d'apporter une modification. De plus, la modifi-

more, the amendment could not stand with the admission by counsel for the appellant that the expenses were not on account of capital, and no leave was sought to withdraw that admission. While an admission may be withdrawn with leave of the Court, the motion to amend cannot be considered an implicit motion for leave to withdraw the admission.

On the facts of this case, it was open to the Trial Judge to find that the proposed amendment, in the circumstances, manner and time in which it was sought, by its very nature and by its impact on a trial that was coming to an end was an abuse of process.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(b).
Tax Court of Canada Rules (General Procedure),
 SOR/90-688, R. 54.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

The Queen v. Aqua-Gem Investment Ltd. (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (F.C.A.); *The Queen v. Murphy and ABC Steel Building Ltd.* (1988), 88 DTC 5028; 99 N.R. 75 (F.C.A.); *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.); *Meyer v. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (F.C.A.); *Glisic v. Canada*, [1988] 1 F.C. 731; (1987), 80 N.R. 39 (C.A.); *Steward v. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.); *Ketteman v. Hansel Properties Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 38 (H.L.); *Continental Bank Leasing Corporation et al. v. The Queen* (1993), 93 DTC 298 (T.C.C.).

REFERRED TO:

Northwest Airporter Bus Service Ltd. v. The Queen and Minister of Transport (1978), 23 N.R. 49 (F.C.A.); *The Queen v. Special Risks Holdings Inc.*, [1984] CTC 563; (1984), 84 DTC 6215 (F.C.A.); affg [1984] CTC 71; (1983), 84 DTC 6054 (F.C.T.D.); *Francoeur v. Canada*, [1992] 2 F.C. 333 (C.A.); *Johnston v. Law Society of Prince Edward Island* (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 168; 211 A.P.R. 168 (C.A.); *Gardiner v. Minister of National Revenue*, [1964] S.C.R. 66; (1963), 63 DTC 1219; *Vineland Quarries & Crushed Stone Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 12; (1970), 70 DTC 6043 (Ex. Ct.).

APPEAL from an interlocutory judgment of the Tax Court of Canada ([1993] T.C.J. 298 (QL)) dismissing the appellant's motion, on the fifth day of trial and raising a new issue, for leave to amend her amended reply to the notice of appeal for a fourth time. Appeal dismissed.

cation n'était pas compatible avec l'aveu de l'avocat de l'appelante que les dépenses n'avaient pas été faites à titre de capital, et on n'a pas sollicité l'autorisation de retirer cet aveu. Bien qu'un aveu puisse être retiré avec l'autorisation de la Cour, la requête en modification ne peut être considérée une requête implicite en vue d'obtenir l'autorisation de retirer l'aveu.

Selon les faits de l'espèce, il était loisible au juge de première instance de conclure que la modification envisagée, dans les circonstances et au moment où elle était sollicitée, et de la façon dont elle était présentée, de sa nature même et par ses répercussions sur le procès qui arrivait à sa fin, constituait un abus des procédures de la Cour.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)(b).
Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688, Règle 54 (mod. par DORS/93-96, art. 10).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 420.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

La Reine c. Aqua-Gem Investment Ltd. (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.F.); *La Reine c. Murphy et ABC Steel Building Ltd.* (1988), 88 DTC 5028; 99 N.R. 75 (C.A.F.); *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.); *Meyer c. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (C.A.F.); *Glisic c. Canada*, [1988] 1 C.F. 731; (1987), 80 N.R. 39 (C.A.); *Steward v. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.); *Ketteman v. Hansel Properties Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 38 (H.L.); *Continental Bank Leasing Corporation et autre c. La Reine* (1993), 93 DTC 298 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

Northwest Airporter Bus Service Ltd. c. La Reine et Ministre des Transports (1978), 23 N.R. 49 (C.A.F.); *La Reine c. Special Risks Holdings Inc.*, [1984] CTC 563; (1984), 84 DTC 6215 (C.A.F.); conf. [1984] CTC 71; (1983), 84 DTC 6054 (C.F. 1^{re} inst.); *Francoeur c. Canada*, [1992] 2 C.F. 333 (C.A.); *Johnston v. Law Society of Prince Edward Island* (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 168; 211 A.P.R. 168 (C.A.); *Gardiner v. Minister of National Revenue*, [1964] R.C.S. 66; (1963), 63 DTC 1219; *Vineland Quarries & Crushed Stone Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 12; (1970), 70 DTC 6043 (C. de l'É.).

APPEL interjeté à l'encontre d'un jugement interlocutoire de la Cour canadienne de l'impôt ([1993] T.C.J. 298 (QL)) qui rejetait la requête de l'appelante, faite au cinquième jour du procès et soulevant une nouvelle question, présentée en vue d'obtenir l'autorisation de modifier, pour la quatrième fois, la réplique modifiée à l'avis d'appel. Appel rejeté.

COUNSEL:

Alnasir Meghji for appellant.
Guy Du Pont and *S. Klar* for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Phillips & Vineberg, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

DÉCARY J.A.: This is an appeal from an interlocutory judgment of the Tax Court of Canada [[1993] T.C.J. 298 (QL)] dismissing the appellant's motion for leave to amend her amended reply to the notice of appeal for a fourth time. The motion was made on the fifth day of the trial. The issue until then, as agreed between the parties, was whether tenant inducement payments, which the appellant had admitted to be a current expenditure, were deductible when made, as claimed by the respondent, or whether they should be amortized over the term of the lease, as determined by Revenue Canada (the timing issue). The appellant, through the proposed amendment, wanted to raise for the first time an argument (the capital expenditure issue), which she thus framed:¹

In the alternative, if this Honourable Court find that the payments of the tenant inducements in question are properly characterized as being on capital account, he submits that no amount in respect thereof may be deducted in computing the Appellant's income by virtue of paragraph 18(1)(b) of the *Act* other than those amounts in respect thereof which may be deducted pursuant to paragraph 20(1)(b) of the *Act*.

The Trial Judge, in refusing to grant leave to amend, found as follows:²

Basically the appeal of Canderel involves the issue of whether tenant inducement payments may be expensed when made, as is claimed, or whether such payments should be amortized over the term of a lease, as is the position of Revenue Canada.

In June of 1990 the appellant was reassessed with reference to the expensing of the payments in 1986 and such reassessment was objected to, subsequently confirmed, and the appeal

AVOCATS:

Alnasir Meghji pour l'appelante.
Guy Du Pont et *S. Klar* pour l'intimée.

^a PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Phillips & Vineberg, Montréal, pour l'intimée.

^b *Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par*

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre un jugement interlocutoire par lequel la Cour canadienne de l'impôt [[1993] T.C.J. 298 (QL)] rejetait la requête de l'appelante visant à obtenir l'autorisation de modifier, pour la quatrième fois, sa réplique modifiée à l'avis d'appel. La requête a été faite le cinquième jour du procès. La question litigieuse jusqu'alors, comme en ont convenu les parties, consistait à savoir si les paiements incitatifs aux locataires, que l'appelante a reconnu être une dépense courante, étaient déductibles au moment où ils étaient faits, comme le soutient l'intimée, où s'ils devaient être amortis sur la durée du bail, comme le soutient Revenu Canada (la question temps). L'appelante, au moyen de la modification envisagée, voulait soulever pour la première fois un argument (la question de la dépense en immobilisations), qu'elle a exprimé comme suit¹:

[TRADUCTION] Subsidièrement, si la Cour conclut que les paiements en question sont à juste titre qualifiés de paiements à titre de capital, il soutient qu'aucune somme s'y rapportant ne peut être déduite dans le calcul du revenu de l'appelante en vertu de l'alinéa 18(1)b) de la *Loi*, sauf les sommes qui peuvent être déduites conformément à l'alinéa 20(1)b) de la *Loi*.

^h Le juge de première instance, en refusant l'autorisation de modifier la réplique, a conclu comme suit²:

Essentiellement, l'appel de Canderel soulève la question de savoir si les paiements incitatifs aux locataires peuvent être portés aux dépenses lorsqu'ils sont effectués, comme elle le prétend, ou s'ils doivent être amortis sur la durée du bail, comme le soutient Revenu Canada.

En juin 1990, ce dernier a établi à l'égard de l'appelante une nouvelle cotisation relativement aux paiements qu'elle avait portés aux dépenses en 1986. L'appelante s'y est opposée,

¹ A.B., at p. 40.

² A.B., at pp. 59-61.

¹ D.A., à la p. 40.

² D.A., aux p. 59 à 61.

filed. No mention was made of the payments being characterized on capital account.

The reply made no mention of capital, nor did an amended reply consented to by the appellant. In 1992 in the amended reply reference was made to the company in its financial statements capitalizing the payments and amortizing them over the term of the lease. This however was not the income tax treatment followed by the appellant.

After a status hearing held in August of 1992 the appeal was scheduled to be heard on March 3, 1993 and continuing for a total of three days.

Lists of documents were exchanged, examinations for discovery were held and the original date of March 3, 1993 for the hearing was adjourned so that two motions could be made, one by each party. Of significance at the motions' hearing was that the counsel who appeared for the respondent clearly indicated that the matter would be decided likely on the testimony of the various experts as to which method of expensing the payments was correct. No mention was made that such payments would be considered in whole or in part as capital.

The trial commenced on May 31, 1993 and on the sixth day, after several witnesses were heard, including various experts, this motion was presented to the Court.

It was the opinion of the Court that, given the delay in this motion, it is an abuse of process in that it could have been brought much earlier. The proposed amendment raised a new issue and therefore constituted a new reassessment. Such an amendment at a late stage was considered and refused in the case of *The Queen v. Cecil McLeod* (1990), 90 DTC 6281 (F.C.T.D.).

The timing of the amendment was not proper. It could lead to a recall of all the witnesses and the experts to consider in their testimony the proposed change. A similar situation was held to be an abuse of process in *Special Risks Holdings Inc. v. The Queen* (1984), 84 DTC 6054 (F.C.T.D.), where Walsh J., said at page 6057:

“ . . . no proceeding should be entertained, even if it might be found to have some relevance, when it seeks the introduction of material, which the parties could have sought to introduce many months earlier, and which if granted would have the effect of preventing the action from proceeding. For this reason alone therefore the motion is an abuse of the process of the Court and cannot be entertained.”

This judgment was upheld by the Federal Court of Appeal.

While it may be argued that the amendment could be remedied to the appellant by way of costs such does not override the decision in the *Special Risks Holding Inc.*, case (*supra*).

mais la nouvelle cotisation a ensuite été confirmée, et l'appel interjeté. Il n'a pas été mentionné que les paiements étaient qualifiés de paiements à titre de capital.

La réponse ne faisait pas mention de capital, ni d'ailleurs une réponse modifiée, à laquelle l'appelante a consenti. En 1992, la réponse modifiée mentionnait l'hypothèse que, dans ses états financiers, la compagnie avait capitalisé les paiements et les avait amortis sur la période du bail. Ce n'est toutefois pas le traitement fiscal qu'a adopté l'appelante.

À la suite de l'audience sur l'état de l'instance tenue en août 1992, l'appel a été fixé pour audition le 3 mars 1993, laquelle audition devait se poursuivre pendant trois jours.

Les parties ont échangé des listes de documents, tenu des interrogatoires préalables, et la date originale du 3 mars 1993 prévue pour l'audition a été reportée de façon à ce que chaque partie puisse présenter une requête. Il est à signaler qu'à l'audition de la requête, l'avocat de l'intimée a clairement indiqué que l'issue de l'affaire reposait vraisemblablement sur les témoignages des différents experts portant sur la façon appropriée de traiter les paiements. On n'a pas mentionné que ceux-ci seraient considérés en tout ou en partie comme des paiements à titre de capital.

Le procès s'est ouvert le 31 mai 1993 et, le sixième jour, après que plusieurs témoins, dont divers experts, eurent été entendus, la présente requête a été présentée à la Cour.

La Cour s'est dit d'avis que, compte tenu de sa tardiveté, la requête constituait un abus de procédure puisqu'elle aurait pu être présentée beaucoup plus tôt. La modification projetée soulevant une question supplémentaire, elle constituait une nouvelle cotisation. Une telle modification à une étape tardive a été considérée puis refusée dans l'arrêt *La Reine c. Cecil McLeod* (1990), 90 DTC 6281 (C.F. 1^{re} inst.).

La modification en question n'a pas été demandée au bon moment. Elle pourrait obliger les parties à rappeler tous les témoins et les experts à témoigner en tenant compte de la modification projetée. Dans l'arrêt *Special Risks Holdings Inc. c. La Reine* (1984), 84 DTC 6054 (C.F. 1^{re} inst.), on a jugé qu'une situation semblable constituait un abus de procédure. À la page 6057, le juge Walsh a dit:

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE] «Même si l'on estime qu'elle pourrait avoir une certaine pertinence, aucune procédure ne peut être admise quand elle a pour but d'introduire des documents que les parties auraient pu produire plusieurs mois auparavant et dont l'admission aurait pour effet de retarder l'instruction de l'action. Par conséquent, et pour ce seul motif, la requête constitue un usage abusif des procédures de la cour et ne peut être accueillie.»

La Cour d'appel fédérale a confirmé ce jugement.

Bien qu'on puisse soutenir que l'appelante pourrait être dédommée de l'effet de la modification grâce aux frais, une telle solution ne l'emporte pas sur l'arrêt *Special Risks Holdings Inc.*, (précité).

The motion is dismissed, with costs, to the appellant and he is allowed to submit all documents which form the basis of his objection to the motion.

We may add that on May 16, 1989, the Minister of National Revenue (the Minister) had conceded that the payments in issue were deductible on account of income and were not eligible capital expenditures as that expression is defined in the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] (the Act). He had recognized that the issue was not one of deductibility, but one of timing of the deduction. Later, on February 14, 1990, the Minister's auditor had indicated in his report that [TRANSLATION] "The payments are deductible, but they should be amortized over the term of the lease, not deducted in the year they are made".³ Further, on August 18, 1992, during the examination for discovery on behalf of the Minister of his own auditor, the auditor admitted that there was an agreement between Revenue Canada and the taxpayer that the inducement payments were expenses incurred for the purposes of gaining or producing income from the taxpayer's business and that there was no issue here of these expenses being on account of capital within the meaning of paragraph 18(1)(b) of the Act. Finally, on May 31, 1993, the first day of the trial, counsel for the appellant stated as follows:⁴

Now, the issue at the end of the day . . . of course is, when you compute your profits under S. 9: what method of computing most nearly accurately reflects the profit for the year? That's the ultimate legal question in respect of any dispute under the *Income Tax Act* within the confines of 9(1).

At the beginning of the trial, counsel for the respondent made a rather extensive opening statement wherein he outlined respondent's case to the Court. The statement contained various allegation of fact upon which the respondent intended to rely in advancing its case or refuting the appellant's case. After hearing the outline of the respondent's case, counsel for the appellant objected to the admission of any evidence in respect of various facts outlined in the statement on the basis that a substantial number of these facts had not been pleaded in the notice of appeal. In particular, counsel objected to the admission of any evidence relating to Canderel's impair-

³ A.B., at p. 102.

⁴ Supp. A.B., at p. 41.

La requête est rejetée avec frais à l'appelante, qui est autorisée à soumettre tous les documents pertinents à ses objections à la requête.

Ajoutons que le 16 mai 1989, le ministre du Revenu national (le ministre) a concédé que les paiements litigieux étaient déductibles à titre de revenu et qu'ils ne constituaient pas des dépenses en immobilisations admissibles au sens de la définition de cette expression dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] (la Loi). Il a reconnu que la question ne portait pas sur la déductibilité, mais sur le moment de la déduction. Plus tard, le 14 février 1990, le vérificateur du ministre a indiqué dans son rapport que «Les paiements sont déductibles mais sur la durée du bail et non au cours de l'année dans laquelle il[s] [sont] effectués»³. De plus, le 18 août 1992, au cours de l'interrogatoire préalable du vérificateur du ministre pour le compte de ce dernier, le vérificateur a admis l'existence d'une entente entre Revenu Canada et la contribuable selon laquelle les paiements incitatifs constituaient des dépenses engagées en vue de tirer un revenu de l'entreprise du contribuable, et que nul ne prétendait que les dépenses étaient faites à titre de capital au sens de l'alinéa 18(1)b) de la Loi. Finalement, le 31 mai 1993, soit le premier jour du procès, l'avocat de l'appelante a dit ce qui suit⁴:

[TRADUCTION] Eh bien, en fin de compte, la question . . . naturellement, est de savoir quelle méthode de calcul des bénéfices visés à l'article 9, reflète le plus exactement le bénéfice tiré pour l'année en cause? C'est là le point juridique essentiel de tout différend fiscal en ce qui concerne le paragraphe 9(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Au début du procès, l'avocat de l'intimée a fait un exposé préliminaire considérable dans lequel il traçait les grandes lignes de la position de sa cliente pour la Cour. L'exposé contenait différentes allégations de fait sur lesquelles l'intimée entendait se fonder à l'appui de sa position ou pour réfuter celle de l'appelante. Après avoir entendu les grandes lignes de la thèse de l'intimée, l'avocat de l'appelante s'est opposé à la recevabilité de tout élément de preuve ayant trait à différents faits relatés dans l'exposé, au motif qu'un nombre considérable d'entre eux n'avaient pas été plaidés dans l'avis d'appel. Plus particulièrement, l'avocat de l'appelante s'est opposé à la recevabilité

³ D.A., à la p. 102.

⁴ Supp. au D.A., à la p. 41.

ment of capital and Canderel's reputation. The Trial Judge dismissed the objection and the appellant did not appeal his ruling.

In his submissions, counsel for the appellant had said the following:⁵

Now at this date, in my respectful submission, this evidence should either not go in at all, or if it goes in, we should have time to examine it and, if necessary, ask questions in respect of it in the normal course of civil procedure by way of examination for discovery.

He did not intimate that he would seek leave to amend in order to add a new issue (the capital expenditure issue), nor did he ask to examine for discovery some witnesses with respect to this allegedly new evidence. He was satisfied with not appealing the ruling dismissing his objection. The trial, therefore, started and went on for four days on the very issue (the timing issue) that had been agreed upon by counsel. Counsel for the appellant conceded before us that the allegedly new evidence could have been brought by the respondent in support of the position it was taking with respect to the timing issue and was thus not necessarily related to the capital expenditure issue. One must assume that the Trial Judge in dismissing the objection found the allegedly new facts to be relevant to the timing issue, the only issue which was then before him.

On the fifth day of the trial, counsel for the appellant came up with his proposed amendment. He made his request on the basis that the respondent had led evidence in respect of various allegations of fact made in the opening statement that had not been pleaded and which, if accepted by the Court, might properly lead to the legal result that the payments were capital in nature.

In dismissing the motion to amend, the Trial Judge found, as we have seen, that the timing of the motion was "not proper" and that "it could have been

⁵ Supp. A.B., at p. 42.

de tout élément de preuve relatif à l'insuffisance de capital de Canderel et à la réputation de cette dernière. Le juge de première instance a rejeté l'objection, et l'appelante n'en a pas appelé de cette décision.

Dans ses observations, l'avocat de l'appelante disait ce qui suit⁵:

[TRADUCTION] À cette étape, à mon humble avis, ces éléments de preuve ne devraient pas du tout être accueillis, ou s'ils le sont, nous devrions avoir le temps de les étudier et, si nécessaire, de poser des questions à leur égard dans le cours normal des procédures civiles par voie d'examen préalable.

Il n'a pas laissé entendre qu'il demanderait l'autorisation de modifier la réplique afin d'ajouter une nouvelle question (celle de la dépense en immobilisations), pas plus qu'il n'a demandé à interroger au préalable quelques témoins à l'égard de ce qui serait de nouveaux éléments de preuve. Il lui convenait de ne pas en appeler de la décision qui rejetait son objection. Le procès a par conséquent commencé et il s'est poursuivi pendant quatre jours, consacré précisément à la question (la question temps) sur laquelle s'étaient entendus les avocats. L'avocat de l'appelante a concédé devant nous que la prétendue nouvelle preuve aurait pu être présentée par l'intimée à l'appui de sa position à l'égard du moment où devait se faire la déduction, et qu'elle n'était donc pas nécessairement reliée à la question de la dépense en immobilisations. On doit présumer que le juge de première instance, en rejetant l'objection, a conclu que les prétendus nouveaux faits étaient pertinents à la question temps, la seule question dont il était alors saisi.

Le cinquième jour du procès, l'avocat de l'appelante a présenté la modification qu'il voulait faire. Il a fait sa demande en alléguant que l'intimée avait soumis des éléments de preuve à l'égard de différentes allégations de faits contenues dans l'exposé préliminaire qui n'avaient pas été plaidés et qui, si la Cour les accueillait, pourraient avoir pour effet juridique d'accorder aux paiements le caractère de dépenses en immobilisations.

En rejetant la requête en modification, le juge de première instance a conclu, comme nous l'avons vu, qu'«elle n'avait pas été demandée au bon moment» et

⁵ Supp. au D.A., à la p. 42.

brought much earlier". Implicit in that finding, in our view, is the rejection of the appellant's allegation of surprise to explain why her motion was not made at an earlier time. There is, indeed, ample evidence to support this implicit finding of fact that the allegedly new evidence appeared in or transpired from the evidence already in the record. Suffice it to refer to the respondent's representations made in April 1989 to the Minister, to the examination for discovery of a representative of the respondent in August 1992, to the expert reports and to the further discovery by the appellant of a representative of the respondent five days before the date set for the beginning of the trial. Naivety and passivity should not be confused with lack of knowledge.

This Court, in *The Queen v. Aqua-Gem Investment Ltd.*,⁶ has reaffirmed that it "cannot intervene in the absence of an error of law" with a discretionary order of a judge. MacGuigan J.A. went on to quote from *The Queen v. Murphy and ABC Steel Building Ltd.* (1988), 89 DTC 5028 (F.C.A.), at page 5029, where Mahoney J.A. had applied the principles as stated by Lord Diplock in *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.) at page 317:

... an appellate court ought not to substitute its own "discretion" for that of the judge merely because its members would themselves have regarded the balance as tipped against the way in which he had decided the matter. They should regard their function as primarily a reviewing function and should reverse his decision only in cases either ... where they are satisfied that the judge has erred in principle by giving weight to something which he ought not to have taken into account or by failing to give weight to something which he ought to take into account;

With respect to amendments, it may be stated, as a result of the decisions of this Court in *Northwest Airporter Bus Service Ltd. v. The Queen and Minister of Transport*;⁷ *The Queen v. Special Risks Holdings Inc.*;⁸ *Meyer v. Canada*;⁹ *Glisic v.*

⁶ (1993), 93 DTC 5080 (F.C.A.) at p. 5096.

⁷ (1978), 23 N.R. 49 (F.C.A.).

⁸ [1984] CTC 563 (F.C.A.); affg [1984] CTC 71 (F.C.T.D.).

⁹ (1985), 62 N.R. 70 (F.C.A.).

qu'«elle aurait pu être présentée beaucoup plus tôt». À notre avis, cette conclusion comprend implicitement le rejet de l'allégation de l'appelante lorsqu'elle invoque la surprise pour expliquer pourquoi elle n'a pas fait sa requête plus tôt. Il existe de fait amplement de preuves pour appuyer cette conclusion de fait implicite que la prétendue nouvelle preuve était contenue dans la preuve déjà au dossier ou s'en dégageait. Il suffit de renvoyer aux observations que l'intimée a adressées au ministre en avril 1989, à l'examen préalable d'un représentant de l'intimée en août 1992, aux rapports des experts et à l'autre interrogatoire, par l'appelante, d'un représentant de l'intimée cinq jours avant la date fixée pour le début du procès. Il ne faut pas prendre la naïveté et la passivité pour l'absence de connaissance.

Cette Cour, dans l'arrêt *La Reine c. Aqua-Gem Investment Ltd.*,⁶ a réaffirmé qu'elle «ne peut intervenir s'il n'y a pas eu erreur de droit» dans l'ordonnance discrétionnaire d'un juge. Le juge MacGuigan, J.C.A., a ensuite cité l'arrêt *La Reine c. Murphy et ABC Steel Building Ltd.* (1988), 89 DTC 5028 (C.A.F.), à la page 5029, dans lequel le juge Mahoney, J.C.A., avait appliqué les principes exposés par lord Diplock dans l'arrêt *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.), à la page 317:

... un tribunal d'appel ne devrait pas substituer son propre «pouvoir discrétionnaire» à celui du juge simplement parce que ses membres auraient personnellement jugé que la prépondérance de la preuve allait contre la décision qu'il a rendue dans l'espèce. Ils devraient considérer que leurs fonctions relèvent principalement de l'examen, et ils ne devraient infirmer la décision du juge que dans les circonstances où ... ils sont convaincus que le juge a commis une erreur de principe soit en attachant de l'importance à un élément dont il n'aurait pas dû tenir compte, soit en ne tenant pas compte d'un élément qu'il aurait dû prendre en considération;

En ce qui concerne les modifications, on peut dire, à la suite des décisions de cette Cour dans les affaires *Northwest Airporter Bus Service Ltd. c. La Reine et Ministre des Transports*;⁷ *La Reine c. Special Risks Holdings Inc.*;⁸ *Meyer c. Canada*;⁹ *Glisic c.*

⁶ (1993), 93 DTC 5080 (C.A.F.), à la p. 5096.

⁷ (1978), 23 N.R. 49 (C.A.F.).

⁸ [1984] CTC 563 (C.A.F.); conf. [1984] CTC 71 (C.F. 1^{re} inst.).

⁹ (1985), 62 N.R. 70 (C.A.F.).

*Canada*¹⁰ and *Françœur v. Canada*¹¹ and of the decision of the House of Lords in *Ketteman v. Hansel Properties Ltd*¹² which was referred to in *Françœur*, that while it is impossible to enumerate all the factors that a judge must take into consideration in determining whether it is just, in a given case, to authorize an amendment, the general rule is that an amendment should be allowed at any stage of an action for the purpose of determining the real questions in controversy between the parties, provided, notably, that the allowance would not result in an injustice to the other party not capable of being compensated by an award of costs and that it would serve the interests of justice.¹³

As regards injustice to the other party, I cannot but adopt, as Mahoney J.A. has done in *Meyer*,¹⁴ the following statement by Lord Esher, M.R. in *Steward v. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.), at page 558:

There is no injustice if the other side can be compensated by costs: but, if the amendment will put them into such a position that they must be injured, it ought not to be made.

and the statement immediately following:

And the same principle was expressed, I think perhaps somewhat more clearly, by Bowen, L.J., who says that an amendment is to be allowed "whenever you can put the parties in the same position for the purposes of justice that they were in at the time when the slip was made."

To apply that rule to the present case; if the amendment is allowed now, will the plaintiff be in the same position as if the defendants had pleaded correctly in the first instance?

¹⁰ [1988] 1 F.C. 731 (C.A.).

¹¹ [1992] 2 F.C. 333 (C.A.).

¹² [1988] 1 All ER 38 (H.L.).

¹³ Rule 54 of the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, [SOR/90-688] which applies in this instance, is not substantially different from Rule 420 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663].

¹⁴ *Supra*, note 9 at p. 72.

*Canada*¹⁰ et *Françœur c. Canada*¹¹, et de la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *Ketteman v. Hansel Properties Ltd*¹² citée dans l'arrêt *Françœur*, que même s'il est impossible d'énumérer tous les facteurs dont un juge doit tenir compte en décidant s'il est juste, dans une situation donnée, d'autoriser une modification, la règle générale est qu'une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice¹³.

En ce qui concerne l'injustice causée à l'autre partie, je ne puis qu'adopter, comme l'a fait le juge Mahoney, J.C.A., dans l'arrêt *Meyer*¹⁴, les propos suivants de lord Esher, M.R., dans l'arrêt *Steward v. North Metropolitan Tramway Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.), à la page 558:

[TRADUCTION] Il n'y a pas d'injustice si la partie adverse peut être indemnisée au moyen d'une adjudication de dépens; cependant, si la modification aurait pour effet de placer la partie adverse dans une position telle qu'elle doive en subir un préjudice, elle ne doit pas être faite.

et les paroles qui leur font suite:

[TRADUCTION] Et le même principe a été exposé, un peu plus clairement je crois, par le juge Bowen, qui dit qu'une modification doit être autorisée «lorsqu'il est possible de mettre les parties dans la même situation, aux fins de la justice, que celle dans laquelle elles étaient lorsque l'erreur a été commise».

Lorsqu'il s'agit d'appliquer cette règle à la présente affaire, demandons-nous, dans l'éventualité où la modification serait accueillie présentement, si le demandeur serait dans la même position que celle dans laquelle il aurait été si les défendeurs avaient correctement plaidé dès le début?

¹⁰ [1988] 1 C.F. 731 (C.A.).

¹¹ [1992] 2 C.F. 333 (C.A.).

¹² [1988] 1 All ER 38 (H.L.).

¹³ La Règle 54 des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)* [DORS/90-688] (mod. par DORS/93-96, art. 10), qui s'applique en l'espèce, ne diffère pas considérablement de la Règle 420 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663].

¹⁴ Précité, note 9 à la p. 72.

While written in a slightly different context, the following remarks by Stone J.A. in *Glisic*¹⁵ are particularly relevant:

In my view, a plaintiff ought not to be left to guess what provisions, in addition to those expressly pleaded, may be relied upon at trial by way of defence. The record suggests that the respondent was aware of this possible ground of defence shortly after the seizure occurred . . . Had it been properly raised prior to commencement of the trial, the appellant would have been able to prepare his case accordingly and, if he thought fit, to retain counsel. On the other hand, had it been raised earlier in the trial itself, before the parties had closed their respective cases, its propriety could have been ruled upon in good time and the learned Trial Judge could have determined whether any prejudice to the appellant might result.

As regards interests of justice, it may be said that the courts and the parties have a legitimate expectation in the litigation coming to an end and delays and consequent strain and anxiety imposed on all concerned by a late amendment raising a new issue may well be seen as frustrating the course of justice.¹⁶ The principles were in our view best summarized by Lord Griffiths, speaking for the majority, in *Ketteman v. Hansel Properties Ltd.*¹⁷

This was not a case in which an application had been made to amend during the final speeches and the court was not considering the special nature of a limitation defence. Furthermore, whatever may have been the rule of conduct a hundred years ago, today it is not the practice invariably to allow a defence which is wholly different from that pleaded to be raised by amendment at the end of the trial even on terms that an adjournment is granted and that the defendant pays all the costs thrown away. There is a clear difference between allowing amendments to clarify the issues in dispute and those that permit a distinct defence to be raised for the first time.

Whether an amendment should be granted is a matter for the discretion of the trial judge and he should be guided in the exercise of the discretion by his assessment of where justice lies. Many and diverse factors will bear on the exercise of this discretion. I do not think it possible to enumerate them all or wise to attempt to do so. But justice cannot always be measured in terms of money and in my view a judge is entitled to weigh in the balance the strain the litigation imposes on liti-

¹⁵ *Supra*, note 10, at p. 740.

¹⁶ See *Johnston v. Law Society of Prince Edward Island* (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 168 (C.A.); *Glisic v. Canada*, *supra*, note 10.

¹⁷ *Supra*, note 12, at p. 62.

Écrites dans un contexte légèrement différent, les remarques suivantes du juge Stone, J.C.A., dans l'arrêt *Glisic*¹⁵ n'en sont pas moins particulièrement pertinentes:

À mon avis, le demandeur ne devrait pas avoir à deviner quelles dispositions, à part celles expressément invoquées, peuvent être citées par la défense à l'instruction. Il ressort du dossier que l'intimée était, peu après la saisie, au courant de la possibilité de ce moyen de défense . . . Si ce moyen avait, de façon appropriée, été invoqué avant le commencement du procès, l'appellant aurait pu préparer sa défense en conséquence, et, s'il le jugeait approprié, retenir les services d'un avocat. D'autre part, s'il avait été soulevé plus tôt au procès lui-même, avant la clôture des plaidoiries des parties, sa validité aurait pu être tranchée en temps voulu, et le juge de première instance aurait pu déterminer s'il en résultait un préjudice pour l'appellant.

Pour ce qui est des intérêts de la justice, on peut dire que les tribunaux et les parties sont en droit de s'attendre à ce qu'un procès aboutisse, et les retards et la tension et les inquiétudes que suscite chez toutes les parties concernées une modification tardive soulevant une nouvelle question, peuvent fort bien être considérés comme un obstacle aux fins de la justice¹⁶. À notre sens, ces principes ont été le mieux résumés par lord Griffiths, s'exprimant pour la majorité, dans l'arrêt *Ketteman v. Hansel Properties Ltd.*¹⁷:

[TRADUCTION] Il ne s'agissait pas d'une affaire dans laquelle on avait demandé de faire une modification au cours des plaidoiries finales et la Cour n'étudiait pas la nature particulière d'une défense fondée sur la prescription. En outre, quelle que puisse avoir été la règle de conduite il y a cent ans, il n'est pas d'usage aujourd'hui d'autoriser invariablement qu'une défense entièrement différente de celle qui a été plaidée soit opposée au moyen de modifications au terme du procès, même à la condition qu'il y ait ajournement et que le défendeur paie tous les frais faits inutilement. Il existe une claire distinction entre les modifications ayant pour but de rendre plus claires les questions en litige, et celles qui permettent de soulever une défense différente pour la première fois.

Il appartient au juge de première instance de décider s'il y a lieu d'autoriser une modification, et il doit se laisser guider dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, par sa perception de la justice. De nombreux et divers facteurs influenceront sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Je ne crois pas possible ni sage de tenter de les énumérer tous. Mais la justice ne peut toujours se mesurer en fonction d'une somme d'argent, et à mon sens un juge est en droit de mettre dans la balance la

¹⁵ Précité, note 10, à la p. 740.

¹⁶ Voir l'arrêt *Johnston v. Law Society of Prince Edward Island* (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 168 (C.A.); *Glisic v. Canada*, précité, note 10.

¹⁷ Précité, note 12, à la p. 62.

gants, particularly if they are personal litigants rather than business corporations, the anxieties occasioned by facing new issues, the raising of false hopes, and the legitimate expectation that the trial will determine the issues one way or the other. Furthermore, to allow an amendment before a trial begins is quite different from allowing it at the end of the trial to give an apparently unsuccessful defendant an opportunity to renew the fight on an entirely different defence.

Another factor that a judge must weigh in the balance is the pressure on the courts caused by the great increase in litigation and the consequent necessity that, in the interests of the whole community, legal business should be conducted efficiently. We can no longer afford to show the same indulgence towards the negligent conduct of litigation as was perhaps possible in a more leisured age. There will be cases in which justice will be better served by allowing the consequences of the negligence of the lawyers to fall on their own heads rather than by allowing an amendment at a very late stage of the proceedings. [My emphasis.]

and by Bowman T.C.J. in *Continental Bank Leasing Corporation et al. v. The Queen*:¹⁸

... I prefer to put the matter on a broader basis: whether it is more consonant with the interests of justice that the withdrawal or amendment be permitted or that it be denied. The tests mentioned in cases in other courts are of course helpful but other factors should also be emphasized, including the timeliness of the motion to amend or withdraw, the extent to which the proposed amendments would delay the expeditious trial of the matter, the extent to which a position taken originally by one party has led another party to follow a course of action in the litigation which it would be difficult or impossible to alter and whether the amendments sought will facilitate the court's consideration of the true substance of the dispute on its merits. No single factor predominates nor is its presence or absence necessarily determinative. All must be assigned their proper weight in the context of the particular case. Ultimately it boils down to a consideration of simple fairness, common sense and the interest that the courts have that justice be done.

While it is true that leave to amend may be sought at any stage of a trial, it is safe to say that the nearer the end of the trial a motion to amend is made, the more difficult it will be for the applicant to get through both the hurdles of injustice to the other party and interests of justice. We note that in all the tax cases referred to by counsel for the appellant, the motion to amend had been made before trial or was

tension que le procès impose aux plaideurs, particulièrement s'il s'agit de particuliers plutôt que de sociétés commerciales, l'inquiétude de faire face à de nouvelles questions litigieuses, les vains espoirs soulevés, et l'attente légitime que le procès réglerait les questions dans un sens ou dans l'autre. De plus, autoriser une modification avant le début du procès est tout à fait différent de l'autoriser à la fin, pour donner à un défendeur qui ne semble pas avoir gain de cause la possibilité de reprendre la lutte avec une défense entièrement nouvelle.

Un autre facteur dont le juge doit tenir compte est la pression exercée sur les tribunaux par l'augmentation considérable des procès, et donc la nécessité que, dans l'intérêt public, les procédures soient conduites efficacement. Nous ne pouvons plus nous permettre de témoigner la même indulgence à l'égard de la conduite négligente des procès que celle peut-être possible à une époque moins fébrile. Dans certaines affaires, la justice sera mieux servie si les avocats doivent assumer les conséquences de leur incurie plutôt que d'être autorisés à faire une modification à une étape très tardive de la procédure. [C'est moi qui souligne.]

et par le juge Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, dans l'arrêt *Continental Bank Leasing Corporation et autre c. La Reine*:¹⁸

... Je préfère tout de même examiner la question dans une perspective plus large: les intérêts de la justice seraient-ils mieux servis si la demande de modification ou de rétractation était approuvée ou rejetée? Les critères mentionnés dans les affaires entendues par d'autres tribunaux sont évidemment utiles, mais il convient de mettre l'accent sur d'autres facteurs également, y compris le moment auquel est présentée la requête visant la modification ou la rétractation, la mesure dans laquelle les modifications proposées retarderaient l'instruction expéditive de l'affaire, la mesure dans laquelle la thèse adoptée à l'origine par une partie a amené une autre partie à suivre dans le litige une ligne de conduite qu'il serait difficile, voire impossible, de modifier, et la mesure dans laquelle les modifications demandées faciliteront l'examen par la Cour du véritable fond du différend. Il n'existe aucun facteur qui soit prédominant, ou dont la présence ou l'absence soit nécessairement déterminante. On doit accorder à chacun des facteurs le poids qui lui revient dans le contexte de l'espèce. Il s'agit, en fin de compte, de tenir compte de la simple équité, du sens commun et de l'intérêt qu'ont les tribunaux à ce que justice soit faite.

Même s'il est exact que l'autorisation de faire une modification peut être recherchée à toute hauteur de la procédure, on peut dire sans risque d'erreur que plus tardive est la demande, plus difficile il sera pour le requérant de surmonter le double obstacle que représentent pour lui l'injustice causée à la partie adverse et les intérêts de la justice. Nous notons que dans toutes les affaires fiscales mentionnées par l'avocat de l'appelante, la requête en modification

¹⁸ (1993), 93 DTC 298 (T.C.C.), at p. 302.

¹⁸ (1993), 93 DTC 298 (C.C.I.), à la p. 302.

made at trial but was to be expected by the opposing counsel during trial.¹⁹

In the case at bar, the real question in controversy (the timing issue) had been known to both parties and agreed upon by them long before the trial began. Facts enabling counsel for the appellant to try to characterize the payments on capital account were in evidence well before the trial began. Even when the allegedly undisclosed facts were disclosed to counsel just prior to the beginning of the trial, counsel did not then seek leave to amend and waited until ten o'clock on the night of the fourth day of the trial before he raised the issue with counsel for the respondent. By then, of course, witnesses, including expert witnesses, had already testified, and discoveries had been held. It was the view of the Trial Judge that the amendment "could lead to a recall of all the witnesses and the experts to consider in their testimony the proposed change."²⁰

Furthermore, the proposed amendment, while drafted "in the alternative", is obviously not an alternative argument. The Trial Judge would logically dispose of the capital expenditure issue before disposing of the timing issue. As conceded by counsel for the appellant, the Trial Judge, were he to deal first with the proposed issue as might be expected, would not even be in a position to rule in favour of the appellant on that issue because the appellant had admitted that the expenses were not on account of capital and had not sought leave to withdraw the admission. Counsel recognized, and I quote: "The amendment cannot stand with the admission." He expressed, however, the opinion that the motion to

¹⁹ In *Gardiner v. Minister of National Revenue*, [1964] S.C.R. 66, the amendment was sought after examination for discovery. In *Continental Bank Leasing Corporation et al. v. The Queen*, *supra* note 18, it was sought before the examination for discovery of an officer of the Crown. In *Meyer v. Canada*, *supra*, note 9, the opposing counsel had been aware for three months before the trial began that an amendment to the statement of claim would likely be sought. In *Vineland Quarries & Crushed Stone Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 12 (Ex. Ct), the amendment was sought before trial.

²⁰ A.B., at p. 60.

avait été faite avant le procès, ou elle avait été faite au procès mais l'avocat de la partie adverse pouvait s'y attendre au cours du procès¹⁹.

En l'espèce, la véritable question en litige (la question temps) était connue des deux parties, et elles en avaient convenu longtemps avant le début du procès. Les faits permettant à l'avocat de l'appelante de tenter d'imputer les paiements au capital étaient déposés en preuve bien avant le début du procès. Même lorsque les prétendus faits non révélés ont été portés à la connaissance de l'avocat de l'appelante juste avant le début du procès, il n'a pas demandé l'autorisation d'apporter une modification, et il a attendu jusqu'à 22 heures le soir du quatrième jour du procès avant de soulever la question auprès de l'avocat de l'intimée. À ce stade, évidemment, les témoins, y compris les témoins experts, avaient déjà déposé, et les interrogatoires préliminaires avaient eu lieu. Le juge de première instance était d'avis que la modification «pourrait obliger les parties à rappeler tous les témoins et les experts à témoigner en tenant compte de la modification projetée²⁰».

De plus, la modification envisagée, bien qu'elle ait été rédigée «à titre subsidiaire», ne constitue évidemment pas un argument subsidiaire. Le juge de première instance statuerait logiquement sur la question de la dépense en immobilisations avant de régler la question temps. Comme l'a reconnu l'avocat de l'appelante, le juge de première instance, s'il devait statuer en premier lieu sur la question envisagée, comme on pourrait s'y attendre, ne serait même pas en mesure de conclure en faveur de l'appelante sur ce point parce que cette dernière avait admis que les dépenses n'avaient pas été faites à titre de capital, et elle n'avait pas demandé l'autorisation de retirer cet aveu. L'avocat de l'appelante a reconnu, et je le cite:

¹⁹ Dans l'affaire *Gardiner v. Minister of National Revenue*, [1964] R.C.S. 66, la modification a été demandée après l'examen au préalable. Dans l'affaire *Continental Bank Leasing Corporation et autre c. La Reine*, précitée, note 18, la modification a été recherchée avant l'interrogatoire préalable d'un fonctionnaire de la Couronne. Dans l'affaire *Meyer c. Canada*, précitée, note 9, l'avocat de la partie opposée savait depuis trois mois avant le début du procès que la modification de la déclaration serait vraisemblablement demandée. Dans l'affaire *Vineland Quarries & Crushed Stone Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 12 (C. de l'É.), la modification avait été recherchée avant le procès.

²⁰ D.A., à la p. 60.

amend implicitly constitutes a motion to withdraw the admission. We cannot agree. The case-law is clear: an admission may be withdrawn, but with leave of the Court, and we simply cannot find in this instance that leave was implicitly sought, assuming for the sake of discussion that it could have been so.

With an admission on file which is inconsistent and irreconcilable with the proposed amendment, what will the Trial Judge and the respondent do if the proposed amendment is granted? On what basis will the respondent prepare itself for the continuation of the trial? How can it rely on an admission the appellant obviously intends to ignore? How can an alternative argument be made when such argument is contrary to admissions agreed upon by both parties and upon which the trial proceeded and which have not been withdrawn? Surely, such an embarrassing pleading constitutes an "injustice" within the meaning of the rule respecting amendments and does not in any way help in determining the real question in controversy.

On the facts of this case, it was therefore open to the Trial Judge to find that the proposed amendment, in the circumstances, manner and time in which it was sought, by its very nature and by its impact on a trial that was coming to an end was an abuse of process. Master of the proceedings in his own house, the Trial Judge, who had taken charge of the case before it was to be heard and who had had the benefit of a pre-trial conference and of pre-trial motions, did not, in the exercise of his discretion, commit any error of law that would warrant our intervention.

The appeal shall be dismissed with costs.

[TRADUCTION] «La modification est incompatible avec l'aveu». Il a cependant exprimé l'opinion que la requête en modification constitue implicitement une requête en retrait de l'aveu. Nous sommes incapables de partager cette opinion. La jurisprudence est claire: un aveu peut être retiré, mais avec l'autorisation de la Cour, et nous ne pouvons absolument pas conclure en l'espèce que l'on a implicitement recherché une autorisation, en présumant aux fins de la discussion qu'on aurait pu le faire.

Vu la présence au dossier d'un aveu incompatible et ne pouvant se concilier avec la modification envisagée, que feront le juge de première instance et l'intimée si la modification est accordée? Sur quoi s'appuiera l'intimée pour faire face à la suite du procès? Comment peut-elle se fonder sur un aveu dont l'appelante entend évidemment ne pas faire de cas? Comment peut-on soulever un moyen subsidiaire qui est contraire aux aveux sur lesquels les parties se sont entendues, qui ont servi de fondement au procès, et qui n'ont pas été retirés? Assurément, un acte de procédure aussi embarrassant constitue une «injustice» au sens de la règle relative aux modifications, et il n'aide en rien à déterminer la véritable question en litige.

Selon les faits de l'espèce, il était donc loisible au juge de première instance de conclure que la modification envisagée, dans les circonstances et au moment où elle était sollicitée, et de la façon dont elle était présentée, de sa nature même et par ses répercussions sur le procès qui arrivait à sa fin, constituait un abus des procédures de la Cour. Maître de ses procédures chez lui, le juge de première instance, qui avait pris la direction de l'affaire avant qu'elle ne soit entendue, et qui avait bénéficié d'une conférence aussi bien que de requêtes préalables au procès, n'a pas, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, commis d'erreur de droit qui nous justifierait d'intervenir.

L'appel sera rejeté avec dépens.