

A-201-94

A-201-94

**Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais**  
(*Appellant*) (*Plaintiff*)

**Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais**  
(*appelante*) (*demanderesse*)

v.

c.

**Belcan S.A. and Fednav Limited and Ubem S.A.**  
**and the Owners and All Others Interested in the**  
**Ship *Federal Danube* and the Ship *Federal***  
***Danube* (Respondents) (Defendants)**

**Belcan S.A. et Fednav Limited et Ubem S.A. et les**  
**propriétaires du navire *Federal Danube* et toutes**  
**autres personnes ayant un droit sur le navire et le**  
**navire *Federal Danube* (intimés) (défendeurs)**

A-202-94

A-202-94

**Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais**  
(*Appellant*) (*Plaintiff*)

**Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais**  
(*appelante*) (*demanderesse*)

v.

c.

**Belcan S.A. and Fednav Limited and Ubem S.A.**  
**and the Owners and All Others Interested in the**  
**Ship *Federal Danube* and the Ship *Federal***  
***Danube* (Respondents) (Defendants)**

**Belcan S.A. et Fednav Limited et Ubem S.A. et les**  
**propriétaires du navire *Federal Danube* et toutes**  
**autres personnes ayant un droit sur le navire et le**  
**navire *Federal Danube* (intimés) (défendeurs)**

A-461-94

A-461-94

**Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais**  
(*Plaintiff*) (*Appellant*)

**Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais**  
(*demanderesse*) (*appelante*)

v.

c.

**Belcan S.A. and Fednav Limited and Ubem S.A.**  
**and the Owners of and All Others Interested in**  
**the Ship *Federal Danube* (Defendants) (Respon-**  
**dents)**

**Belcan S.A. et Fednav Limited et Ubem S.A. et les**  
**propriétaires du navire *Federal Danube* et toutes**  
**autres personnes ayant un droit sur le navire**  
**(défendeurs) (intimés)**

**INDEXED AS: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS**  
**GERAIS v. BELCAN S.A. (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS**  
**GERAIS c. BELCAN S.A. (C.A.)**

Court of Appeal, Pratte and MacGuigan JJ.A. and  
Chevalier D.J.—Montréal, February 1 and 2;  
Ottawa, March 29, 1996.

Cour d'appel, juges Pratte et MacGuigan, J.C.A., et  
juge suppléant Chevalier—Montréal, 1<sup>er</sup> et 2 février;  
Ottawa, 29 mars 1996.

*Maritime law — Practice — Rule in England, Admiralty Court Judges when sitting with assessors chosen from experienced seamen, members of Trinity House, shall not hear expert witnesses unless testifying on subjects outside assessors' area of expertise i.e. navigation and seamanship — Federal Court Act, s. 2 defining "Canadian maritime law" as law administered by Exchequer Court on admiralty side — Admiralty Act providing Court to exercise maritime jurisdiction "in like manner" as English courts — To do so Exchequer Court applying same rules*

*Droit maritime — Pratique — Il existe en Angleterre une règle suivant laquelle les juges de la Cour de l'Amirauté, lorsqu'ils siègent avec des assesseurs choisis parmi les marins expérimentés qui font partie de la confrérie de Trinity House, ne doivent pas entendre des experts à moins que ceux-ci ne témoignent sur des sujets autres que ceux qui relèvent de la compétence des assesseurs, c'est-à-dire sur des sujets autres que la navigation et la façon de naviguer — L'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale définit le «droit maritime canadien» comme étant le droit*

*of evidence — Rules governing admissibility of expert evidence established in English maritime decisions part of Canadian maritime law — Egmont Towing & Sorting Ltd. v. Ship "Telendos", holding English rule applies in Canada — Applying traditional rule endorsed by Parliament when maintained Canadian maritime law as existed in 1971 in effect (Federal Court Act, s. 42) — Trial Judge giving rule excessive scope in refusing to admit appellant's expert witnesses' reports as technical knowledge not required to understand arguments, but refusal not prejudicing appellant — Audi alteram partem principle of natural justice not breached — No reasonable apprehension of bias in that years ago assessors consultants to law firm representing party.*

*Maritime law — Torts — Appeal from trial judgment holding collision between Beograd, Federal Danube solely fault of Beograd — Beograd exiting lock in northeast direction — Federal Danube anchored to south of Beograd where strong northward current — Beograd turning east with engines on full power expecting to pass south of Federal Danube — Bow of Federal Danube striking rear port side of Beograd — Trial Judge holding pilot failing to consider effect of current, cause of Beograd's movement toward Federal Danube; latter's position not changing appreciably — Appeal dismissed — Evidence supporting Trial Judge's estimation of Beograd's speed, establishing pilot erred in believing channel obstructed by anchored ships — Federal Danube not at fault for commencing to raise anchor as no reason to think Beograd would not follow channel — No error in rejecting argument Federal Danube not keeping adequate watch nor in finding Federal Danube at anchor.*

*Judges and Courts — Stare decisis — Whether F.C.A. decision in Egmont Towing & Sorting Ltd. v. Ship "Telendos" can, should be overruled — Holding English judge-made rule relating to practice in admiralty matters applying in Canada — Merely applying traditional rule*

*dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté — La Loi sur l'Amirauté prescrivait que la Cour devait exercer sa compétence en matière maritime «de la même manière» que les tribunaux anglais — Pour ce faire, la Cour de l'Échiquier appliquait les mêmes règles de preuve — Les règles régissant l'admissibilité de la preuve d'experts qui ont été établies par la jurisprudence anglaise en matière maritime font partie du droit maritime canadien — L'arrêt Egmont Towing & Sorting Ltd. c. Le navire «Telendos» conclut que la règle anglaise s'applique au Canada — Il applique une règle traditionnelle qui a reçu l'aval du législateur lorsque celui-ci a maintenu en vigueur le droit maritime canadien tel qu'il existait en 1971 (l'art. 42 de la Loi sur la Cour fédérale) — Le juge du procès a donné à la règle une portée excessive en refusant d'admettre les rapports de témoins experts de l'appelante comme des connaissances techniques qui n'étaient pas requises pour comprendre l'argumentation, mais ce refus n'a pas causé de préjudice à l'appelante — Il n'y a pas eu d'accroc au principe de justice naturelle audi alteram partem — Le fait que les assesseurs aient agi quelques années auparavant à titre de consultants pour le cabinet d'avocats représentant l'une des parties n'engendre pas une crainte raisonnable de partialité.*

*Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Appel formé contre un jugement de première instance concluant que la collision survenue entre le Beograd et le Federal Danube était due uniquement à la faute du Beograd — Le Beograd est sorti d'une écluse et s'est dirigé vers le nord-est — Le Federal Danube mouillait au sud du Beograd à un endroit où il y avait un fort courant vers le nord — Le Beograd a viré vers l'est en mettant les machines à pleine vitesse pour passer au sud du Federal Danube — La proue du Federal Danube est entrée en contact avec le côté arrière de bâbord du Beograd — Le juge du procès a conclu que c'est parce que le pilote n'a pas tenu compte du courant que le Beograd s'est dirigé vers le Federal Danube; la position de ce dernier n'avait pas subi de changements importants — Appel rejeté — La preuve vient étayer l'évaluation que le juge du procès a faite de la vitesse du Beograd et établir que le pilote a commis une erreur en pensant que le chenal était obstrué par des navires ancrés — Le capitaine du Federal Danube n'a pas commis de faute en commençant la levée de l'ancre, car il n'avait aucune raison de penser que le Beograd ne suivrait pas le chenal — Le juge n'a pas commis d'erreur en rejetant l'argument selon lequel le Federal Danube n'a pas maintenu une veille adéquate ni en concluant que le Federal Danube était à l'ancre.*

*Juges et tribunaux — Stare decisis — L'arrêt rendu par la C.A.F. dans l'affaire Egmont Towing & Sorting Ltd. c. Le navire «Telendos» peut-il ou doit-il être annulé? — Il conclut que la règle jurisprudentielle anglaise concernant la pratique en matière d'amirauté s'applique au Canada*

receiving legislative endorsement when Parliament continuing in effect law as existed in 1971.

*Evidence — Trial Judge assisted by assessors refusing to admit appellant's expert witnesses' reports — Relying on F.C.A. decision incorporating English judge-made rule of practice into Canadian law — Appellant submitting Federal Court R. 482, Canada Evidence Act, s. 7 giving litigants right to call expert witnesses — Rules governing practice, procedure, not admissibility — Act only applies when expert evidence admissible.*

These three appeals arose from an action by the insurer of the M.V. *Beograd* to recover amounts paid to its insured for damages to cargo which had occurred as a result of a collision with the *Federal Danube*, and for part of the costs incurred in the salvage of the damaged cargo.

As it left a St. Lawrence Seaway lock, in order to follow the channel, the *Beograd* headed northeast. The *Federal Danube* was anchored to the south of the channel at a point crossed by a fairly strong northward current. The pilot of the *Beograd* thought that the channel was partly obstructed by ships anchored further north so, without checking the accuracy of that impression, he decided, rather than following the channel, to turn to the east with engines on full power, intending to regain the channel after crossing the anchorage area where the *Federal Danube* was anchored. When the *Beograd* was 900 to 1,200 feet from the *Federal Danube* the pilot ordered an increased turn to the east, expecting to pass to the south of the *Federal Danube*. The *Federal Danube* had just commenced raising anchor when the pilot noticed that the *Beograd* was increasing its turn toward the east. The order was given to stop raising the anchor. When the *Beograd* continued to come dangerously close, the Captain ordered that the engines be changed to half speed astern. The accident occurred almost immediately afterwards. The bow of the *Federal Danube* struck the rear port side of the *Beograd*. The Trial Judge held that the *Beograd* in moving to the east had moved sideways toward the *Federal Danube* under the effect of the current, which the pilot had failed to consider. The position of the *Federal Danube* had not changed in any major way. A-461-94 was an appeal from the Trial Judge's finding that the *Beograd* was solely responsible for the accident.

Two assessors, a ship's captain and a naval architect, had been appointed to assist the Trial Judge before the trial began. A-201-94 was an appeal from the Trial

— *Il ne fait qu'appliquer une règle traditionnelle qui a reçu l'aval du législateur lorsque celui-ci a maintenu en vigueur le droit maritime canadien tel qu'il existait en 1971.*

*Preuve — Le juge du procès qui était assistée par des assesseurs a refusé d'admettre les rapports de témoins experts de l'appelante — Elle s'est fondée sur une décision de la C.A.F. incorporant une règle de pratique jurisprudentielle anglaise en droit canadien — L'appelante a soutenu que la Règle 482 des Règles de la Cour fédérale et l'art. 7 de la Loi sur la preuve au Canada donnaient aux plaideurs le droit de faire témoigner des experts — Les règles régissent la pratique et la procédure, mais non l'admissibilité de la preuve — La Loi s'applique seulement lorsque la preuve d'experts est admissible.*

Les trois appels découlaient d'une action intentée par l'assureur du navire *Beograd* afin de recouvrer les montants versés à son assuré pour les dommages causés à la marchandise à la suite d'une collision avec le *Federal Danube* et une partie des frais engagés pour le sauvetage de la marchandise endommagée.

En sortant d'une écluse de la Voie maritime du Saint-Laurent, pour suivre le chenal, le *Beograd* s'est dirigé vers le nord-est. Le *Federal Danube* mouillait au sud du chenal à un endroit traversé par un assez fort courant vers le nord. Le pilote du *Beograd* pensait que le chenal était en partie obstrué par les navires qui étaient ancrés plus au nord, de sorte que, sans vérifier la justesse de cette impression, il a décidé, plutôt que de suivre le chenal, de virer vers l'est en mettant les machines à pleine vitesse pour aller rejoindre le chenal après avoir traversé la zone de mouillage où était arrêté le *Federal Danube*. Au moment où le *Beograd* se trouvait à une distance de 900 à 1 200 pieds du *Federal Danube*, le pilote a ordonné d'accroître le virage à l'est, prévoyant alors passer au sud du *Federal Danube*. Le *Federal Danube* venait de commencer à lever l'ancre lorsque le pilote s'est aperçu que le *Beograd* accentuait son virage vers l'est. Il a ordonné d'arrêter la levée de l'ancre. Voyant que le *Beograd* continuait de se rapprocher dangereusement, le capitaine a ordonné que l'on mette la machine en marche à demi-vitesse arrière. L'accident est arrivé presque tout de suite après. La proue du *Federal Danube* est entrée en contact avec le côté arrière de bâbord du *Beograd*. Le juge de première instance a conclu que le *Beograd* en s'avancant vers l'est avait dérivé vers le *Federal Danube* sous l'effet du courant, dont le pilote n'avait pas tenu compte. La position du *Federal Danube* n'avait pas subi de changements importants. L'appel A-461-94 attaquait la décision du juge de première instance selon laquelle le *Beograd* était seul responsable de l'accident.

Deux assesseurs avaient été nommés pour assister le juge de première instance avant que le procès ne commence: l'un était capitaine de bateau et l'autre architecte

Judge's interim order refusing to recuse an assessor for a reasonable apprehension of bias. The appellant attacked the impartiality of the assessors because they had in the preceding 10 years acted as consultants or expert witnesses for the law firm representing the respondents and because one of the assessors, a naval architect, had worked more than fifteen years earlier for one of the respondent corporations.

A-202-94 was an appeal from the Trial Judge's ruling precluding the appellant from introducing reports of two expert witnesses, a seaman and an engineer, unless that evidence was outside the scope of the assessors' competence. There is a long line of authority in England that judges of the Admiralty Court, when sitting with one or more assessors chosen from among the experienced seamen who are members of Trinity House\* shall refuse to hear expert witnesses unless they testify on subjects that do not fall within the assessors' area of expertise, i.e. navigation and seamanship. The appellant submitted that *Egmont Towing & Sorting Ltd. v. Ship "Telendos"*, which held that the rule would continue to apply in Canada, should not be followed and that the rule it affirmed was unlawful and should be repudiated. It submitted that Rule 482 and *Canada Evidence Act*, section 7 implicitly give every litigant the right to call expert witnesses.

\* (chartered in 1514, made up of retired officers of the mercantile marine, prominent politicians, and members of the royal family and having responsibilities relating to pilotage, lighthouses, beacon and sea marks)

The issues were whether the judgment should be set aside on the ground of the assessors' bias, or because of the Judge's refusal to hear the appellant's experts in the assessors' area of expertise as witnesses; and, whether the accident was attributable in part to the fault of the *Federal Danube*.

*Held* (MacGuigan J.A. dissenting), the appeals should be dismissed.

*Per Pratte J.A.*: Although the appeals in A-201-94 and A-202-94 were dismissed because the decisions were never issued in writing and could not be appealed, the grounds relied upon in support of those two appeals were also raised in support of the appeal against dismissal of the action. The Trial Judge did not err in not recusing the assessors as the facts presented did not justify a reasonable apprehension of bias.

naval. L'appel A-201-94 attaquait une ordonnance provisoire dans laquelle le juge de première instance refusait de récuser un assesseur sur la foi qu'il existait une crainte raisonnable de partialité. L'appelante attaquait l'impartialité des assesseurs parce que, dans les dix années précédentes, ils avaient agi à titre de consultants ou de témoins experts pour le bureau d'avocats représentant les intimés et parce que l'un des assesseurs, un architecte naval, avait, plus de quinze ans auparavant, exécuté des travaux pour l'une des sociétés intimées.

L'appel A-202-94 attaquait la décision par laquelle le juge de première instance avait refusé à l'appelante le droit de présenter les rapports de deux témoins experts, un marin et un ingénieur, à moins que les éléments de preuve ne relèvent pas de la compétence des assesseurs. En Angleterre, suivant une jurisprudence très ancienne, les juges de la Cour de l'Amirauté, lorsqu'ils siègent avec un ou plusieurs assesseurs choisis parmi les marins expérimentés qui font partie de la confrérie de Trinity House\*, refusent d'entendre des témoins experts à moins que ceux-ci ne témoignent sur des sujets autres que ceux qui relèvent de la compétence des assesseurs, c'est-à-dire sur des sujets autres que la navigation et la façon de naviguer. L'appelante a prétendu que l'arrêt *Egmont Towing & Sorting Ltd. c. Le navire «Telendos»*, qui concluait que la règle continuait de s'appliquer au Canada, ne devrait pas être suivi et que la règle qu'il avait consacrée était illégale et devrait être répudiée. Elle a soutenu que la Règle 482 et l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* accordent implicitement à tout plaideur le droit de faire témoigner des experts.

\* (constituée en société en 1514, composée d'officiers à la retraite de la marine marchande, de politiciens éminents et de membres de la famille royale et ayant des responsabilités se rapportant au pilotage, aux phares et aux balises marines)

Il s'agissait de savoir si le jugement devrait être annulé en raison de la partialité des assesseurs ou en raison du refus du juge de première instance de laisser témoigner les experts de l'appelante dans les domaines de compétence des assesseurs; et si l'accident était attribuable en partie à la faute du *Federal Danube*.

*Arrêt* (avec avis dissident du juge MacGuigan, J.C.A.): les appels doivent être rejetés.

*Le juge Pratte, J.C.A.*: Bien que les appels A-201-94 et A-202-94 aient été rejetés parce que les décisions n'ont jamais été consignées par écrit et ne pouvaient pas être portées en appel, les moyens soulevés au soutien de ces deux appels ont également été invoqués à l'appui de l'appel formé contre le rejet de l'action. Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en ne récusant pas les assesseurs, car les faits présentés ne justifiaient pas une crainte raisonnable de partialité.

Any right the appellant may have had to call expert witnesses could not be derived from either the Rules of the Court, which concern not the admissibility of evidence, but “practice and procedure”, or *Canada Evidence Act*, section 7.

The rule recognized in *Telendos* is a judge-made rule that forms part of Canadian maritime law. *Federal Court Act* section 2 defines “Canadian maritime law” as the “law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*”, or English maritime law, since the *Admiralty Act* provided that, subject to contrary provisions of the Act or of general rules and orders made to regulate practice and procedure, the Court was to exercise its jurisdiction in maritime cases “in like manner” as the High Court of Justice of England. Since neither the Act nor the rules contained any provision concerning the admissibility of evidence, the Exchequer Court had, in order to decide cases in like manner as the High Court of Justice of England, to apply the same rules of evidence as its English counterpart. The rules governing the admissibility of expert evidence established in English maritime decisions are accordingly part of Canadian maritime law which the Court has to apply in exercising its maritime jurisdiction. The Court, in *Telendos*, merely applied a traditional rule which received legislative endorsement when Parliament maintained Canadian maritime law as it existed in 1971 in effect. The rule enshrined in *Telendos* did not violate the *audi alteram partem* rule. It merely prohibited the introduction of evidence that would serve no useful purpose.

Natural justice requires a trial judge sitting with assessors neither to discuss with the parties the questions to be asked of the assessors nor to disclose to the parties the answers. The institution of assessors is of very long standing and has never worked in this way; in authorizing the Court to make use of assessors, Parliament implicitly authorized it to use the institution as it had always been used.

The Trial Judge gave the rule excessive scope. The traditional rule prohibits a judge who is assisted by assessors from hearing expert witnesses on questions within their experience, i.e. questions of navigation or seamanship. The assessor’s function is to inform the judge how a competent seaman would behave in the circumstances. The presence of seamen acting as assessors does not prevent the judge from hearing experts testify on subjects that do not relate to nautical skill, seamanship and the management of the ship. Where a judge sits with assessors who are not seamen, their presence does not prevent the judge from hearing expert witnesses, even in areas within the assessors’ expertise. It did not require any

Le droit que pouvait avoir l’appelante de faire entendre des témoins experts ne pouvait découler ni des règles de la Cour, qui ne régissent pas l’admissibilité de la preuve, mais la «pratique et procédure», ni de l’article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

La règle consacrée par l’arrêt *Telendos* est une règle jurisprudentielle faisant partie du droit maritime canadien. L’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* définit le «droit maritime canadien» comme étant le «droit dont l’application relevait de la Cour de l’Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l’Amirauté, aux termes de la *Loi sur l’Amirauté*» ou le droit maritime anglais, puisque la *Loi sur l’Amirauté* prescrivait que, sauf dispositions contraires de la Loi ou des règles et ordonnances générales établies pour réglementer la pratique et la procédure, la Cour devait exercer sa compétence en matière maritime «de la même manière» que la Haute Cour de justice en Angleterre. Comme ni la Loi ni les règles ne contenaient de disposition concernant l’admissibilité de la preuve, la Cour de l’Échiquier devait, pour juger de la même manière que la Haute Cour de justice en Angleterre, appliquer les mêmes règles de preuve que son homologue d’Angleterre. Les règles régissant l’admissibilité de la preuve par experts établies par la jurisprudence anglaise en matière maritime font donc partie du droit maritime canadien que la Cour doit appliquer dans l’exercice de sa compétence maritime. Dans l’affaire *Telendos*, la Cour n’a fait qu’appliquer une règle traditionnelle qui a reçu l’aval du législateur lorsque celui-ci a maintenu en vigueur le droit maritime canadien tel qu’il existait en 1971. La règle consacrée par l’arrêt *Telendos* ne violait pas la règle *audi alteram partem*. Elle interdisait simplement la présentation d’une preuve qui ne servirait aucune fin utile.

La justice naturelle exige que le juge du procès qui siège avec des assesseurs ne discute pas avec les parties des questions qu’il entend poser aux assesseurs ni ne leur révèle les réponses. L’institution des assesseurs est très ancienne et n’a jamais fonctionné de cette façon; le Parlement, en autorisant la Cour à y avoir recours, lui a implicitement permis de l’utiliser comme on l’a toujours fait.

Le juge du procès a donné à la règle une portée excessive. La règle traditionnelle interdit au juge qui est assisté par des assesseurs d’entendre des témoins experts sur des questions qui relèvent de leur expérience, c’est-à-dire sur des questions de navigation ou sur la façon de naviguer. La fonction de l’assesseur est d’éclairer le juge sur la manière dont un marin compétent se serait comporté dans les circonstances. La présence de marins comme assesseurs n’empêche pas le juge d’entendre des experts témoigner sur des sujets qui ne concernent pas la «*nautical skill*», la façon de naviguer ou le «*management of the ship*». Dans le cas où le juge siège avec des assesseurs qui ne sont pas des marins, leur présence n’empêche pas le

particular technical knowledge to understand the arguments and propositions in the expert's affidavit. The Judge could have appreciated their merit, even without the assistance of the assessors. The refusal to hear the expert did not, however, cause any prejudice to the appellant and the impugned judgment would not have been different had the witness been heard.

As to fault, the Trial Judge did not err in estimating the speed of the *Beograd*. The Trial Judge was, on the evidence, justified in criticizing the pilot of the *Beograd* for leaving the channel. The Captain of the *Federal Danube* was not at fault in raising anchor, as the crew of the *Federal Danube* could not have guessed at that time that *Beograd* would not follow the channel. The Trial Judge did not err in rejecting the argument that the *Federal Danube* did not keep an adequate watch. Nor did she err in finding that the *Federal Danube* was at anchor, based on the evidence that at the time of the collision this ship was moored with 180 feet of chain in the water.

*Per* MacGuigan J.A. (*dissenting*): The principle of natural justice at stake was that the parties be given adequate opportunity to be heard (*audi alteram partem*). It is an elementary aspect of the right to a fair hearing that a party must be allowed to call witnesses. There is no warrant for excluding expert witnesses, if their evidence would be admissible on the basis of the normal criteria. Experts assist the triers of fact, but also enable parties to present their cases as effectively as possible. Parties have the right to present their case with witnesses that seem best to them, subject to the limitations of the *Federal Court Act*, the Rules and the laws of evidence. Act, subparagraph 46(1)(a)(ix) provides that the rules committee of the court may make general rules and orders governing the use of assessors. Rule 492 allows the Court to call in the aid of assessors. The English practice proscribing expert witnesses on matters pertaining to navigation and seamanship was simply a rule that grew up in the English courts. It was adjectival rather than substantive law. *Federal Court Act*, section 42 provides for legal continuity; it does not purport to transform English judge-made law into Canadian statutory law, but to incorporate it as if it were Canadian judge-made law. The English practice was therefore subject to judicial overruling.

*Canada Evidence Act*, section 7 does not limit the use of expert witnesses, except as to number. Rule 482 prescribes when expert evidence is admissible. By the

juge d'entendre des témoins experts même dans les domaines qui relèvent de la compétence de ses assesseurs. L'argumentation que contenait l'affidavit et les propositions qu'il énonçait n'exigeaient, pour être comprises, aucune connaissance technique particulière. Le juge aurait pu en apprécier la valeur, même sans l'aide de ses assesseurs. Le refus d'entendre l'expert n'a toutefois causé aucun préjudice à l'appelante et le jugement attaqué n'eût pas été différent si ce témoin avait été entendu.

Quant à la faute, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en évaluant la vitesse du *Beograd*. Elle était justifiée, en raison de la preuve, de reprocher au pilote du *Beograd* d'avoir quitté le chenal. Le capitaine du *Federal Danube* n'a pas commis de faute en ordonnant la levée de l'ancre, car son équipage n'aurait pas pu deviner, à ce moment-là, que le *Beograd* ne suivrait pas le chenal. Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en rejetant l'argument selon lequel le *Federal Danube* n'a pas maintenu une veille adéquate. Elle n'a pas commis d'erreur non plus en concluant que le *Federal Danube* était à l'ancre, puisque la preuve démontrait qu'au moment de la collision son ancre était à l'eau avec 180 pieds de chaîne.

Le juge MacGuigan, J.C.A. (*dissent*): Le principe de justice naturelle en cause édictait que les parties doivent avoir l'occasion d'être entendues (*audi alteram partem*). L'un des aspects essentiels du droit à l'audience est qu'une partie doit avoir le droit de citer des témoins. L'exclusion de témoins experts ne peut être justifiée si ces derniers sont jugés admissibles d'après les critères normaux. Les experts aident les juges des faits, mais aussi ils permettent aux parties de présenter leurs arguments le plus efficacement possible. Les parties ont le droit de présenter leur cause avec les témoins qui leur semblent le plus adéquats, sous réserve des limites de la *Loi sur la Cour fédérale*, des *Règles de la Cour fédérale* et du droit de la preuve. La Loi prévoit au sous-alinéa 46(1)(a)(ix) que le comité des règles de la Cour peut, par règles ou ordonnances générales, régir le recours aux assesseurs. La Règle 492 autorise la Cour à demander l'aide d'un ou plusieurs assesseurs. En droit anglais, la pratique interdisant le témoignage d'experts sur des questions de navigation et de science nautique était simplement une règle qui s'est répandue devant les tribunaux anglais. C'était une règle de procédure et non une règle de fond. L'article 42 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit la continuité sur le plan juridique; il ne vise pas à transformer le droit jurisprudentiel anglais en droit législatif canadien, mais il vise à l'incorporer comme s'il était du droit jurisprudentiel canadien. En droit anglais, la pratique était donc susceptible d'être annulée par les tribunaux.

L'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne limite pas le recours à des témoins experts autrement que par le nombre. La Règle 482 prévoit quand le témoignage d'ex-

combined effect of the rules power in paragraph 46(1)(a), which is said to be "for regulating the practice and procedure" in the Court, and the definition of "practice and procedure" in section 2, which includes evidence relating to matters of practice and procedure, the intention of the rule appears to be that expert evidence is impliedly admissible. Evidence relating to matters of procedure includes its admissibility.

Evidence from all three experts was precluded by the Trial Judge even though it is not clear that the evidence of the last two experts fell within the assessors' field of expertise. Expert evidence is admissible whether outside or inside the assessors' knowledge. The limitation on expert witnesses in admiralty law, where assessors are used stems from an English tradition based on the position of trust held by the Elder Brethren of Trinity House from whose ranks trial assessors are drawn. As there is no corresponding social institution in Canada, there is no reason for a corresponding rule of law excluding expert witnesses whose views might challenge those of those esteemed gentlemen. The common law must reflect the social fabric of the country and not perpetuate an institution whose social foundation never existed in Canada. An appellate court can overturn its own previous decisions where there are compelling reasons for doing so and where the change can be classed as incremental. The holding in *Telendos* was contrary to the Rules of the Court, the general principles of the law, and in particular to the natural justice rule that guarantees an opportunity to be heard. *Telendos* must be overruled.

Counsel for the parties should be allowed to make submissions as to the formulation of questions to the assessors, except with respect to purely informational matters, i.e. where a judge makes constant use of an assessor merely to understand the evidence. The answers too must be set out before the end of the hearing, so that the parties can make further representations if it seems to them fit to do so. That courts are authorized to call in the aid of assessors does not entitle them to do so in such a way that the parties' rights to a hearing are circumscribed.

The final issue of natural justice had to do with the possibility of a reasonable apprehension of bias on the part of one of the assessors. The affiant's consultations with various law firms did not imperil his disinterested status, if only because he has acted in the past for both the respondent's and the appellant's lawyers. The onus is on the appellant to establish by evidence a reasonable apprehension of bias. The evidence established only that a naval engineer had been a consultant some years earlier to

perts est admissible. Par l'effet combiné du pouvoir prévu à l'alinéa 46(1)a) de recourir à des règles pour «réglementer la pratique et la procédure» devant la Cour, et de la définition de «pratique et procédure» à l'article 2, qui comprend la pratique et la procédure en matière de preuve, il semble ressortir de la règle que le témoignage d'experts est implicitement admissible. La procédure en matière de preuve comprend son admissibilité.

Le juge de première instance a exclu la preuve des trois experts, bien qu'il ne soit pas clair que le témoignage des deux derniers experts relevait du champ de compétence des assesseurs. Le témoignage d'experts est admissible, qu'il relève du champ de compétence des assesseurs ou non. La restriction à l'égard de témoins experts, en droit maritime, lorsqu'il est fait appel à des assesseurs découle d'une tradition anglaise fondée sur la position de confiance qu'occupent les Elder Brethren de la Trinity House, laquelle fournit les assesseurs. Puisqu'il n'existe pas d'institution sociale semblable au Canada, il n'est pas nécessaire d'avoir une règle de droit semblable qui exclut les témoins experts dont les avis pourraient mettre en doute ceux de ces messieurs estimés. La common law doit refléter le tissu social du pays et non pas perpétuer une institution dont le fondement social n'a jamais existé au Canada. Une cour d'appel peut infirmer ses propres décisions antérieures quand il y a des raisons imperieuses de le faire et si le changement peut être qualifié de graduel. La décision rendue dans l'affaire *Telendos* était contraire aux *Règles de la Cour fédérale*, aux principes généraux du droit et, en particulier, à la règle de justice naturelle qui garantit à chaque partie qu'elle aura l'occasion d'être entendue. La décision rendue dans l'affaire *Telendos* doit être annulée.

Les avocats des parties devraient pouvoir faire des observations quant à la formulation des questions posées aux assesseurs, sauf en ce qui concerne des questions purement informationnelles, notamment lorsqu'un juge fait constamment appel à un assesseur uniquement pour comprendre la preuve. Les réponses aussi doivent être exposées avant la fin de l'audience afin que les parties puissent, à leur discrétion, présenter d'autres observations. Le fait que les tribunaux soient autorisés à demander l'aide d'un ou plusieurs assesseurs ne les autorise pas à le faire de façon telle que les droits des parties à une audience soient restreints.

La question finale de justice naturelle portait sur la possibilité d'une crainte raisonnable de partialité de la part de l'un des assesseurs. Les services de consultation fournis par l'auteur de l'affidavit à divers cabinets d'avocats n'ont pas compromis son statut désintéressé, ne serait-ce que parce que, par le passé, il a agi non seulement pour les avocats des intimés, mais aussi pour l'avocat plaidant de l'appellante. C'est à la demanderesse appelante de prouver la possibilité d'une telle crainte raisonnable à l'égard des

a party to the lawsuit. There was no evidence as to the nature of the association. On such ambiguous evidence the appellant had not established its case and the Trial Judge's holding on this point should not be disturbed.

*Per* Chevalier D.J.: English decisions concerning the admissibility of expert evidence continued to constitute authority in Canada, given *Federal Court Act*, sections 2 and 42, and in the circumstances there was no reason to re-examine the findings made in *Telendos*. Furthermore, it was necessary to make a clear distinction between expert evidence relating to seamanship and any other evidence that might benefit the case in an area that goes beyond navigation. Since the assessors were presumed, by the very fact of their appointment, to have qualifications, authority and independence equivalent to those of the members of the British Trinity House Brethren, it is logical to rely on their knowledge to provide the judge hearing a case with the appropriate tests to determine whether the conduct of sailors at the time of a loss met the tests required of an informed and careful navigator. If a judge decides not to admit such evidence he is merely exercising his discretion and his decision may not be attacked on appeal. Therefore the expert's report dealing with seamanship was not relevant. As to the other report, after eliminating evidence which was not new, the summary of the testimony, judgment on seamanship, and duplication of evidence, nothing remained that might be of any use. The Trial Judge was justified in concluding as she did.

témoignages présentés. La preuve a révélé seulement qu'un ingénieur naval avait été quelques années auparavant un consultant pour l'une des parties au procès. Il n'existait aucune preuve quant au type d'association qui avait eu lieu. Avec une preuve aussi ambiguë, l'appelante n'avait pas pu établir son grief, et la décision du juge de première instance ne devrait pas être remise en question sur ce point.

Le juge Chevalier, J.S.: La jurisprudence anglaise en matière d'admissibilité de la preuve par experts a continué d'avoir autorité au Canada, compte tenu des articles 2 et 42 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et, dans les circonstances, il n'y avait pas lieu de revenir sur les conclusions prises dans l'affaire du *Telendos*. Par ailleurs, il fallait faire une nette distinction entre une preuve par expert qui se rapporte à la façon de naviguer et toute autre preuve qui serait de nature à enrichir le dossier dans un domaine qui serait étranger à celui de la navigation. Les assesseurs étant présumés, par le fait même de leur nomination, posséder des qualifications, une autorité et une indépendance équivalentes à celles des membres de la confrérie britannique de Trinity House, il est logique de s'en remettre à leurs connaissances pour fournir au juge saisi du litige les éléments d'appréciation propres à déterminer si la conduite des marins à l'occasion d'un sinistre a satisfait aux critères exigibles d'un navigateur avisé et prudent. Si le juge décide de ne pas recevoir une telle preuve, il ne fait qu'exercer sa discrétion et sa décision n'est pas susceptible d'être attaquée en appel. Par conséquent, le rapport de l'expert qui portait sur la façon de naviguer n'avait pas de pertinence au dossier. Quant à l'autre rapport, une fois exclus les éléments de preuve qui n'étaient pas nouveaux, le résumé du témoignage, le jugement sur la façon de naviguer et le dédoublement de matériel, il ne restait rien qui pouvait être de quelque utilité. Le juge de première instance était justifié de conclure comme elle l'a fait.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Admiralty Act*, R.S.C. 1970, c. A-1, s. 18.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 7, 40.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2  
 "Canadian maritime law", "practice and procedure",  
 42, 46(1)(a)(ix), 52(b)(i), 53(2).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 482 (as am.  
 by SOR/90-846, s. 18), 492.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Egmont Towing & Sorting Ltd. v. Ship "Telendos"*  
 (1982), 43 N.R. 147 (F.C.A.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art.  
 2 «droit maritime canadien», «pratique et procé-  
 dure», 42, 46(1)a(ix), 52b(i), 53(2).  
*Loi sur l'Amirauté*, S.R.C. 1970, ch. A-1, art. 18.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5,  
 art. 7, 40.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles  
 482 (mod. par DORS/90-846, art. 18), 492.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Egmont Towing & Sorting Ltd. c. Le navire  
 «Telendos»* (1982), 43 N.R. 147 (C.A.F.).

## DISTINGUISHED:

*Antares Shipping Corp. v. The Capricorn*, [1977] 2 F.C. 274; (1977), 17 N.R. 1 (C.A.); *Oy Nokia Ab v. The Martha Russ*, [1973] F.C. 394; (1973), 37 D.L.R. (3d) 597 (T.D.); *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

## CONSIDERED:

*Young v. Bristol Aeroplane Company, Limited*, [1944] 1 K.B. 718 (C.A.); *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; (1991), 68 C.C.C. (3d) 289; 9 C.R. (4th) 324; 8 C.R.R. (2d) 173; 131 N.R. 161; 50 O.A.C. 125; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; (1993), 79 C.C.C. (3d) 257; 19 C.R. (4th) 1; 148 N.R. 241; 61 O.A.C. 1; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274; (1984), 56 N.R. 198 (C.A.); *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 305; (1987), 17 C.I.P.R. 68; 16 C.P.R. (3d) 193; 79 N.R. 305 (C.A.); *Owners of the Ship "Sun Diamond" v. The Ship "Erawan" et al.* (1975), 55 D.L.R. (3d) 138 (F.C.T.D.); *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *The Bremen* (1931), 40 Ll. L. Rep. 177 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388; (1983), 2 D.L.R. (4th) 621; 1 C.I.P.R. 46; 36 C.P.C. 305; 75 C.P.R. (2d) 1; 50 N.R. 1; *Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd. v. Kingsland Maritime Corp.*, [1979] 1 F.C. 523; (1978), 93 D.L.R. (3d) 91; 8 C.P.C. 251; 24 N.R. 377 (C.A.); *Crabbe v. Minister of Transport*, [1973] F.C. 1091 (C.A.); *Farmer Construction Ltd. v. The Queen* (1983), 83 DTC 5272; 48 N.R. 315 (F.C.A.); *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; (1994), 114 D.L.R. (4th) 419; 89 C.C.C. (3d) 402; 29 C.R. (4th) 243; 166 N.R. 245; 71 O.A.C. 241; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; (1982), 138 D.L.R. (3d) 202; [1983] 1 W.W.R. 251; 39 B.C.L.R. 201; 68 C.C.C. (2d) 394; 29 C.R. (3d) 193; 43 N.R. 30; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Empire Tug Boats Ltd. et al.* (1995), 92 F.T.R. 26 (F.C.T.D.); *Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft et al. v. The Queen et al.*, [1969] 1 Ex. C.R. 117; *Misener Transportation Limited v. George N. Carleton (The)*, [1980] F.C.J. No. 404 (T.D.) (QL); *MacMillan Bloedel Ltd.*

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Antares Shipping Corp. c. Le Capricorn*, [1977] 2 C.F. 274; (1977), 17 N.R. 1 (C.A.); *Oy Nokia Ab c. Le Martha Russ*, [1973] C.F. 394; (1973), 37 D.L.R. (3d) 597 (1<sup>re</sup> inst.); *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Young v. Bristol Aeroplane Company, Limited*, [1944] 1 K.B. 718 (C.A.); *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; (1991), 68 C.C.C. (3d) 289; 9 C.R. (4th) 324; 8 C.R.R. (2d) 173; 131 N.R. 161; 50 O.A.C. 125; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; (1993), 79 C.C.C. (3d) 257; 19 C.R. (4th) 1; 148 N.R. 241; 61 O.A.C. 1; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274; (1984), 56 N.R. 198 (C.A.); *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 305; (1987), 17 C.I.P.R. 68; 16 C.P.R. (3d) 193; 79 N.R. 305 (C.A.); *Les propriétaires du navire «Sun Diamond» c. Le navire «Erawan» et al.* (1975), 55 D.L.R. (3d) 138 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *The Bremen* (1931), 40 Ll. L. Rep. 177 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388; (1983), 2 D.L.R. (4th) 621; 1 C.I.P.R. 46; 36 C.P.C. 305; 75 C.P.R. (2d) 1; 50 N.R. 1; *Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd. c. Kingsland Maritime Corp.*, [1979] 1 C.F. 523; (1978), 93 D.L.R. (3d) 91; 8 C.P.C. 251; 24 N.R. 377 (C.A.); *Crabbe c. Le ministre des Transports*, [1973] C.F. 1091 (C.A.); *Farmer Construction Ltd. c. La Reine* (1983), 83 DTC 5272; 48 N.R. 315 (C.A.F.); *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; (1994), 114 D.L.R. (4th) 419; 89 C.C.C. (3d) 402; 29 C.R. (4th) 243; 166 N.R. 245; 71 O.A.C. 241; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; (1982), 138 D.L.R. (3d) 202; [1983] 1 W.W.R. 251; 39 B.C.L.R. 201; 68 C.C.C. (2d) 394; 29 C.R. (3d) 193; 43 N.R. 30; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Empire Tug Boats Ltd. et al.* (1995), 92 F.T.R. 26 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft et al. v. The Queen et al.*, [1969] 1 R.C.E. 117; *Misener Transportation Limited c. George N. Carleton (Le)*, [1980] F.C.J. n° 404 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *MacMillan*

v. *Pan Ocean Bulk Carrier Ltd.*, [1981] 2 F.C. 773; (1981), 121 D.L.R. (3d) 244 (T.D.); *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169; *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 456; (1975), 68 D.L.R. (3d) 9; 24 C.P.R. (2d) 195; 6 N.R. 440; *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *The Jay Gould*, 19 F. 765 (E.D. Mich., 1884).

*Bloedel Ltd. c. Pan Ocean Bulk Carrier Ltd.*, [1981] 2 C.F. 773; (1981), 121 D.L.R. (3d) 244 (1<sup>re</sup> inst.); *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169; *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 456; (1975), 68 D.L.R. (3d) 9; 24 C.P.R. (2d) 195; 6 N.R. 440; *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *The Jay Gould*, 19 F. 765 (E.D. Mich., 1884).

## AUTHORS CITED

*De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans, London: Stevens & Sons Ltd., 1980.  
*Jackson's Machinery of Justice*, ed. by J. R. Spencer, Cambridge University Press, 1989.  
 MacGuigan, Mark R. "Precedent and Policy in the Supreme Court" (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 627.  
 Parsons, Theophilus. *A Treatise on the Law of Shipping and the Law and Practice of Admiralty*, vol. II, Boston: Little, Brown and Company, 1869.  
*Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234 (H.L.).  
 Wiswall, F. L. *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice since 1800*, Cambridge University Press, 1970.

APPEALS from trial judgment dismissing an action by the insurer of the M.V. *Beograd* for amounts paid to its insured for damages to cargo and for part of the costs incurred in the salvage of the cargo which was damaged as a result of a collision with the *Federal Danube (Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais v. Belcan S.A. et al.* (1994), 82 F.T.R. 127 (F.C.T.D.)). Appeals dismissed.

## COUNSEL:

*Andrew J. Ness* for appellant (plaintiff).  
*Richard Gaudreau* for respondents (defendants).

## SOLICITORS:

*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, for appellant (plaintiff).  
*Langlois Robert*, Québec, for respondents (defendants).

## DOCTRINE

*De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans, London: Stevens & Sons Ltd., 1980.  
*Jackson's Machinery of Justice*, ed. by J. R. Spencer, Cambridge University Press, 1989.  
 MacGuigan, Mark R. «Precedent and Policy in the Supreme Court» (1967), 45 *R. du B. Can.* 627.  
 Parsons, Theophilus. *A Treatise on the Law of Shipping and the Law and Practice of Admiralty*, vol. II, Boston: Little, Brown and Company, 1869.  
*Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234 (H.L.).  
 Wiswall, F. L. *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice since 1800*, Cambridge University Press, 1970.

APPELS contre le jugement de première instance rejetant une action intentée par l'assureur du navire *Beograd* en recouvrement des montants versés à son assuré pour les dommages causés à la marchandise et d'une partie des frais engagés dans le sauvetage de la marchandise endommagée à la suite d'une collision avec le *Federal Danube (Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais c. Belcan S.A. et al.* (1994), 82 F.T.R. 127 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). Appels rejetés.

## AVOCATS:

*Andrew J. Ness* pour l'appelante (demanderesse).  
*Richard Gaudreau* pour les intimés (défendeurs).

## PROCUREURS:

*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, pour l'appelante (demanderesse).  
*Langlois Robert*, Québec, pour les intimés (défendeurs).

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

1 PRATTE J.A.: The appellant is a Brazilian insurance company which had insured the cargo of beans carried by the ship M.V. *Beograd* when she collided with another ship, the *Federal Danube*, on December 11, 1984. As a result of this accident, the appellant had to pay its insured and, on its insured's behalf, those who had floated the *Beograd* and helped to save a part of its cargo sums totalling \$4,400,861.84. Subrogated to the rights of its insured, it subsequently claimed this amount from the respondents, arguing that the *Federal Danube* was responsible for the accident. The Trial Division [(1994), 82 F.T.R. 127] dismissed this action on the ground that the accident was solely attributable to the fault of the *Beograd*. Appeal No. A-461-94 was brought against this judgment.

1 LE JUGE PRATTE, J.C.A.: L'appelante est une société d'assurance du Brésil qui avait assuré le cargaison de haricots que transportait le navire M.V. *Beograd* lorsque, le 11 décembre 1984, il entra en collision avec un autre navire, le *Federal Danube*. En conséquence de cet accident, l'appelante dut payer à son assuré et, pour le compte de son assuré, à ceux qui avaient renfloué le *Beograd* et contribué à sauver une partie de sa cargaison des sommes totalisant 4 400 861,84 \$. Subrogée aux droits de son assuré, elle réclama ensuite ce montant des intimés prétendant que le *Federal Danube* était responsable de l'accident. La Section de première instance [(1994), 82 F.T.R. 127] a rejeté cette action au motif que l'accident était dû à la seule faute du *Beograd*. L'appel n° A-461-94 est dirigé contre ce jugement.

2 Appeals No. A-201-94 and A-202-94 were brought against two oral decisions rendered by the Trial Judge during the trial. By one of these decisions the Judge refused to recuse for bias the two assessors who had previously been appointed to assist her; by the other she refused to acknowledge the appellant's right to call experts in the assessors' areas of expertise as witnesses. These two decisions, which were never issued in writing, could clearly not be appealed<sup>1</sup> and, for this reason, both these appeals should be dismissed. It remains, however, that the grounds the appellant wished to rely on in support of these two appeals may be raised in support of the appeal it brought against the judgment dismissing its action. Before the responsibility of the two ships involved in this accident is considered, it must accordingly be determined whether, in any event, the impugned judgment should not be set aside on account of the assessors' bias and also because of the Judge's refusal to hear the appellant's experts.

2 Les appels A-201-94 et A-202-94, eux, attaquent deux décisions verbales prononcées par le juge de première instance pendant le procès. Par l'une de ces décisions, le juge refusait de récuser pour cause de partialité les deux assesseurs qui avaient été préalablement nommés pour l'assister; par l'autre, elle refusait à l'appelante le droit de faire entendre comme témoins des experts dans des domaines qui étaient de la compétence de ses assesseurs. Ces deux décisions, qui n'ont jamais été consignées par écrit, ne pouvaient évidemment être portées en appel<sup>1</sup> et, à cause de cela, ces deux appels devraient être rejetés. Il reste, cependant, que les moyens que l'appelante voulait soulever au soutien de ces deux pourvois peuvent être invoqués à l'appui de l'appel qu'elle a formé contre le jugement qui a rejeté son action. Avant de s'interroger sur la responsabilité des deux navires impliqués dans cet accident, il faut donc se demander si, en tout état de cause, le jugement attaqué ne devrait pas être cassé à cause de la partialité des assesseurs et, aussi, en raison du refus du juge d'entendre les experts de l'appelante.

3 The first question is easily answered. The appellant attacked the impartiality of the assessors on two grounds: first, that they had in the preceding ten

3 Il est facile de répondre à la première question. L'appelante invoque deux raisons pour contester l'impartialité des assesseurs; d'abord, qu'ils avaient,

years acted as consultants or expert witnesses for the law firm representing the respondents; second, that one of the assessors, a naval architect, had done work more than fifteen years earlier for one of the respondent corporations. In my judgment, neither of these facts could justify a reasonable apprehension of bias on the part of either of the assessors. The Trial Judge accordingly did not err in not recusing them.

dans les dix années précédentes, agi à titre de consultants ou de témoins experts pour le bureau d'avocats représentant les intimés; ensuite, que l'un des deux assesseurs, un architecte naval, avait, plus de quinze ans auparavant, exécuté des travaux pour le compte de l'une des sociétés intimées. Aucun de ces deux faits, à mon avis, ne pouvait justifier une crainte raisonnable de partialité de la part de l'un ou l'autre des assesseurs. Le premier juge a donc eu raison de ne pas les récuser.

4 The second question concerning the refusal to hear the expert witnesses requires consideration at greater length.

La seconde question, concernant le refus d'entendre des témoins experts, exige de plus longs développements.

5 Well before the trial, two assessors were appointed<sup>2</sup> at the respondents' request to assist the Judge: one was a ship's captain of long standing and the other a naval architect. Somewhat later, in order to comply with paragraph 482(1)(b) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663],<sup>3</sup> counsel for the appellant filed affidavits signed by two experts whom they planned to call as witnesses: a seaman, Captain Mueller, and an engineer, Dr. Doust. It seems<sup>4</sup> that at the commencement of the trial one of appellant's counsel indicated his intent to call these two experts. This apparently led the Judge to indicate that she would not hear any expert witnesses unless they were experts in areas that did not form part of the assessors' expertise. The appellant was therefore prevented from calling Captain Mueller and Dr. Doust since the former was, like one of the assessors, an experienced seaman who planned to testify on questions relating to seamanship, while the latter intended to testify on matters that fell within the second assessor's area of expertise.

Bien avant la tenue du procès, à la requête des intimés, deux assesseurs avaient été nommés<sup>2</sup> pour assister le juge: l'un était marin capitaine au long cours, l'autre un architecte naval. Un peu plus tard, les avocats de l'appelante, voulant se conformer à l'alinéa 482(1)b)<sup>3</sup> des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] ont déposé des affidavits signés par deux experts qu'ils se proposaient de faire entendre comme témoins: un marin, le capitaine Mueller, et un ingénieur, M. Doust. Il semble<sup>4</sup> qu'au début du procès l'un des avocats de l'appelante ait fait part de son intention de faire entendre ces deux experts. Cela aurait amené le juge à indiquer qu'elle n'entendrait pas de témoins experts à moins qu'ils ne soient experts en des domaines ne relevant pas de la compétence des assesseurs. L'appelante dut donc renoncer à faire entendre MM. Mueller et Doust puisque le premier était, comme l'un des assesseurs, un marin d'expérience qui se proposait de témoigner sur des questions relatives à la navigation tandis que le second entendait témoigner sur des sujets relevant de la compétence de l'autre assesseur.

6 The appellant acknowledges that there is a long line of authority in England to the effect that judges of the Admiralty Court, when sitting with one or more assessors chosen among experienced seamen who are members of Trinity House, refuse to hear expert witnesses unless they testify on subjects that do not fall within the area of expertise of these assessors, that is on subjects other than navigation and seamanship. The appellant also agrees that for a

L'appelante reconnaît que, en Angleterre, suivant une jurisprudence très ancienne, les juges de la Cour de l'Amirauté, lorsqu'ils siègent avec un ou des assesseurs choisis parmi les marins expérimentés qui font partie de la confrérie de Trinity House, refusent d'entendre des témoins experts à moins que ceux-ci ne témoignent sur des sujets autres que ceux qui relèvent de la compétence de ces assesseurs, c'est-à-dire sur des sujets autres que la navigation et la

long time the same rule has been applied in maritime cases in Canada and that in 1982 this Court held in *Telendos*<sup>5</sup> that the rule should continue to apply. The appellant maintained, however, that this recent decision should not be followed and that the rule it affirmed was unlawful and should be repudiated. According to the appellant, Rule 482<sup>6</sup> and section 7 of the *Canada Evidence Act*<sup>7</sup> implicitly give every litigant the right to call expert witnesses and no statutory or regulatory provision authorizes the judge to apply a different rule in maritime cases when he or she is assisted by assessors. The appellant accordingly submitted that the Trial Judge acted unlawfully and violated the *audi alteram partem* rule in refusing to hear the appellant's experts and that we should accordingly set aside her decision and order a new trial.

façon de naviguer (*seamanship*). L'appelante convient aussi que, depuis très longtemps, la même règle a été appliquée au Canada dans les affaires maritimes et que cette Cour a jugé en 1982, dans l'affaire du *Telendos*<sup>5</sup>, qu'il fallait continuer de s'y conformer. L'appelante prétend, cependant, que cet arrêt récent ne devrait pas être suivi et que la règle qu'il a consacrée est illégale et devrait être répudiée. D'après l'appelante, en effet, la Règle 482<sup>6</sup> et l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>7</sup> accordent implicitement à tout plaideur le droit de faire témoigner des experts et aucune disposition législative ou réglementaire n'autorise le juge à appliquer une règle différente en matières maritimes lorsqu'il est assisté par des assesseurs. Il s'ensuivrait que le juge de première instance aurait agi illégalement et violé la règle *audi alteram partem* en refusant d'entendre les experts de l'appelante et que nous devrions, à cause de cela, infirmer sa décision et ordonner un nouveau procès.

7 It must be noted first that any right the appellant may have had to call expert witnesses could not be derived from either the Rules of the Court, which do not concern the admissibility of evidence,<sup>8</sup> or section 7 of the *Canada Evidence Act*, which applies only to cases where expert evidence is admissible. Generally, the admissibility of evidence in the Federal Court is governed by section 40 of the *Canada Evidence Act* and subsection 53(2) of the *Federal Court Act*:

*Canada Evidence Act*

40. In all proceedings over which Parliament has legislative authority, the laws of evidence in force in the province in which those proceedings are taken . . . subject to this Act and other Acts of Parliament, apply to those proceedings.

*Federal Court Act*

53. . . .

(2) Evidence that would not otherwise be admissible shall be admissible, in the discretion of the Court and subject to any rule that may relate to the matter, if it would be admissible in a similar matter in a superior court of a province in accordance with the law in force in any

7 Il faut d'abord remarquer que le droit que pouvait avoir l'appelante de faire entendre des témoins experts ne pouvait découler ni des Règles de la Cour, qui ne régissent pas l'admissibilité de la preuve<sup>8</sup>, ni de l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui ne s'applique que dans les cas où la preuve par experts est admissible. De façon générale, l'admissibilité de la preuve en Cour fédérale est régie par l'article 40 de la *Loi sur la preuve au Canada* et le paragraphe 53(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*:

*Loi sur la preuve au Canada*

40. Dans toutes les procédures qui relèvent de l'autorité législative du Parlement du Canada, les lois sur la preuve qui sont en vigueur dans la province où ces procédures sont exercées . . . s'appliquent à ces procédures, sauf la présente loi et les autres lois fédérales.

*Loi sur la Cour fédérale*

53. . . .

(2) Par dérogation à l'article 40 de la *Loi sur la preuve au Canada* mais sous réserve de toute règle applicable en la matière, la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'admettre une preuve qui ne serait pas autrement admissible si, selon le droit en vigueur dans une province, elle l'était devant

province, notwithstanding that it is not admissible by virtue of section 40 of the *Canada Evidence Act*.

une cour supérieure de cette province.

8 In light of these two provisions, one might be tempted to conclude that the appellant's argument is correct since the law of Quebec (where this action was brought and where the trial was held) does not know any institution comparable to assessors and, for that reason, does not contain any rule comparable to that which we are considering. However, one should not stop there.

8 À ne considérer que ces deux dispositions, on pourrait croire l'argument de l'appelante fondé puisque le droit du Québec (où cette action a été intentée et où le procès a eu lieu) ne connaît pas d'institution comparable à celle des assesseurs et, en conséquence, ne connaît pas non plus de règle comparable à celle qui nous préoccupe. Mais on ne peut se limiter là.

9 In my opinion, the rule recognized by the decision in *Telendos* is a judge-made rule that forms part of Canadian maritime law, which section 42 of the *Federal Court Act*<sup>9</sup> has maintained in effect and which section 2 of the Act defines as being the "law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*" (in French: "[d]roit . . . dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté"). It is well known that the law "administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side" was English maritime law, since the *Admiralty Act* [R.S.C. 1970, c. A-1] provided that, subject to contrary provisions of the Act or of general rules and orders made to regulate practice and procedure, the Court was to exercise its jurisdiction in maritime cases "in like manner" as the High Court of Justice of England. Since neither the Act nor the rules contained any provision concerning the admissibility of evidence, the Exchequer Court had, in order to decide cases in like manner as the High Court of Justice of England, to apply the same rules of evidence as its English counterpart. The rules governing the admissibility of expert evidence established in English maritime decisions are accordingly part of Canadian maritime law which the Court has to apply in exercising its maritime jurisdiction.<sup>10</sup>

9 Il me paraît, en effet, que la règle qu'a consacrée l'arrêt rendu dans l'affaire du *Telendos* est une règle jurisprudentielle faisant partie du droit maritime canadien que l'article 42 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>9</sup> a maintenu en vigueur et que l'article 2 de la Loi définit comme étant le «[d]roit . . . dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté», aux termes de la *Loi sur l'Amirauté* (en anglais: "law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*"). Le droit «dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté» était, on le sait, le droit maritime anglais puisque la *Loi sur l'Amirauté* [S.R.C. 1970, ch. A-1] prescrivait que, sauf dispositions au contraire de la Loi ou des règles et ordonnances générales établies pour réglementer la pratique et la procédure, la Cour devait exercer sa compétence en matière maritime «de la même manière» que la Haute Cour de Justice en Angleterre. Or, comme ni la Loi ni les règles ne contenaient de disposition concernant l'admissibilité de la preuve, la Cour de l'Échiquier devait, pour juger de la même manière que la Haute Cour de Justice en Angleterre, appliquer les mêmes règles de preuve que son homologue d'Angleterre. Les règles régissant l'admissibilité de la preuve par experts établies par la jurisprudence anglaise en matière maritime font donc partie du droit maritime canadien que la Cour doit appliquer dans l'exercice de sa compétence maritime<sup>10</sup>.

10 Therefore, the decision in *Telendos* merely applied a traditional rule which received legislative

10 L'arrêt rendu dans l'affaire *Telendos* n'a donc fait qu'appliquer une règle traditionnelle qui a reçu

endorsement when Parliament maintained Canadian maritime law as it existed in 1971 in effect. As a result, it matters little, in my judgment, that some people may doubt the wisdom of this rule or even see in it a violation of the *audi alteram partem* rule. On this latter point, after expressing my surprise that a rule that is so harshly criticized could be appreciated by informed observers,<sup>11</sup> I wish to make only two observations:

1. In my opinion, it is possible to prohibit the parties in a case from adducing evidence that is considered to serve no purpose, without violating the principles of natural justice. The rule enshrined in the decision in *Telendos* does nothing else. If this must be viewed as a breach of the *audi alteram partem* rule, the same would have to be said of the common law rule which excludes the possibility of expert evidence when such evidence is not necessary.<sup>12</sup>

2. I do not understand how it can be said that natural justice requires a trial judge sitting with assessors to discuss with the parties the questions he or she intends to ask the assessors and subsequently to disclose to the parties the answers he or she was given by the assessors. The institution of assessors is of very long standing and has never worked in this way; in authorizing the Court to make use of them, Parliament implicitly authorized it to use the institution as it had always been used. Moreover, if natural justice imposed such requirements, it would also be necessary to impose an obligation on all specialized administrative tribunals to disclose to the parties the opinions given to these tribunals by the specialists responsible for assisting them in the performance of their duties. That is an argument that the courts have never accepted.

l'aval du législateur lorsque celui-ci a maintenu en vigueur le droit maritime canadien tel qu'il existait en 1971. À cause de cela, il importe peu, à mon avis, que certains puissent douter de la sagesse de cette règle ou même y voir une violation de la règle *audi alteram partem*. Sur ce dernier point, après avoir exprimé mon étonnement que l'on puisse critiquer si durement une règle qui fait l'admiration d'observateurs avertis<sup>11</sup>, je me limiterai à deux observations:

1. À mon avis, on peut, sans violer les principes de justice naturelle, interdire aux parties à un litige de faire une preuve que l'on juge inutile. Or, la règle consacrée par l'arrêt rendue dans l'affaire *Telendos* ne fait rien d'autre. Et s'il faut voir là un accroc à la règle *audi alteram partem*, il faudrait en dire autant de la règle de la common law qui exclut la possibilité d'une preuve par experts lorsque celle-ci n'est pas nécessaire<sup>12</sup>.

2. Je ne comprends pas que l'on puisse dire que la justice naturelle exige que le juge du procès qui siège avec des assesseurs discute avec les parties des questions qu'il entend poser aux assesseurs et qu'il leur révèle ensuite les réponses que ceux-ci lui ont données. L'institution des assesseurs est très ancienne et n'a jamais fonctionné de cette façon; le Parlement, en autorisant la Cour à y avoir recours, lui a implicitement permis de l'utiliser comme on l'avait toujours fait. D'ailleurs, si la justice naturelle avait de telles exigences, il faudrait aussi imposer à tous les tribunaux administratifs spécialisés l'obligation de révéler aux parties les avis que leurs donnent les spécialistes chargés de les aider à accomplir leur tâche. Or, c'est là une thèse que la jurisprudence n'a jamais approuvée.

11 The appellant further maintained that even if the decision in *Telendos* were correct, the Trial Judge erred in giving the rule with which we are concerned an excessive scope. On this point, the appellant is correct. The authors and case law referred to by Thurlow C.J. in *Telendos* confirm that the traditional rule simply prohibits a judge who is assisted

L'appelante prétend aussi que, même si l'affaire du *Telendos* a été bien jugée, le juge du procès s'est trompé en donnant à la règle qui nous intéresse une portée excessive. Sur ce point, l'appelante a raison. Il suffit de lire les auteurs et la jurisprudence auxquels réfère le juge en chef Thurlow dans l'affaire du *Telendos* pour constater que la règle traditionnelle

by seamen acting as assessors from hearing expert witnesses on questions within their experience, that is questions of navigation or seamanship. In other words, in order to decide a maritime dispute, a judge must know how, in the circumstances revealed by the evidence, a competent seaman would have behaved; on this subject it is the assessor alone who has to inform the judge. This means that the presence of seamen acting as assessors does not prevent the judge from hearing experts testify on subjects that do not relate to nautical skill, seamanship and the management of the ship. This also means that in a case where a judge sits with assessors who are not seamen, their presence does not prevent the judge from hearing expert witnesses, even in areas within the assessors' expertise. It is true that for the last twenty years or so, the judges of the Trial Division have appeared to extend the scope of the traditional rule, and this no doubt explains the attitude of the Trial Judge in this case. I believe, however, that this extension, logical though it may appear, is not justified.

interdit seulement au juge qui est assisté par des marins comme assesseurs d'entendre des témoins experts sur des questions qui relèvent de leur expérience, c'est-à-dire sur des questions de navigation, de "seamanship". En d'autres mots, le juge, pour décider un litige maritime, doit savoir comment, dans les circonstances que révèle la preuve, se serait comporté un marin compétent; sur ce sujet, c'est l'assesseur seul qui doit l'éclairer. C'est dire que la présence de marins comme assesseurs n'empêche pas le juge d'entendre des experts témoigner sur des sujets qui ne concernent pas la "nautical skill", la façon de naviguer, l'administration du navire. C'est dire aussi que, dans le cas où le juge siège avec des assesseurs qui ne sont pas des marins, leur présence n'empêche pas le juge d'entendre des témoins experts même dans les domaines qui relèvent de la compétence de ces assesseurs. Il est vrai que, depuis une vingtaine d'années, les juges de la Section de première instance ont semblé étendre la portée de la règle traditionnelle, ce qui explique, sans doute, l'attitude du premier juge en cette affaire. Mais je crois que cette extension, si logique qu'elle puisse paraître, n'est pas justifiée.

12 Does it follow that the impugned judgment must, for this reason alone, be quashed? I do not believe so. The decision of the Supreme Court in *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*<sup>13</sup> does not apply in a case such as this, where we know the essence of the evidence that was unlawfully excluded by the Judge and where we have before us not an application for judicial review but an appeal that we are authorized by law<sup>14</sup> to decide, in the event that the Trial Judge has erred, by rendering the judgment that the Trial Judge should have rendered. In the instant case, it is sufficient to read the affidavit signed by Dr. Doust, the expert the Judge should have heard, to confirm that in order to be understood, the arguments it contains and the propositions it makes do not require any particular technical knowledge. These propositions and arguments could be stated and developed by counsel for the appellant in argument and I am sure that the Judge could appreciate their merit, even without the assistance of her assessors. In my opinion, the refusal to hear Dr. Doust did not cause any prejudice to the appellant

S'ensuit-il que le jugement attaqué doive, pour ce seul motif, être cassé? Je ne le crois pas. La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*<sup>13</sup> n'a pas d'application dans un cas comme celui-ci où nous connaissons l'essentiel de la preuve que le juge a illégalement exclue et où nous sommes saisis, non pas d'une demande de contrôle judiciaire, mais d'un appel que la loi<sup>14</sup> nous autorise à juger, dans le cas où le juge de première instance a commis une erreur, en rendant le jugement qu'il aurait dû rendre. En l'espèce, il suffit de lire l'affidavit souscrit par M. Doust, l'expert que le juge aurait dû entendre, pour constater que l'argumentation qu'il contient et les propositions qu'il énonce n'exigent, pour être comprises, aucune connaissance technique particulière. Ces propositions, ces arguments, pouvaient être formulés et développés par l'avocat de l'appelante en plaidoirie et je suis sûr que le juge pouvait, même sans l'aide de ses assesseurs, en apprécier la valeur. Le refus d'entendre M. Doust n'a donc, à mon avis, causé aucun préjudice à l'appelante et je

and I cannot imagine that the impugned judgment would have been different if this witness had been heard.

ne puis concevoir que le jugement attaqué eut été différent si ce témoin avait été entendu.

13 I come now to the appellant's other grounds of appeal to the effect that, according to the evidence adduced at trial, the Judge should have found that the accident was attributable in part to the fault of the *Federal Danube*. In order to understand the various arguments raised in support of this claim, we must briefly recall the circumstances of the accident.

J'en viens maintenant aux autres motifs d'appel de l'appelante qui prétend que le juge, suivant la preuve faite au procès, aurait dû conclure que l'accident était, en partie, attribuable à la faute du *Federal Danube*. Pour comprendre les divers arguments soulevés à l'appui de cette prétention, il faut rappeler brièvement les circonstances de l'accident. 13

14 The collision occurred shortly after 9:00 p.m. on December 11, 1984 on Lake Saint-Louis upstream from Montréal, near the spot where St. Lawrence Seaway Lock No. 3 (which is on a north-south axis) joins the south shore of Lake Saint-Louis. It was dark but visibility was good and there was no wind to speak of.

La collision eut lieu peu après 21 heures, le 11 décembre 1984, sur le lac Saint-Louis, en amont de Montréal près de l'endroit où l'écluse n° 3 de la Voie maritime du Saint-Laurent (qui est orientée dans une direction nord-sud) rejoint la rive sud du lac Saint-Louis. Il faisait nuit, mais la visibilité était bonne et il n'y avait pour ainsi dire pas de vent. 14

15 The *Beograd*, a cargo ship almost 600 feet in length, was commanded on that day by Captain Janicic and had a pilot, Mr. Daneau, on board. Coming from the Great Lakes, she was approaching the exit of Lock No. 3. She was accordingly heading north. As she left the lock, in order to follow the channel she had to edge to the northeast, to starboard. At this point the channel is fairly wide and on each side, north and south, there is an anchorage. That evening several ships had cast anchor there, waiting to enter the lock that the *Beograd* had just left. Among them was the *Federal Danube*, a cargo ship over 700 feet in length and under the command of Captain Derenne; she also had a pilot on board. She had arrived there in the late afternoon and had cast anchor (with three shackles, that is 270 feet of chain) to the south of the channel at a point crossed by a fairly strong northward current from the waters of the Beauharnois River, which flows into Lake Saint-Louis immediately to the east of Lock No. 3.

Le *Beograd*, un cargo de près de 600 pieds de long, était, ce jour-là, commandé par le capitaine Janicic et avait à son bord un pilote, M. Daneau. Venant des Grands Lacs, il approchait de la sortie de l'écluse n° 3. Il se dirigeait donc vers le nord. En sortant de l'écluse, il devait, pour suivre le chenal, obliquer vers le nord-est, à tribord. Le chenal, à cet endroit, est assez large et de chaque côté, au nord et au sud, il y a une zone d'ancrage. Ce soir-là, plusieurs navires y avaient jeté l'ancre, attendant de pénétrer dans l'écluse que le *Beograd* allait quitter. Parmi eux, le *Federal Danube*, un cargo de plus de 700 pieds de long qui était commandé par le capitaine Derenne et avait aussi un pilote à son bord. Il était arrivé là en fin d'après-midi et avait mouillé l'ancre (avec 3 maillons, c'est-à-dire 270 pieds de chaîne) au sud du chenal à un endroit qui est traversé par un courant assez fort vers le nord provenant des eaux de la rivière Beauharnois qui se jette dans le lac Saint-Louis immédiatement à l'est de l'écluse n° 3. 15

16 At 9:40 p.m., the *Beograd* had just left the lock. Her pilot had been warned that the *Federal Danube* was there and would soon be heading for the lock. The pilot noticed the ships at anchor and recognized

À 21h40, le *Beograd* vient de sortir de l'écluse. Son pilote a été prévenu que le *Federal Danube* est là et qu'il se dirigera bientôt vers l'écluse. Le pilote aperçoit les navires à l'ancre et reconnaît le *Federal* 16

the *Federal Danube*, with which he was familiar and which, at that point, was showing the regulatory lights indicating that she was at anchor. It seemed to him then that the channel was partly obstructed by the ships anchored further to the north. Without doing anything to check the accuracy of this impression, he decided, rather than following the channel, to turn to starboard, to the east, in order to regain the channel after crossing the anchorage area where the *Federal Danube* was anchored. This was an unusual manoeuvre that the pilot, despite his long experience, had never attempted. He accordingly ordered that the ship turn to starboard and that the engines be on full power. Five minutes later, at 9:45 p.m., when the *Beograd* was three or four cables' length (900 to 1,200 feet) from the *Federal Danube*, the pilot ordered an increased turn to starboard. He expected to pass some six hundred feet to the south of the *Federal Danube*. A few minutes later, he noticed that the *Federal Danube* seemed to be approaching the *Beograd* by pivoting on itself and could not prevent the bow of the *Federal Danube* from striking the stern of his ship on the port side.

17 When the *Beograd* was leaving the lock at 9:40 p.m., the Captain of the *Federal Danube* had just received authorization to leave his anchorage and gave the order to raise the anchor. It was the anchor on the port side that was in the water and its chain was at an angle of 90° to the axis of the ship. At 9:45 p.m., it was noticed that the *Beograd* was increasing its turn toward the east and it accordingly seemed that, instead of taking the channel behind the *Federal Danube*, she would pass in front, crossing the anchorage. The Captain gave the order to stop raising the anchor. At that point one shackle of chain had been drawn in so that 2 shackles (180 feet) remained in the water. Seeing that the *Beograd* was continuing to come dangerously close, the Captain ordered that the engines be changed to half speed astern. The accident occurred almost immediately afterwards.

18 It is not necessary to be an expert to find that, if the bow of the *Federal Danube*, which was facing south, came into contact with the rear port side of the *Beograd* when it was heading northeast, crossing

*Danube* qui lui est familier et qui, à ce moment, porte les feux réglementaires indiquant qu'il est à l'ancre. Il lui semble alors que le chenal est en partie obstrué par les navires qui sont ancrés plus au nord. Sans rien faire pour vérifier la justesse de cette impression, il décide, plutôt que de suivre le chenal, de virer à tribord, vers l'est, pour aller le rejoindre en traversant la zone de mouillage où était arrêté le *Federal Danube*. Il s'agissait là d'une manoeuvre inusitée que le pilote, malgré sa longue expérience, n'avait jamais tentée. Il ordonne donc que l'on vire à tribord et que l'on mette les machines à pleine vitesse. Cinq minutes plus tard, à 21h45, alors que le *Beograd* se trouve à trois ou quatre encablures (900 à 1,200 pieds) du *Federal Danube*, le pilote ordonne que l'on accentue le virage à tribord. Il prévoit alors passer à quelques six cents pieds au sud du *Federal Danube*. Quelques minutes après, il aperçoit le *Federal Danube* qui semble approcher du *Beograd* en pivotant sur lui-même et ne peut éviter que la proue du *Federal Danube* ne frappe l'arrière du côté de bâbord de son navire.

Au moment où le *Beograd* quittait l'écluse à 21h 17 40, le capitaine du *Federal Danube* venait de recevoir l'autorisation de quitter son ancrage et donnait l'ordre de lever l'ancre. C'est l'ancre du côté de bâbord qui était à l'eau, et sa chaîne formait, avec l'axe du navire, un angle de 90°. À 21h 45, on s'aperçoit que le *Beograd* accentue son virage vers l'est de sorte qu'il semble que, au lieu de suivre le chenal derrière le *Federal Danube*, il passera devant en traversant la zone d'ancrage. Le capitaine donne l'ordre d'arrêter la levée de l'ancre. On avait, à ce moment, retiré un maillon de chaîne de sorte qu'il en restait 2 maillons (180 pieds) à l'eau. Voyant que le *Beograd* continuait de se rapprocher dangereusement, le capitaine ordonne que l'on mette la machine en marche à demi-vitesse arrière. Presque tout de suite après, l'accident arrive.

Il n'est pas nécessaire d'être un expert pour constater que, si la proue du *Federal Danube*, qui était orientée vers le sud, est entrée en contact avec le côté arrière de bâbord du *Beograd* alors que celui-ci,

the anchorage in front of the *Federal Danube*, this necessarily resulted from the fact that the two ships had been closing on each other from the moment when the front part of the *Beograd* was able to pass without hindrance in front of the *Federal Danube* to the time of the collision. There could have been three causes of this closing of the two ships on each other: in moving to the east, the *Beograd* had moved sideways toward the *Federal Danube* under the effect of the Beauharnois River current, or the *Federal Danube* had moved toward the south, or this ship, because of the movement it had made in raising its port anchor, had pivoted on itself so that its bow had come closer to the *Beograd* just as the short hand of a watch approaches the figure twelve when it is turned back from two o'clock to noon.

se dirigeant vers le nord-est, traversait la zone d'ancrage en passant devant le *Federal Danube*, cela est nécessairement dû au fait que les deux navires se sont rapprochés depuis le moment où la partie avant du *Beograd* a pu passer sans encombre devant le *Federal Danube* et celui de l'accident. Et ce rapprochement des deux navires pouvait avoir trois causes: soit que le *Beograd*, tout en avançant vers l'est, avait, sous l'effet du courant venant de la rivière Beauharnois, dérivé de côté vers le *Federal Danube*; soit que le *Federal Danube* avait avancé vers le sud; soit encore que ce navire, à cause du mouvement qu'on lui aurait imprimé en levant son ancre de bâbord, avait pivoté sur lui-même de sorte que sa proue se serait rapproché du *Beograd* de la même façon que la petite aiguille d'une montre se rapproche du chiffre douze quand on lui fait faire marche arrière de deux heures à midi.

19 Of these various hypotheses the Trial Judge opted for the first. The evidence clearly showed that while the *Federal Danube* was, like any ship at anchor, able to move around its own anchorage, her position did not change in any major way. On the other hand, the evidence showed no less clearly that, in making his unusual manoeuvre, the pilot of the *Beograd* had not taken into account the current from the Beauharnois River, which had certainly pushed his ship against the *Federal Danube*.

Entre ces diverses hypothèses, le juge de première instance a choisi la première. La preuve révélait clairement que si le *Federal Danube* avait pu, comme tout navire à l'ancre, tourner à l'entour de son ancrage, sa position n'avait jamais subi de changements importants. En revanche, la preuve révélait non moins clairement que le pilote du *Beograd* n'avait tenu aucun compte, en effectuant sa manoeuvre inusitée, du courant provenant de la rivière Beauharnois qui avait certainement poussé son navire contre le *Federal Danube*.

20 The Trial Judge accordingly found that the *Beograd* was completely responsible. The appellant now appeals on six grounds, maintaining that, if the pilot of the *Beograd* was at fault, the *Federal Danube* must also assume a share of the responsibility.

Le juge de première instance conclut donc à l'entière responsabilité du *Beograd*. L'appelante lui fait aujourd'hui six reproches prétendant que, si le pilote du *Beograd* a pu être en faute, le *Federal Danube* doit, lui aussi, supporter une part de responsabilité.

21 The appellant stated first that the Judge erred in estimating the speed of the *Beograd* at the time of the accident at 10 knots. It said that the evidence did not permit an assertion that this speed was in excess of 8 knots. There is no basis for this argument. In his testimony, the pilot of the *Beograd* estimated his ship's speed at 11 knots.

L'appelante affirme d'abord que le juge s'est trompé en évaluant à 10 nœuds la vitesse du *Beograd* lors de l'accident. La preuve, dit-elle, ne permettait pas de dire que cette vitesse excédait 8 nœuds. Cet argument n'a aucun fondement. Le pilote du *Beograd*, lors de son témoignage, a estimé la vitesse de son navire à 11 nœuds.

22 The appellant said later that the Judge should not have criticized the pilot of the *Beograd* for leaving

L'appelante dit ensuite que le juge n'aurait pas dû reprocher au pilote du *Beograd* d'avoir quitté le

the channel since the evidence did not establish that this pilot was wrong to believe that the channel was obstructed by the ships anchored close by. There is no more basis for this argument than for the first. The pilot of the *Beograd* believed that the channel was obstructed; he did not do anything to check whether this was true. On the other hand, at least one witness stated that the ships that were, according to the pilot, supposedly obstructing the passage were anchored to the north of the channel. Combined with the fact that no one else had noticed the unusual and dangerous situation to which the pilot referred, this certainly justified the Judge in making the finding challenged by the appellant.

23 The appellant also argued that the Judge should have found that the captain of the *Federal Danube* had committed a fault in ordering the anchor raised when he knew that the *Beograd* had just left the lock and would pass close by. The answer to this argument is that the evidence does not show that the crew of the *Federal Danube* could have guessed at that time that the *Beograd* would not follow the channel. The Captain of the *Federal Danube* could accordingly assume when he gave the order to raise the anchor that the *Beograd* would pass at a point where this manoeuvre was not likely to harm her.

24 The appellant argued as its fourth ground that the *Federal Danube* erred in not keeping an adequate watch that would have allowed her to take the necessary action in a timely manner to avoid the accident. This argument was raised by the appellant at trial. In rejecting it, the Judge did not, in my opinion, err in a way that would justify our intervention.

25 The appellant also argued that the Judge erred in finding that the *Federal Danube* was at anchor at the time of the accident. It is hard to see how the Judge could have concluded otherwise since the evidence showed, on the one hand, that there were sixty feet of water at the point where the ship had been moored since the early afternoon and, on the other hand, that its anchor had always remained in the water with at least 180 feet of chain.

chenal puisque la preuve n'établit pas que son pilote ait eu tort de croire que le chenal était obstrué par les navires ancrés à proximité. Ce reproche n'est pas plus fondé que le premier. Le pilote du *Beograd* avait cru que le chenal était obstrué; il n'avait rien fait pour vérifier si cela était vrai. D'autre part, au moins un témoin a affirmé que les navires qui, d'après le pilote, étaient censés obstruer le passage étaient en fait ancrés au nord du chenal. Cela, joint au fait que personne d'autre n'avait remarqué la situation anormale et dangereuse dont parlait le pilote, permettait certainement au juge de tirer la conclusion que conteste l'appelante.

L'appelante prétend aussi que le juge aurait dû 23 décider que le capitaine du *Federal Danube* avait commis une faute en ordonnant la levée de l'ancre alors qu'il savait que le *Beograd* venait de sortir de l'écluse et passerait à proximité. La réponse à cet argument, c'est que la preuve ne montre pas que l'équipage du *Federal Danube* aurait pu deviner, à ce moment là, que le *Beograd* ne suivrait pas le chenal. Le capitaine du *Federal Danube* pouvait donc tenir pour acquis, lorsqu'il a donné l'ordre de lever l'ancre, que le *Beograd* passerait à un endroit où cette manoeuvre n'était pas susceptible de lui nuire.

L'appelante soutient, c'est son quatrième moyen, 24 que le *Federal Danube* a commis une faute en ne maintenant pas une veille adéquate qui lui aurait permis de prendre, en temps utile, les mesures nécessaires pour éviter l'accident. Cet argument, l'appelante l'a fait valoir en première instance. En le rejetant, le juge n'a pas, à mon avis, commis d'erreur qui justifie notre intervention.

L'appelante a également plaidé que le juge avait 25 eu tort de décider que le *Federal Danube* était à l'ancre au moment de l'accident. On voit difficilement comment le juge aurait pu conclure autrement puisque la preuve démontrait, d'une part, qu'il y avait soixante pieds d'eau à l'endroit où le navire était arrêté depuis le début de l'après-midi, et, d'autre part, que son ancre était toujours demeurée à l'eau avec au moins 180 pieds de chaîne.

- 26 Finally, the appellant complained that the Trial Judge had not taken into account the fact that counsel for the *Federal Danube* had not called the pilot of this ship to testify, although he was present in the court room. This was an indication, according to the appellant, that if this pilot had testified, he would not have corroborated the testimony of Captain Derenne, who was commanding the *Federal Danube* and whose testimony was accepted without reservation by the Judge. By merely stating this argument, one sees its futility.
- 26 L'appelante, enfin, fait grief au juge du procès de n'avoir pas tenu compte du fait que l'avocat du *Federal Danube* n'avait pas fait témoigner le pilote de ce navire bien qu'il ait été présent dans la salle d'audience. Cela était une indication, d'après l'appelante, que ce pilote, s'il avait témoigné, n'aurait pas corroboré le témoignage du capitaine Derenne qui commandait le *Federal Danube* et dont le témoignage fut accepté sans réserve par le juge. Il suffit d'énoncer cet argument pour en constater l'inanité.
- 27 I would dismiss the appeal with costs.
- 27 Je rejetterais l'appel avec dépens.
- \* \* \*
- \* \* \*
- The following are the reasons for judgment rendered in English by*
- Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*
- 28 MACGUIGAN J.A. (*dissenting*): These three appeals, which were heard together and argued in both official languages, arise out of a claim for damages to cargo from a collision between the vessel *Beograd*, which was carrying a shipment of pinto beans, and the vessel *Federal Danube*. The appellant, who is the insurer of the cargo, seeks to recover from the respondents, who are owners or parties otherwise interested in the *Federal Danube*, part of the indemnity it paid to the cargo owners as well as part of the costs incurred in the salvage of the damaged cargo.
- 28 LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A. (*dissident*): Les trois présents appels, ayant été entendus simultanément et plaidés dans les deux langues officielles, découlent d'une demande pour dommages subis par une cargaison lors de la collision survenue entre le navire *Beograd*, qui transportait un chargement de haricots Pinto et le navire *Federal Danube*. L'appelante, qui est l'assureur de la cargaison, cherche à recouvrer auprès des intimés, qui sont les propriétaires du navire *Federal Danube* ou des parties autrement intéressées dans le navire, une partie de l'indemnité qu'elle a versée aux propriétaires de la cargaison, ainsi qu'une partie des frais engagés pour le sauvetage de la cargaison endommagée.
- 29 The Trial Judge, in a judgment delivered on 19 August 1994 found that the collision was brought about solely by the negligence of the *Beograd* and so dismissed the action with costs. In A-461-94 the appellant seeks to vary the judgment of the Trial Division so as to apportion liability for the collision in proportion to the degree in which each vessel was at fault. In oral argument the appellant suggested the *Federal Danube* was 25%-30% responsible.
- 29 Dans un jugement rendu le 19 août 1994, le juge de première instance a conclu que la collision était imputable à la seule négligence du navire *Beograd* et il a, par conséquent, rejeté l'action avec dépens. Dans l'appel A-461-94, l'appelante tente de faire modifier le jugement de la Section de première instance afin d'attribuer la responsabilité de la collision en fonction du degré de faute de chaque navire. Dans sa plaidoirie, l'appelante a estimé à 25 à 30 % la responsabilité du *Federal Danube*.
- 30 In both A-201-94 and A-202-94 the appellant seeks to be allowed to put forward expert evidence.
- 30 Tant dans l'appel A-201-94 que dans l'appel A-202-94, l'appelante demande l'autorisation de pré-

A-201-94 appeals from an interim order of the Trial Judge refusing to recuse one assessor for a reasonable apprehension of bias on his part, and A-202-94 appeals from another ruling precluding the appellant from introducing reports of its two expert witnesses and from having these witnesses testifying *viva voce* at trial. A-461-94 is a general appeal against the judgment.

sender un témoignage d'experts. Dans l'appel A-201-94, la Cour est saisie d'un appel d'une ordonnance provisoire du juge de première instance en vertu de laquelle celui-ci refuse de récuser un assesseur sur la foi qu'il existe une crainte raisonnable de partialité de sa part. Dans l'appel A-202-94, la Cour est saisie d'un appel d'une autre décision qui interdit à l'appelante de présenter les rapports de ses deux témoins experts et de les faire témoigner de vive voix au procès. Dans l'appel A-461-94, la Cour est saisie d'un appel général du jugement.

31 A-201-94 and A-202-94 raise fundamental questions of natural justice. Even though the Trial Judge's interlocutory rulings in these matters can no longer be appealed as such and the appeals must accordingly be dismissed, the final judgment is subject to reversal if the proceedings violated the appellant's right to natural justice.

Les appels A-201-94 et A-202-94 soulèvent des questions fondamentales de justice naturelle. Bien que les jugements interlocutoires rendus par le juge de première instance dans ces affaires ne puissent plus faire l'objet d'un appel comme tel et que les appels doivent par conséquent être rejetés, le jugement définitif peut être annulé s'il y a eu déni de justice naturelle à l'égard de l'appelante dans les procédures.

32 The Trial Judge ruled on the bench (without written decision or reasons) that expert evidence would not be admissible unless that evidence was outside the scope of the assessors' competence. Although the Trial Judge did not give reasons, the distinction made between evidence inside and outside the assessors' competence is a clear indication that she was doing no more than following the practice and the law as approved by this Court in *Egmont Towing & Sorting Ltd v. Ship "Telendos"* (1982), 43 N.R. 147. However, our duty, as a court of review, is not to take comfort in the *status quo* but to explore and express the exigencies of natural justice.

Le juge de première instance a statué à l'audience (sans décision ni motifs écrits) que le témoignage d'experts ne serait recevable que s'il ne relevait pas du champ de compétence de l'assesseur. Bien que le juge de première instance n'ait pas formulé de motifs, il ressort clairement de la distinction établie entre le témoignage qui relève du champ de compétence de l'assesseur et celui qui n'en relève pas, qu'elle ne faisait qu'appliquer les règles de pratique et la loi, telles qu'elles avaient été approuvées par la Cour dans l'affaire *Egmont Towing & Sorting Ltd. c. Le navire «Telendos»* (1982), 43 N.R. 147. Toutefois, à titre de tribunal d'instance, notre rôle n'est pas de nous complaire dans le statu quo, mais plutôt d'examiner et d'exprimer les exigences de justice naturelle.

33 In *Telendos* Chief Justice Thurlow said for the Court (at pages 164-165):

Dans l'affaire *Telendos*, le juge en chef Thurlow s'est exprimé ainsi au nom de la Cour (aux pages 164 et 165):

The practice of hearing cases in Admiralty with nautical assessors is an ancient one. It has varied and changed in the course of its history. In modern times the practice of the judge summing up the case in court and taking the opinion of the assessors has been discontinued (See Roscoe's *Admiralty Practice* (5th Ed.), p. 4) in favour of

La pratique de la juridiction d'amirauté d'instruire les affaires avec des assesseurs maritimes est ancienne. Elle a évolué au cours des âges. Dans les temps modernes, le juge ne résume plus l'affaire à l'audience en demandant l'avis des assesseurs (voir Roscoe, *Admiralty Practice*, 5<sup>e</sup> éd., à la p. 4); cette pratique a été remplacée par une

having the assessors advise the court in private. Sometimes a trial judge will state in his reasons for judgment the advice he has received on a particular point or points. But that will not necessarily include all the advice he has received. At the appellate level the practice of setting out in the reasons for judgment the questions asked and the answers received has become prevalent.

The Trial Judge in *Telendos* had ruled that “when the court is assisted by nautical assessors, whose duty it is to advise on matter of nautical skills and knowledge, the evidence of witnesses tendered for expert testimony on those very matters is not to be received” (at page 155). Accordingly, the Trial Court refused to admit the expert evidence of a witness whose expertise was “not outside the knowledge of the tug assessors which have been appointed” (at page 153).

34 On that Thurlow C.J. had this to say (at pages 156 and 165-166):

A long line of jurisprudence both in England and in Canada has established that in Admiralty when the judge has the assistance of nautical assessors, expert evidence on matters of navigation and seamanship is not admissible.

The system of trying Admiralty cases with the assistance of nautical assessors is not followed in the United States. It was held to be improper in 1855 by the Supreme Court. Wiswall, *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice since 1800*, p. 18.<sup>15</sup> In Canada, however, its continuance is authorized by statute and the tendency seems to have been to extend rather than to restrict or abolish it. As was pointed out by Noel, J., in the *Nord-Deutsche* case [[1969] 1 Ex. C.R. 117], the system has advantages and disadvantages. Its great advantage is that the court can obtain such assistance as it needs on nautical matters without the necessity of hearing long and conflicting and often unpersuasive opinion evidence on such matters. Moreover, the court can obtain such assistance from assessors right up to the time when judgment is pronounced. But the system has manifest disadvantages from the point of view of parties. They do not know before judgment, if they know even then, what advice has been given to the court and they have had no opportunity to cross-examine on it or to contradict it. From the point of view of the court, as well, the system has the disadvantage that arises from the lack of testing of the advice by cross-examination.

consultation privée des assesseurs par la Cour. Parfois, le juge exposera dans les motifs de son jugement l’avis qui lui a été donné sur tel ou tel point. Il n’y inclura pas nécessairement tous les avis reçus. Au niveau de l’appel, l’usage de donner dans les motifs de l’arrêt les questions qui ont été posées et les réponses reçues s’est généralisé.

Le juge de première instance dans l’affaire *Telendos* avait statué que «lorsque la Cour bénéficie de l’aide d’assesseurs maritimes, dont le devoir est de la conseiller en matière de connaissances maritimes, le témoignage de personnes présentées comme expertes en ces matières n’est pas admissible» (à la page 155). Par conséquent, le tribunal de première instance a rejeté le témoignage d’un expert dont les connaissances «ne sont pas différentes de celles des deux assesseurs qui ont été nommés» (à la page 153).

Le juge en chef Thurlow a tenu à cet égard les 34 propos suivants (aux pages 156, 165 et 166):

Une longue série de précédents tant anglais que canadiens a établi qu’en matière d’amirauté, lorsque le juge bénéficie des lumières d’assesseurs nautiques, le témoignage d’experts sur des questions de navigation et de science nautique n’est pas admissible.

Les affaires d’amirauté ne sont pas instruites avec des assesseurs maritimes aux États-Unis; la Cour suprême a jugé la chose inadmissible en 1855 (Wiswall, *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice since 1800*, à la p. 18<sup>15</sup>). Au contraire, au Canada, la législation le permet et la tendance paraît aller plutôt dans le sens d’une généralisation de cette pratique que dans celui de sa limitation ou de son abolition. Comme le faisait remarquer le juge Noël dans l’affaire *Nord-Deutsche* [[1969] 1 R.C.É. 117], le système a des avantages mais aussi des désavantages. Son principal avantage réside dans le fait que la Cour peut obtenir toute l’aide dont elle a besoin dans le domaine maritime sans avoir à entendre des témoignages d’opinion souvent longs, contradictoires et peu persuasifs. De plus, la Cour profite des lumières des assesseurs jusqu’au moment du prononcé du jugement. Cependant le système a des désavantages tout aussi manifestes du point de vue des parties. Elles ignorent avant que le jugement ne soit rendu, et même après, quel avis a été donné à la Cour et elles n’ont aucune possibilité de contre-interroger l’expert ou de le mettre en contradiction. Du point de vue du tribunal aussi, le système n’est pas sans désavantage vu que l’avis donné ne subit pas l’épreuve du contre-interrogatoire.

These features of the system may indicate that the system itself is anomalous and capable of being unfair. If so, that may be a matter for the legislature or perhaps for consideration and review at the highest judicial level if and when an appropriate case for such a review arises. But, as it seems to me, whatever its faults, the system will not be improved by departing from the rule that expert evidence is not admissible on matters within the expertise of the assessors. The admission of such evidence will not eliminate the disadvantages to which I have referred but, on the contrary, will add the further disadvantage that the court will have advice (which may be conflicting) some of which has been given in open court and tested by cross-examination and which has thus become part of the record and the rest of which has been given privately and has not been subjected to cross-examination and which may or may not appear in the record.<sup>16</sup> A system of having both, as it seems to me, has all the disadvantages of both and, save in the comparatively rare situation wherein experts and assessors all agree, will, as Dr. Lushington pointed out in the *Gazette* supra [2 Notes of Cases 41], "lead to confusion and uncertainty rather than to any satisfactory determination".

I do not think therefore that the appellant's submission should succeed. If the system of having assessors is not appropriate for the trial of a case or if a trial on expert evidence is to be preferred to a trial with assessors, it seems to me that the system to be used should be resolved once and for all, in favour of the one system or the other, but not both, when the application for the appointment of assessors is made. In times past the appointment of assessors in collision cases has been, as I understand it, pretty much a matter of course. Where both sides agree there is obviously no problem to resolve. But where they do not agree, where a party objects to trial with assessors and can show reason for his position, the judge hearing the application has discretion under the rule to refuse the application.

35 On this holding that, where a court is assisted by nautical assessors for the purpose of gaining advice on matters of nautical skills and knowledge, expert evidence on those matters is inadmissible, and as well as on its apparent acceptance of the *status quo* in admiralty practice, in my opinion four issues arise: (I) Is it open to this Court to reverse a previous decision? (II) Is it acceptable in the light of natural justice that expert witnesses cannot be heard when a court is making use of assessors? (III) What does natural justice require must be revealed to the parties of the assessors' input into a case? (IV) Were the exigencies of natural justice fulfilled when

Ces aspects du système en démontrent les anomalies et aussi qu'il pourrait se révéler injuste. Mais alors c'est l'affaire du législateur, ou encore la juridiction du degré le plus élevé pourrait-elle éventuellement sans (sic) saisir, advenant une affaire où cela s'imposerait. Mais, il me semble que le système, quelles que soient ces (sic) failles, ne saurait être amélioré par un abandon de la règle voulant que le témoignage d'experts ne soit pas admissible sur des questions relevant de la compétence des assesseurs. L'admission de ces témoignages n'éliminera pas les désavantages que j'ai mentionnés; au contraire, elle ajouterait le désavantage supplémentaire pour la Cour de recevoir des avis (parfois contradictoires) dont certains ont été donnés au prétoire et ont subi l'épreuve du contre-interrogatoire, et ont donc été versés au dossier, et dont les autres ont été donnés privément, n'ont pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire et peuvent ou non avoir été versés au dossier<sup>16</sup>. Seraient ainsi cumulés, me semble-t-il, les désavantages des deux systèmes, sauf peut-être dans les rares cas où experts et assesseurs sont tous d'accord; cet état de choses, comme M. Lushington l'a fait remarquer dans la *Gazette*, ci-dessus [2 Notes of Cases 41], [TRADUCTION] «susciterait la plus grande confusion et la plus grande incertitude plutôt que d'être la cause d'un jugement satisfaisant».

Je ne pense donc pas que l'argument de l'appelant soit fondé. S'il n'est pas opportun d'avoir des assesseurs pour instruire une affaire ou si une instruction fondée sur le témoignage d'experts doit lui être préférée, il me semble que la question doit être résolue une fois pour toutes en faveur d'un système ou de l'autre, mais non des deux, au stade de la requête en nomination d'assesseurs. Par le passé, la nomination d'assesseurs dans les affaires d'abordage allait, si je comprends bien, pour ainsi dire de soi. Lorsque les parties s'entendent, évidemment aucun problème ne se pose. Mais lorsqu'elles ne s'entendent pas, lorsqu'une partie s'oppose à une instruction en présence d'assesseurs et est à même de justifier sa position, le juge saisi de la requête a le pouvoir discrétionnaire en vertu de la règle de rejeter celle-ci.

Selon moi, la décision voulant que, lorsqu'un tribunal bénéficie de l'aide d'assesseurs maritimes en vue d'être conseillé en matière de connaissances maritimes, le témoignage de personnes présentées comme expertes en ces matières n'est pas admissible, et le fait que l'on semble, apparemment, accepter le statu quo dans la pratique du droit maritime, soulèvent quatre questions: (I) La présente Cour peut-elle annuler une décision antérieure? (II) Est-il acceptable, vu les règles de justice naturelle, de ne pas entendre le témoignage d'experts lorsque le tribunal fait appel à des assesseurs? (III) D'après les règles de justice naturelle, quels aspects de la

35

the Trial Judge found that the particular assessors in the case at bar were not tainted by the appearance of bias?

## I

The strictest application of the principle of *stare decisis* for a court of appeal is found in the decision of the English Court of Appeal in *Young v. Bristol Aeroplane Company, Limited*, [1944] 1 K.B. 718, at pages 729-730. Lord Greene M.R. there said for the Court:

On a careful examination of the whole matter we have come to the clear conclusion that this court is bound to follow previous decisions of its own as well as those of courts of co-ordinate jurisdiction. The only exceptions to this rule (two of them apparent only) are those already mentioned which for convenience we here summarize: (1.) The court is entitled and bound to decide which of two conflicting decisions of its own it will follow. (2.) The court is bound to refuse to follow a decision of its own which, though not expressly overruled, cannot, in its opinion, stand with a decision of the House of Lords. (3.) The court is not bound to follow a decision of its own if it is satisfied that the decision was given *per incuriam*.

Earlier the Court described a *per incuriam* decision as one “given in ignorance of the terms of a statute or a rule having the force of a statute” (emphasis added).

36 Even on this narrow basis I believe that *Telendos* could be reversed if that result were dictated by natural justice, since there is in the whole decision no reference to natural justice, the rules of which can be regarded as so fundamental as to have the force of a statute. Clearly, natural justice was not argued or considered in *Telendos*. Moreover, the decision also fails to take account of Rule 482, as I shall later develop.

37 But in fact, the principle of *stare decisis* no longer possesses the inflexibility of *Young* in 1944.

participation des assesseurs doivent être divulgués aux parties? (IV) A-t-il été satisfait aux exigences de justice naturelle lorsque le juge de première instance a conclu que le témoignage des assesseurs particuliers dans l'espèce n'était pas entaché d'une apparence de partialité?

## I

L'arrêt de la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'affaire *Young v. Bristol Aeroplane Company, Limited*, [1944] 1 K.B. 718, aux pages 729 et 730 illustre l'application la plus stricte de la règle du *stare decisis* pour une cour d'appel. Lord Greene, M.R., y a déclaré au nom de la Cour:

[TRADUCTION] Après une étude attentive de toute l'affaire, nous sommes arrivés à la conclusion évidente que la présente Cour est tenue de suivre les décisions antérieures qu'elle a prises ainsi que celles des tribunaux du même ordre et degré. Les seules exceptions à cette règle (dont deux seulement sont apparentes) ont déjà été mentionnées et nous les résumons pour plus de facilité: (1) la Cour a le droit de choisir de suivre l'une ou l'autre de ses deux décisions contradictoires et elle est tenue de le faire, (2) la Cour est tenue de refuser de suivre l'une de ses décisions si elle est d'avis que, bien que la décision n'ait pas été annulée de façon expresse, celle-ci est contraire à un arrêt de la Chambre des lords et (3) la Cour n'est pas tenue de suivre l'une de ses décisions si elle est convaincue que la décision a été rendue *per incuriam*.

La Cour avait décrit auparavant une décision *per incuriam* comme une décision [TRADUCTION] «rendue sans connaître les termes d'une loi ou d'une règle ayant force de loi» (non souligné dans l'original).

Même si l'on se fonde sur cette base étroite, je suis d'avis que l'arrêt *Telendos* pourrait être infirmé si ce résultat était dicté par les règles de justice naturelle puisque, dans l'ensemble du jugement, il n'est à aucun moment fait référence à la justice naturelle dont les règles peuvent être considérées comme si fondamentales qu'elles ont force de loi. Il est clair que la justice naturelle n'a pas été débattue ni prise en compte dans l'affaire *Telendos*. De plus, l'arrêt ne tient nullement compte de la Règle 482, sur laquelle je reviendrai ultérieurement.

Toutefois, en réalité, la règle du *stare decisis* n'est plus aussi rigide que dans l'affaire *Young* de 1944.

In its famous *Practice Statement (Judicial Precedent)* by Lord Gardiner as Lord Chancellor in 1966, the House of Lords declared itself free "to depart from a previous decision when it appears right to do so."<sup>17</sup>

Dans son célèbre *Practice Statement (Judicial Precedent)* par lord Gardiner à titre de lord chancelier en 1966, la Chambre des lords a déclaré qu'en ce qui concerne ses décisions antérieures, elle était libre [TRADUCTION] «de s'en écarter lorsqu'il convient de le faire»<sup>17</sup>.

38 The same position has been taken by the Supreme Court of Canada. This was clearly stated by Iacobucci J. in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pages 665-666, for the Court:

At one time, it was accepted that it was the rule of judges to discover the common law, not to change it. In Book One of his *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Sir William Blackstone propounded a view of the common law as fixed and unchanging . . .

38 La Cour suprême du Canada a adopté la même position. Dans l'arrêt *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, aux pages 665 et 666, le juge Iacobucci a clairement déclaré au nom de la Cour:

À une certaine époque, il était convenu que le rôle des juges consistait à découvrir la common law, et non à la modifier. Dans le Livre premier de ses *Commentaries on the Laws of England* (4<sup>e</sup> éd. 1770), sir William Blackstone a exposé, . . . sa conception d'une common law fixe et immuable:

...  
However, Blackstone's static model of the common law has gradually been supplanted by a more dynamic view. This Court is now willing, where there are compelling reasons for doing so, to overturn its own previous decisions. . . . I note that similar developments have occurred in England.

...  
Une conception plus dynamique, toutefois, a graduellement supplanté le modèle statique proposé par Blackstone. Notre Cour est maintenant disposée à infirmer ses propres décisions antérieures quand il y a des raisons impérieuses de le faire . . . Soulignons qu'une évolution semblable est survenue en Angleterre.

...  
The High Court of Australia has adopted a similarly flexible approach to the common law in the wake of the abolition of appeals to the Privy Council in 1975. . . .

...  
La Haute Cour de l'Australie a adopté la même attitude souple à l'égard de la common law, à la faveur de l'abolition des appels au Conseil privé en 1975 . . .

It must not be supposed that the Supreme Court is speaking for itself alone. Iacobucci J. further stated that "while complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature, the courts can and should make incremental changes to the common law to bring legal rules into step with a changing society" (at page 666). Again, he reiterated (at page 670):

Il ne faut pas présumer que la Cour suprême ne parle que de ses propres pouvoirs. Le juge Iacobucci a également déclaré que «s'il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines, les tribunaux peuvent et doivent modifier peu à peu la common law de façon à l'adapter aux changements sociaux» (à la page 666). Plus loin, il a réitéré (à la page 670):

Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared.

Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empresse de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu.

The reference to "courts" in the plural makes it clear that the Supreme Court is not limiting the judicial power to make incremental changes in the common

La référence à «tribunaux» au pluriel, tout comme la référence à «juges», montrent clairement que la Cour suprême ne se réserve pas le pouvoir judiciaire de

law to reflect changing social circumstances to itself alone, as does the reference to “judges”. Other courts and judges share the same powers and obligations.

modifier peu à peu la common law pour refléter l'évolution des conditions sociales. D'autres tribunaux et juges partagent les mêmes pouvoirs et obligations.

39 Chief Justice Lamer echoed the same theme in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, and emphasized that a purely judge-made rule lends itself to judicial reform.<sup>18</sup> He also pointed out that the incrementality of a change must be measured not in the context of the rule on its own but in relation to the larger context of the rule. Hence the Court revoked the orthodox rule as to prior inconsistent statements by a witness other than an accused and replaced it with a new rule. The Court had acted on a similar understanding of its powers in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, where it also reinterpreted judicial policy as to the admissibility of hearsay evidence.

Le juge en chef Lamer a repris cette même idée dans l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, et il a souligné qu'une règle énoncée par les juges se prêtait à la réforme judiciaire<sup>18</sup>. Il a également fait valoir que le caractère graduel d'un changement doit être évalué, non pas dans le contexte de la règle elle-même, mais dans le contexte plus large de la règle. Dès lors, la Cour a révoqué la règle orthodoxe quant à l'admissibilité des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin autre qu'un accusé, et elle l'a remplacée par une nouvelle règle. La Cour avait agi conformément à une interprétation semblable de ses pouvoirs dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, dans lequel elle a modifié la portée de la politique jurisprudentielle relative à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire.

40 The contemporary rule must therefore be considered to be that an appellate court can overturn its own previous decisions where there are compelling reasons for doing so and where the change can be classed as incremental. The reasons for the majority of this Court in *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274 (C.A.), must thus be considered as superseded to the extent necessary by the later adumbration of the law by the Supreme Court. The final result was anticipated by this Court in *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 305, at page 318, where we said *per curiam* that “we see no reason why this Court must await a similar legislative initiative at the federal level to put an end to a judge-made limitation on the awarding of interest which is clearly no longer seen to be good public policy”.

Il faut donc comprendre que, selon la nouvelle règle, une cour d'appel peut infirmer ses propres décisions antérieures quand il y a des raisons impérieuses de le faire et si le changement peut être qualifié de graduel. Les motifs de la majorité de la Cour dans l'affaire *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274 (C.A.), doivent donc être réputés annulés dans la mesure où le développement ultérieur du droit par la Cour suprême l'impose. La présente Cour avait anticipé le résultat final dans l'arrêt *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 305, à la page 318, où elle a déclaré *per curiam*: «nous ne voyons pas pourquoi cette Cour devrait attendre qu'une initiative législative semblable soit prise au niveau fédéral pour mettre fin à une limite d'origine jurisprudentielle à l'adjudication d'un intérêt qui, de façon évidente, n'est plus considérée comme une politique générale valable».

## II

The next question is whether natural justice requires that expert witnesses called by the parties be heard where nautical assessors are also used.

## II

La question suivante est de savoir si les règles de justice naturelle exigent que les experts cités comme témoins par les parties soient entendus, s'il est également fait appel à des assesseurs maritimes.

41 Our law recognizes two principles of natural justice: (1) that the parties be given adequate notice and opportunity to be heard (*audi alteram partem*) and (2) that an adjudicator be disinterested and unbiased (*nemo iudex in causa sua*). It is the first principle which is at stake in the case at bar. *De Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. by J. M. Evans, 1980) writes of this principle (at page 212):

One who is entitled to be heard orally . . . must be allowed an adequate opportunity of putting his own case. . . . His right to be heard must not be stultified by constant interruptions. If his interests are materially in jeopardy, he must be allowed to call witnesses, and it may be a breach of the rules of natural justice for a tribunal to refuse to allow a party to call his witnesses in the order that he thinks best, if there is a real possibility of prejudice to the effective presentation of the case. [Emphasis added].

It is an elementary aspect of the right to a hearing that a party must be allowed to call witnesses. There is no warrant for excluding expert witnesses, if the evidence to be given by them would be admissible on the basis of the normal criteria.<sup>19</sup> Experts are not of value to the trial process only because they assist the triers of fact, but also because they enable parties to present their cases as effectively as possible. Parties have the right to present their case with witnesses that seem best to them, subject to the limitations of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (Act) and Rules and the law of evidence.

42 The Act provides in subparagraph 46(1)(a)(ix) that the rules committee of the Court may make general rules and orders "governing the appointment of assessors and the trying or hearing of a cause or other matter wholly or partly with the assistance of assessors". Rule 492 accordingly allows the Court, if it thinks it expedient to do so, or on the application of a party, to call in the aid of one of more assessors.

43 It is true that the *Admiralty Act*, R.S.C. 1970, c. A-1, section 18, provided that the jurisdiction of the then Exchequer Court shall "be over the like places,

41 Notre droit reconnaît deux principes de justice naturelle: (1) les parties doivent avoir l'occasion d'être entendues et recevoir un préavis suffisant pour ce faire (*audi alteram partem*) et (2) un arbitre doit être désintéressé et impartial (*nemo iudex in causa sua*). En l'espèce, c'est le premier principe qui est en jeu. Dans *De Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4<sup>e</sup> éd. par J. M. Evans, 1980), on élabore comme suit sur ce principe (à la page 212):

[TRADUCTION] Une personne qui est en droit d'être entendue oralement . . . doit véritablement avoir l'occasion de présenter sa cause. Son droit d'être entendue ne doit pas être réduit par de constantes interruptions. Si ses intérêts sont compromis de façon importante, elle doit avoir le droit de citer des témoins, et les règles de justice naturelle peuvent être réputées violées si un tribunal refuse de permettre à une partie de citer ses témoins dans l'ordre qu'elle juge opportun, s'il existe un risque réel de préjudice en ce qui concerne la présentation efficace de la cause. [Non souligné dans l'original.]

L'un des aspects essentiels du droit à l'audience est qu'une partie doit avoir le droit de citer des témoins. L'exclusion de témoins experts ne peut être justifiée si leurs témoignages seraient jugés admissibles d'après les critères normaux<sup>19</sup>. Les experts ne sont pas seulement utiles dans l'instruction du procès parce qu'ils aident les juges des faits, mais aussi parce qu'ils permettent aux parties de présenter leurs arguments le plus efficacement possible. Les parties ont le droit de présenter leur cause avec les témoins qui leur semblent le plus adéquats, sous réserve des limites de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C., (1985), ch. F-7 (la Loi), des *Règles de la Cour fédérale* et du droit de la preuve.

42 La Loi prévoit au sous-alinéa 46(1)(a)(ix) que le comité des règles de la Cour fédérale peut, par règles ou ordonnances générales, «régir la nomination d'assesseurs et l'instruction de tout ou partie d'une affaire avec l'aide d'assesseurs». De la même manière, la Règle 492 autorise la Cour, si elle le juge opportun, ou à la demande d'une partie, à demander l'aide d'un ou plusieurs assesseurs.

43 Il est vrai que l'article 18 de la *Loi sur l'Admirauté*, S.R.C. 1970, ch. A-1, dispose que la juridiction de la Cour de l'Échiquier à l'époque

persons, matters and things as the Admiralty jurisdiction now possessed by the High Court of Justice in England, whether existing by virtue of any statute or otherwise, and be exercised by the Court in like manner and to as full an extent as by such High Court". In turn, section 42 of the present *Federal Court Act* provides:

42. Canadian maritime law as it was immediately before June 1, 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this Act or any other Act of Parliament.

The definition section (section 2) stipulates that:

2. . . .

"Canadian maritime law" means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970. . . .

44 This provision was interpreted by Collier J. in *Oy Nokia Ab v. The Martha Russ*, [1973] F.C. 394 (T.D.), at pages 401-402:

In my opinion, the law administered by the Exchequer Court on its Admiralty side means the substantive law found in the *Admiralty Act* and other statutes, including English statutes, whereby jurisdiction over various types of claims was set out. The Admiralty Rules were not, in my view, substantive law administered by the Exchequer Court, but adjective law, a code of procedure to regulate the mode in which successive steps in Admiralty litigation were taken, and therefore do not fall within the meaning of Canadian maritime law.

This rule was approved by this Court in *Antares Shipping Corp. v. The Capricorn*, [1977] 2 F.C. 274 (C.A.), at pages 277-278, where Le Dain J.A. wrote for the Court:

Neither the *Federal Court Act* nor the *Federal Court Rules* contain a provision making the English Rules of practice applicable to matters not otherwise provided for. . . . "Canadian maritime law", as defined by the Act, would not appear to contemplate matters of practice and procedure provided for by Rules and orders.

Of course, as I understand it, the English practice proscribing expert witnesses on matters pertaining to

«embrasse, . . . les mêmes endroits, personnes, matières et choses que la juridiction d'amirauté actuellement possédée par la Haute Cour de Justice en Angleterre, qu'elle existe en vertu de quelque loi ou autrement, et elle doit être exercée par la Cour de la même manière et dans la même mesure que par cette Haute Cour». De même, aux termes de l'article 42 de la *Loi sur la Cour fédérale* actuelle:

42. Le droit maritime canadien en vigueur au 31 mai 1971 continue à s'appliquer, sous réserve des modifications éventuelles par la présente loi ou toute autre loi.

L'article de définition (article 2) définit ainsi le droit maritime canadien:

2. . . .

«droit maritime canadien» Droit . . .—dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970 . . .

Le juge Collier a interprété cette disposition dans l'arrêt *Oy Nokia Ab c. Le Martha Russ*, [1973] C.F. 394 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 401 et 402: 44

À mon avis, par droit appliqué par la Cour de l'Échiquier en sa juridiction d'amirauté, on entend le droit établi par la *Loi sur l'Amirauté* et les autres lois, y compris les lois anglaises qui énoncent les compétences relatives à divers types de demandes. À mon sens, les règles d'amirauté ne constituaient pas des règles de fond appliquées par la Cour de l'Échiquier mais plutôt des règles de procédure réglant les diverses étapes des litiges en amirauté et, par conséquent, elles ne relèvent pas de la catégorie définie par l'expression droit maritime canadien.

Cette décision a été confirmée par la Cour dans l'arrêt *Antares Shipping Corp. c. Le Capricorn*, [1977] 2 C.F. 274 (C.A.), aux pages 277 et 278, dans lequel le juge Le Dain, J.C.A., a écrit au nom de la Cour:

Ni la *Loi sur la Cour fédérale* ni les *Règles de la Cour fédérale* ne prévoient que les règles de pratique anglaise s'appliquent aux questions qui n'ont pas été prévues . . . le «droit maritime canadien», tel que défini par la Loi, ne paraît pas envisager les questions de pratique et de procédure prévues par les Règles et les ordonnances.

Bien sûr, selon moi, la pratique anglaise voulant que le témoignage d'experts sur des questions de naviga-

navigation and seamanship where assessors are used, is not provided for by an English rule or order, but is simply a rule of jurisprudence that has grown up in the English courts. Nevertheless, it is adjectival rather than substantive law. Moreover, as judge-made law the English rule can have no greater status than the rule in *Telendos* itself. Section 42 of the Act provides merely for legal continuity. It does not purport to transform English judge-made law into Canadian statutory law, but to incorporate it as if it were Canadian judge-made law. It is therefore subject to subsequent judicial overruling.

45 There is no provision in section 7 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, limiting the use of expert witnesses except as to number:

7. Where, in any trial or other proceeding, criminal or civil, it is intended by the prosecution or the defence, or by any party, to examine as witnesses professional or other experts entitled according to the law or practice to give opinion evidence, not more than five of such witnesses may be called on either side without the leave of the court or judge or person presiding.

Rule 482 [as am. by SOR/90-846, s. 18] of the *Federal Court Rules* as to the evidence in chief of an expert witness reads in part as follows:<sup>20</sup>

*Rule 482.* (1) No evidence in chief of an expert witness shall be received at the trial (unless the Court otherwise orders in a particular case) in respect of any issue unless

(a) that issue has been defined by the pleadings or by agreement of the parties filed under Rule 485;

(b) an affidavit setting out the proposed evidence has been filed and a copy of it served on all other parties at least 30 days before the commencement of the trial; and

(c) the expert witness is available at the trial for cross-examination.

(2) Subject to compliance with paragraph (1), evidence in chief of an expert witness may be tendered at the trial by

tion et de science nautique ne soit pas admissible lorsqu'il est fait appel à des assesseurs nautiques ne découle pas d'une règle ou d'un décret anglais: elle n'est qu'une simple règle jurisprudentielle développée par les tribunaux anglais. Toutefois, il s'agit d'une règle de procédure et non d'une règle de fond. De plus, à titre de jurisprudence, la règle anglaise ne saurait avoir rang supérieur à la règle énoncée dans l'arrêt *Telendos*. L'article 42 de la Loi ne porte que sur le maintien du droit maritime canadien. Il ne vise pas à convertir la jurisprudence anglaise en des dispositions législatives canadiennes, mais plutôt à l'intégrer comme s'il s'agissait de jurisprudence canadienne. Il est donc possible que cette jurisprudence soit éventuellement infirmée par les tribunaux.

Aucune disposition de l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, ne limite le recours à des témoins experts autrement que par le nombre:

7. Lorsque, dans un procès ou autre procédure pénale ou civile, le poursuivant ou la défense, ou toute autre partie, se propose d'interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside.

La Règle 482 [mod. par DORS/90-846, art. 18] des *Règles de la Cour fédérale* concernant la preuve sur l'examen en chef d'un expert se lit, en partie, comme suit<sup>20</sup>:

*Règle 482.* (1) Aucune preuve sur l'examen en chef d'un expert ne doit être reçue à l'instruction (sauf ordre contraire donné par la Cour dans un cas particulier) au sujet d'une question à moins

a) que cette question n'ait été définie par les plaidoiries ou par accord des parties déposé en vertu de la Règle 485;

b) qu'un affidavit énonçant la preuve proposée n'ait été déposé et qu'une copie n'ait été signifiée aux autres parties au moins 30 jours avant le début de l'instruction;

c) que l'expert ne soit disponible à l'instruction pour contre-interrogatoire.

(2) Sous réserve de se conformer à l'alinéa (1), la preuve sur l'examen en chef d'un expert cité comme témoin peut être présentée à l'instruction

(a) the reading of the whole of the affidavit referred to in paragraph (1), or such part thereof as the party decides to use at the trial, into evidence by the witness (unless the Court, with the consent of all parties, permits it to be taken as read); and

(b) if the party so elects, verbal testimony by the witness

(i) explaining or demonstrating what is in the affidavit or the part thereof that has been so put into evidence, as the case may be, and

(ii) otherwise, by special leave of the Court subject to such terms if any as seem just.

The clear implication of this Rule is that, if the proper procedure is followed (and the proper criteria met), expert evidence may be presented during a trial, including verbal testimony by the expert if the party so elects, i.e., it is impliedly admissible. This appears, by the combined effect of the rules power in paragraph 46(1)(a) of the Act, which is said to be “for regulating the practice and procedure” in the Court, and the definition of “practice and procedure” in section 2 to include evidence relating to matters of practice and procedure, to be the intention of the rule. Evidence relating to matters of procedure for me includes its admissibility.

a) par la lecture de toute déposition de l’expert, contenue à l’affidavit mentionné à l’alinéa (1), ou d’un ou de plusieurs extraits de cet affidavit que la partie décide d’utiliser à l’instruction (à moins que la Cour, avec le consentement de toutes les parties, ne permette de considérer le texte comme déjà lu); et

b) si la partie le désire, par déposition orale de l’expert,

(i) expliquant ou démontrant ce qu’il a exprimé dans l’affidavit ou dans le ou les passages d’affidavit qui ont ainsi été présentés comme preuve, selon le cas, et

(ii) autrement, par permission spéciale de la Cour aux conditions qui, le cas échéant, semblent justes.

Cette Règle montre clairement que si la procédure adéquate est suivie (et que les critères adéquats sont réunis), le témoignage d’experts peut être présenté à l’instruction, notamment une déposition orale de l’expert si la partie le désire c’est-à-dire qu’il est implicitement admissible. Il semble que ce soit là l’objet de la règle, par l’effet combiné du pouvoir de «réglementer la pratique et la procédure» à la Cour en vertu de l’alinéa 46(1)a) de la Loi et de la définition, à l’article 2, de «pratique et procédure» qui s’entend de la pratique et de la procédure, y compris en matière de preuve. Selon moi, le preuve en matière de procédure inclut l’admissibilité de celle-ci.

46 Three expert reports had been filed by the appellant: a report prepared by Capt. Klaus A. Mueller, dealing generally with issues of navigation of the respective ships and seamanship (Appeal Book I, at pages 101-119); a report by Dr. David J. Doust of Central Design & Drafting Ltd., dealing generally with issues of hydrodynamics including the effects of the currents and other forces exerted on the ships at the relevant times, marine engineering (bow thruster) and speed of the respective vessels—it was conceded that the parts of that report dealing generally with issues of seamanship should not be part of the evidence before the Court (Appeal Book I, at pages 120-156); a report prepared by Mario J. Rossi of the Salvage Association, dealing specifically with issues of angle of blow or impact and speed of the respective vessels at the relevant time (Appeal Book V, pages 889-901). Evidence from all three experts was precluded by the Trial Judge, even though it is not clear that the evidence of the last two experts

Trois rapports d’experts avaient été déposés par l’appelante: un rapport préparé par le capitaine Klaus A. Mueller portant, en général, sur la navigation des navires respectifs et la science nautique (dossier d’appel I, aux pages 101 à 119); un rapport préparé par David J. Doust de Central Design & Drafting Ltd. portant, en général, sur l’hydrodynamique, notamment les effets des courants et autres forces exercés sur les navires à l’époque en cause, la mécanique navale (propulseur d’étrave) et la vitesse des navires respectifs—il a été reconnu que les parties de ce rapport qui traitaient en général de science nautique ne devraient pas faire partie de la preuve présentée devant la Cour (dossier d’appel I, aux pages 120 à 156); un rapport préparé par Mario J. Rossi de Salvage Association, portant spécifiquement sur des questions d’angle d’impact et de vitesse des navires respectifs à l’époque en cause (dossier d’appel I, aux pages 889 à 901). Le juge de première instance a exclu la preuve des trois experts,

fell within the assessors' field of expertise. But on the view I take of the case expert evidence is admissible whether outside or inside the assessors' knowledge.

bien qu'il ne soit pas clair que le témoignage des deux derniers experts relevait du champ de compétence des assesseurs. Toutefois, selon ma vision de l'espèce, le témoignage d'experts est admissible, qu'il relève du champ de compétence des assesseurs ou non.

47 The limitation on expert witnesses, in admiralty law alone, where assessors are used stems purely from an English tradition based on the apparently peculiar position of trust held by the Elder Brethren of Trinity House from whose ranks trial assessors are drawn. There being no corresponding social institution as the Elder Brethren in Canada, there is no reason for a corresponding rule of law excluding expert witnesses whose views might challenge those of those esteemed gentlemen. The common law must reflect the social fabric of the country and not perpetuate an institution "whose social foundation has long since disappeared," indeed never existed in Canada.

La restriction à l'égard de témoins experts, en droit maritime seulement, lorsqu'il est fait appel à des assesseurs découle simplement d'une tradition anglaise fondée sur la position de confiance apparemment particulière qu'occupent les Elder Brethren de la Trinity House, laquelle fournit les assesseurs. Puisqu'il n'existe pas d'institution sociale semblable aux Elder Brethren au Canada, il n'est pas nécessaire d'avoir une règle de droit semblable qui exclut les témoins experts dont les avis pourraient mettre en doute ceux de ces messieurs estimés. La common law doit refléter le tissu social du pays et non pas perpétuer une institution dont «le fondement social a depuis longtemps disparu» et qui n'a jamais existé au Canada.

48 Moreover, Chief Justice Thurlow followed the English exception to the general law even though a number of respected trial judges whose views he cited had held to the contrary: *Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft et al. v. The Queen et al.*, [1969] 1 Ex. C.R. 117 (Noël J., as he then was); *Owners of The Ship "Sun Diamond" v. The Ship "Erawan" et al.* (1975), 55 D.L.R. (3d) 138 (F.C.T.D.) (Collier J.); *Misener Transportation Limited v. George N. Carleton (The)*, [1980] F.C.J. No. 404 (T.D.) (QL) (Marceau J., as he then was); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Pan Ocean Bulk Carrier Ltd.*, [1981] 2 F.C. 773 (T.D.) (Collier J.). *Nord-Deutsche* was not an admiralty case though it did deal with marine matters.

De plus, le juge en chef Thurlow a suivi l'exception anglaise au droit commun, même si un certain nombre de juges respectés de première instance, dont il avait cité les avis, avaient rendu des décisions contraires: *Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft et al. v. The Queen et al.*, [1969] 1 R.C.É. 117 (le juge Noël, tel était alors son titre); *Les propriétaires du navire «Sun Diamond» c. Le navire «Erawan» et al.* (1975), 55 D.L.R. (3d) 138 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (le juge Collier); *Misener Transportation Limited c. George N. Carleton (Le)*, [1980] F.C.J. n° 404 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (le juge Marceau, tel était alors son titre); *MacMillan Bloedel Ltd. c. Pan Ocean Bulk Carrier Ltd.*, [1981] 2 C.F. 773 (1<sup>re</sup> inst.) (le juge Collier). L'affaire *Nord-Deutsche* n'était pas une affaire de droit maritime, même si elle traitait de questions maritimes.

49 Collier J. in *Sun Diamond* was particularly vocal in his opinion that expert evidence might be required even in a case with assessors (at pages 144-145):

Dans l'affaire *Sun Diamond*, le juge Collier a clairement exprimé son opinion selon laquelle le témoignage d'experts pourrait se révéler nécessaire même si des assesseurs siégeaient en l'espèce (aux pages 144 et 145):

So far in this appendix, I have proceeded on the basis that the traditional practice of refusing to allow expert

Jusqu'ici dans cet appendice, j'ai considéré comme acquis qu'il convenait, et qu'il fallait qu'il en soit ainsi à

evidence in a case heard with assessors is correct and ought to be continued. Again I express a purely personal view. I do not think the traditional English rule should be followed. Viscount Dunedin said in *The "Australia"* ([1927] A.C. 145, at p. 150):

I cannot forget that when assessors were introduced, ships were sailing ships, and the navigation of a sailing ship is an art which the landsman cannot be expected to understand without much explanation. In these modern times it seems to me that it is much oftener a question of common sense in the application of the rules to avoid collision than a question of seamanship in the true sense of the word. So that, speaking for myself, except for the purposes of explanation, I shall always ask an assessor as little as possible. Certainly to find, as we have found not only in this case but in several cases which have lately occupied your Lordships' attention, that the different assessors are at variance is much more of a hindrance than an assistance.

In these still more modern times, with considerable technological and scientific advances in the design and equipment of vessels, a qualified assessor, no matter how knowledgeable, cannot have had expert experience in all matters that today may be canvassed and scrutinized in maritime collision litigation. As one small example, some modern vessels are equipped with course recorders. I have had experience with nautical assessors, very able ones, who, understandably, have had no personal experience with the operation of such devices or of the interpretation of what they purport to record. Should expert evidence on a technical matter such as that be barred from the Court, merely because assessors (who may know nothing of that field) are present?

In Courts other than those hearing Admiralty causes, expert evidence is admitted even if the Judge has the assistance of an assessor. I refer to the *Nord-Deutsche* case (previously cited) and to a very lengthy trial in British Columbia (*Northern Construction Company and J. W. Stewart Ltd. et al. v. B.C. Hydro and Power Authority* (#2572/67) [unreported] (396 days) where an assessor (a qualified engineer) sat with the trial Judge, and where a huge volume of expert testimony was heard on a number of issues.

I entirely agree with Collier J. In my opinion the holding of this Court in *Telendos* was contrary to the Rules of this Court, to the general principles of the law, and in particular to the natural justice rule that guarantees an opportunity to be heard.

l'avenir, que l'on conservât la coutume traditionnelle consistant à refuser d'entendre les dépositions d'experts dans une affaire où siégeaient des assesseurs. J'exprime une fois de plus une opinion purement personnelle. Je ne suis pas d'avis qu'il faut respecter la règle anglaise traditionnelle. Le vicomte Dunedin a dit dans *The "Australia"* ([1927] A.C. 145, à la p. 150):

[TRADUCTION] Je ne peux pas oublier que lorsque l'on a introduit le recours à des assesseurs, la navigation était à voile et que c'est un art que le terrien, estime-t-on, ne peut pas comprendre sans explications nombreuses. À notre époque, selon moi, l'application des règles destinées à prévenir les abordages relève bien plus souvent du bon sens que de la connaissance de la manœuvre dans le sens véritable du mot. Pour cette raison, moi-même, sauf à des fins d'explication, je recourrai le moins possible à un assesseur. Puisque nous constatons, comme nous l'avons fait en l'espèce et dans plusieurs affaires qui ont été soumises récemment à vos Seigneuries, que les assesseurs divergent, ils constituent davantage un obstacle qu'une solution.

À notre époque actuelle, avec les progrès technologiques et scientifiques considérables dans la conception et l'armement des navires, un assesseur compétent, si vastes soient ses connaissances, ne peut pas avoir acquis des connaissances d'expert sur toutes les questions qui peuvent aujourd'hui être examinées à fond et passées au peigne fin dans les litiges causés par les abordages. À titre d'exemple simple, quelques navires modernes sont équipés d'un indicateur de route. J'ai eu affaire à des assesseurs nautiques très compétents, qui, c'est compréhensible, n'avaient pas utilisé personnellement ces appareils ni n'avaient eu à interpréter ce qu'ils servaient à indiquer. Devrait-on interdire l'audition de témoins-experts sur une question technique comme celle-là simplement parce que des assesseurs (qui ne connaissent peut-être rien dans ce domaine) assistent à l'audition?

Dans les cours siégeant en d'autres matières que celles de droit maritime, on admet le témoignage d'experts même si le juge est aidé par un assesseur. Je m'en réfère à l'affaire *Nord-Deutsche* (déjà citée) et à une cause très longue plaidée en Colombie-Britannique (*Northern Construction Company et J.W. Stewart Ltd. et al. c. B.C. Hydro and Power Authority* (#2572/67) [non publiée]) (396 jours), pour laquelle un assesseur (un ingénieur possédant les qualités requises) siégeait avec le juge de première instance et au cours de laquelle un grand nombre de témoins-experts ont déposé sur plusieurs questions.

Je souscris tout à fait à l'opinion du juge Collier. À mon avis, la décision de la présente Cour dans l'affaire *Telendos* était contraire aux *Règles de la Cour fédérale*, aux principes généraux du droit, et en particulier, à la règle de justice naturelle qui garantit

50 No better example could be found than in the case at bar of the dire consequences of *Telendos* holding. The Trial Judge, in commenting on the evidence, stated as follows (at page 137):

Captain Derenne was also asked about any evasive manoeuvres taken to avoid the impact. He testified that the engines on the "Federal Danube" were engaged half-speed astern, explaining that it was not effective to set the engine to full speed from a standing position as the turbulence created around the propeller would sap some of the torque needed to move the vessel. This was not contradicted by any evidence presented by the plaintiffs. [Emphasis added].

The reason, of course, that the appellant did not present any contradictory evidence was that he was prevented from doing so by the application of the *Telendos* rule. In my view, that decision must be overruled.

51 Given a violation of natural justice, the unanimous decision of the Supreme Court in *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 661, comes into play. Le Dain J. stated for a unanimous Court:

... I find it necessary to affirm that the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing.

What is true for administrative hearings must *a fortiori* be valid for judicial proceedings.

52 Strictly speaking, that is enough to decide the main appeal, but I deem it necessary for the sake of completeness to go on to deal with two other inter-

à chaque partie qu'elle aura l'occasion d'être entendue.

Les conséquences désastreuses de la décision dans l'affaire *Telendos* ne pourraient être mieux illustrées que dans l'espèce. Le juge de première instance, en donnant ses observations sur la preuve, a déclaré ce qui suit (à la page 137):

Le capitaine Derenne a également été interrogé sur les mesures prises pour éviter l'impact. Il a déclaré que les moteurs du «*Federal Danube*» étaient embrayés à demi-vitesse vers l'arrière, et il a expliqué qu'il n'était pas efficace de faire fonctionner les moteurs à plein régime lorsque le bâtiment était immobilisé car la turbulence qui en résultait autour de l'hélice avait un effet négatif sur le couple requis pour déplacer le bâtiment. Cette affirmation n'a été contredite par aucun élément de preuve produit par la demanderesse. [Non souligné dans l'original.]

Bien sûr, si l'appelante n'a pas présenté de preuve contradictoire c'est parce qu'elle a été empêché de le faire du fait de l'application de la décision rendue dans l'affaire *Telendos*. À mon avis, cette décision doit être infirmée.

51 Vu la violation d'une règle de justice naturelle, l'arrêt unanime de la Cour suprême dans *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 661, entre en jeu. Dans un arrêt unanime, le juge Le Dain a déclaré ce qui suit au nom de la Cour:

... j'estime nécessaire d'affirmer que la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition.

Ce qui vaut pour des auditions administratives est *a fortiori* valable pour les procédures judiciaires.

52 À vrai dire, je dispose là de suffisamment d'éléments pour décider de l'appel principal, mais j'estime qu'il est nécessaire, par souci d'exhaustivité,

related matters, one of which was the subject of the appeal in A-201-94.

### III

The next issue is as to the exigencies of natural justice with respect to the manner in which the opinion of the assessors is given.

53 The practice adopted by Collier J. in the *Sun Diamond* represents a major advance in the approach to this question. Collier J. described his approach as follows (at pages 139-140):

At some stage before the evidence had been completed, I met with counsel and discussed with them the use to be made of the assessors at this trial. I suggested there be changes made from what seems to have been the customary practice in the Trial Division of this Court, and in the Admiralty Side of its predecessor, the Exchequer Court of Canada. I proposed that counsel, at the conclusion of the evidence and before argument, should draft what I termed "formal" questions which they felt ought to be submitted for answer or opinion by the assessors. I would also prepare questions, if I thought them necessary or desirable, to be put to the assessors. Submissions would then be heard as to the propriety and desirability, or otherwise, of the various proposed questions, as well as to their content. The trial Judge (myself) would, of course, be the ultimate arbiter as to what questions, if any, would be put, and as to their form and content.

All this was to be done before argument so that counsel (if they saw fit) could, in the course of argument, make representations as to the answers or opinions that ought to be given. The formal questions and the answers would then be set out in the reasons for judgment. It was implicit in the arrangement made that the time-honoured rule would apply: the Court is not bound in any way to accept or act upon the answers or opinions given; it must make up its own mind, including decisions on matters of navigation, seamanship, and nautical skill.

When the evidence in this trial had been completed, there was a further discussion in respect of the above arrangement. I indicated, for myself, I had no proposed questions to put to the assessors, but I invited counsel to submit for discussion any questions they might have. Both

d'examiner les deux autres questions connexes, dont l'une d'entre elles faisait l'objet de l'appel dans l'instance n° A-201-94.

### III

La question suivante porte sur les exigences de justice naturelle en ce qui concerne la façon dont l'avis des assesseurs est donné.

La pratique adoptée par le juge Collier dans l'affaire *Sun Diamond* est un grand pas en avant dans la résolution de cette question. Le juge Collier a décrit son approche comme suit (aux pages 139 et 140):

À un moment donné, avant la fin des dépositions, j'ai rencontré les avocats et j'ai discuté avec eux du rôle des assesseurs en l'espèce. J'ai suggéré de modifier ce qui semble avoir été la façon de procéder habituelle de la division de première instance de cette Cour et de la division de l'Amirauté de la Cour de l'Échiquier qui a précédé la Cour susdite. J'ai proposé aux avocats, à la fin des témoignages et avant leurs plaidoyers oraux, de rédiger des questions que j'ai qualifiées de «formelles», qui, à leur avis, devraient être présentées aux assesseurs afin d'obtenir leur réponse ou leur opinion. Je devais moi-même formuler des questions que l'on poserait aux assesseurs au besoin et si cela semblait souhaitable. Les avocats pourraient ensuite présenter leurs arguments concernant l'à-propos et la pertinence ou d'autres aspects des diverses questions envisagées, de même que leur contenu. Le juge de première instance (moi-même) devait, bien sûr, être l'arbitre jouissant du droit de décider quelles questions, s'il y a lieu, seraient posées et quelle serait leur formulation et leur contenu.

Tout ce processus devait se dérouler avant les plaidoyers oraux de façon à ce que les avocats (s'ils l'estimaient à propos) pussent, dans leurs plaidoyers oraux, présenter leurs observations relatives aux réponses et aux opinions qu'il fallait recevoir. Les questions formelles et les réponses devaient ensuite être énoncées dans les motifs du jugement. L'entente stipulait implicitement que la règle consacrée devait s'appliquer: la Cour n'est pas tenue en aucune façon de faire siennes les réponses ou les opinions données ni de leur donner suite; elle doit prendre la décision toute seule, même sur les questions de navigation, de manœuvre et d'habileté nautique.

Lorsque les dépositions en l'espèce ont été achevées, un autre débat a eu lieu portant sur l'entente susdite. Moi-même, j'ai fait savoir que je ne me proposais pas de poser de questions aux assesseurs, mais j'ai invité les avocats à soumettre à la discussion les questions qu'ils voulaient

counsel advised they did not intend to suggest any questions.

I therefore, did not, at any time, seek opinions or formal advice from the two captains.

I believe Collier J. was right in formalizing the process of posing questions to the assessors so that counsel for the parties could make submissions as to their formulation. The only exception to this rule should, I believe, be with respect to purely informational matters, as for instance where a judge sitting on an intellectual property case involving abstruse chemical or engineering issues makes constant use of an assessor or assessors merely to understand the evidence. In such a case disclosure would be unnecessary, but the judge would be on guard not to ask the assessors' opinions in the guise of informational ones. In *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, the majority of the Supreme Court drew a distinction in the application of the *audi alteram partem* rule between factual matters and legal or policy arguments not raising questions of fact: on the former it is to be strictly applied, on the latter more leniently. See also *Tremblay v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952. In the case at bar the matters to which the assessors' opinions were relevant were, of course, questions of fact.

54 Regarding the assessors' answers, Collier J. had this to say (at page 142):

There is, in my view, no binding authority requiring the Judges of the Trial Division of this Court to formulate in writing the terms in which advice is sought from the nautical assessors. In my personal view the advice or opinions requested should be so set out, and of course, the answers. They then become available to the parties to the litigation. The convenient way is to incorporate them in the reasons for judgment, if reasons are given. The parties are not then left in the dark as to what, if anything, transpired between Judge and assessors and as to what opinions, if any, the Judge accepted or rejected.

It is only in this respect that I depart from the learned Judge. In my opinion, the answers too have to be set out before the end of the hearing, so that

poser. Les deux avocats ont affirmé qu'ils n'avaient pas l'intention de suggérer de questions.

Par conséquent, je n'ai en aucun moment demandé aux deux capitaines leur opinion ou leur avis formel.

Je pense que le juge Collier avait raison de donner un caractère formel au processus d'interrogation des assesseurs afin que les parties puissent faire des observations quant à la formulation des questions. Selon moi, la seule exception à cette règle devrait porter sur des questions purement informationnelles, notamment lorsqu'un juge qui préside une affaire de propriété intellectuelle traitant de questions de chimie ou d'ingénierie obscures fait constamment appel à un assesseur uniquement pour comprendre la preuve. Dans un tel cas, la divulgation serait superflue, mais le juge veillerait à ne pas demander leur avis aux assesseurs sous couvert de demandes d'information. Dans l'arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, la Cour suprême a statué à la majorité qu'aux fins de l'application de la règle *audi alteram partem*, il fallait établir une distinction entre les questions de fait et les arguments juridiques ou de politique qui ne soulèvent pas des questions de fait, la règle devant être d'application stricte pour les premières et un peu moins sévère pour les seconds. Voir aussi l'arrêt *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952. En l'espèce, les questions soumises aux assesseurs étaient, bien entendu, des questions de fait.

Quant aux réponses des assesseurs, le juge Collier a fait la déclaration suivante (à la page 142):

La jurisprudence dominante, selon moi, n'oblige pas les juges de la division de première instance de la présente Cour à rédiger le texte de l'avis demandé aux assesseurs nautiques. À mon humble avis, il faudrait énoncer par écrit les avis ou opinions que l'on demande et, bien entendu, les réponses également. De cette manière, les parties au litige peuvent en prendre connaissance. Il est commode de les insérer dans les motifs du jugement, s'il en est. Ainsi on ne cache pas aux parties ce qui s'est passé, s'il y a lieu, entre le juge et les assesseurs et les avis, s'il y a lieu, que le juge a acceptés ou rejetés.

Ce n'est qu'à cet égard que je m'écarte de l'avis du savant juge. D'après moi, les réponses aussi doivent être exposées avant la fin de l'audience afin que les

the parties can make further representations if it seems to them fit to do so.

- 55 In this conclusion I find support in *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 456, a case in which the Tariff Board referred in its decision to two texts which were not put in evidence nor referred to in the hearing nor subject to judicial notice. Pigeon J. said for the Court (at page 463):

While the Board is authorized by statute to obtain information otherwise than under the sanction of an oath or affirmation . . . this does not authorize it to depart from the rules of natural justice. It is clearly contrary to those rules to rely on information obtained after the hearing was completed without disclosing it to the parties and giving them an opportunity to meet it.

The fact that courts are authorized "to call in the aid of one or more assessors" does not entitle them to do so in such a way that the parties' rights to a hearing are circumscribed.

- 56 This is therefore another reason for allowing the appeal.

#### IV

The final issue of natural justice has to do with the possibility of a reasonable apprehension of bias on the part of Pierre Boisseau, one of the two assessors.

- 57 At the appellant's request an affidavit of non-conflict of interest was received from Boisseau at trial, as follows (Appeal Book VI, at page 1022):

[TRANSLATION] I hereby declare that over the past ten years I have not had any direct or indirect dealings with any of the parties involved.

I declare that I have no conflict of interest and am qualified to act as an assessor, as stated during my swearing-in for this case.

I declare that over the past ten years I have acted as a consultant or expert in naval architecture and marine engineering for the following law firms:

- MARTINEAU, WALKER
- McMASTER, MEIGHEN

parties puissent, à leur discrétion, présenter d'autres observations.

- Cette conclusion est appuyée par l'arrêt *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 456, une affaire dans laquelle la Commission du tarif a fait référence dans sa décision à deux textes qui n'avaient pas été produits comme preuve, auxquels il n'avait pas été fait référence à l'audience et lesquels n'avaient pas été admis d'office. Le juge Pigeon a déclaré au nom de la Cour (à la page 463):

Bien que la loi autorise la Commission à obtenir des renseignements autrement que sous la sanction d'un serment ou d'une affirmation . . ., elle n'est pas pour autant autorisée à s'écarter des règles de justice naturelle. Il est nettement contraire à ces règles de s'en rapporter à des renseignements obtenus après la fin de l'audience sans en avertir les parties et leur donner la possibilité de les réfuter.

Le fait que les tribunaux soient autorisés à «demander l'aide d'un ou plusieurs assesseurs» ne les autorise pas à le faire de façon telle que les droits des parties à une audience soient restreints.

- Il s'agit donc là d'un autre motif pour accueillir l'appel. 56

#### IV

La question finale de justice naturelle porte sur la possibilité d'une crainte raisonnable de partialité de la part de Pierre Boisseau, l'un des deux assesseurs.

- À la demande de l'appelante, Boisseau a remis un affidavit d'absence de conflit d'intérêts comme suit à l'instance (dossier d'appel VI, à la page 1022): 57

Je déclare par la présente n'avoir entretenu aucun rapport direct ou indirect, depuis les dix dernières années, avec une ou autre (sic) des parties en cause.

Je déclare n'avoir aucun conflit d'intérêt (sic) et être apte à exécuter mon mandat d'assesseur tel que déclaré dans mon assermentation pour la présente cause.

Je déclare, au cours des dix dernières années, avoir agi en qualité de consultant ou expert en architecture navale et génie maritime pour les firmes d'avocats suivantes:

- MARTINEAU, WALKER
- McMASTER, MEIGHEN

- STIKEMAN, ELLIOT  
 - OGILVY, RENAULT  
 - LANGLOIS, ROBERT, GAUDREAU

I declare that prior to 1984 I acted as a naval engineering consultant in the following instances:

- 1975 to 1979: Federal Commerce & Navigation Ltd. design of ship M.V. ARTIC. . . .

The affiant's consultancies with various law firms can hardly be considered to imperil his disinterested status, if only because the affidavit reveals that he acted in the past not only for the respondents' lawyers but also for the appellant's trial counsel.

58 The fact of his having a contract or contracts between 1975 and 1979 for Federal Commerce & Navigation Ltd., the earlier name of Fednav Limited, one of the respondents, has to be taken more seriously, especially in the light of the decision of the English Court of Appeal in *The Bremen* (1931), 40 Ll. L. Rep. 177.

59 In *The Bremen* it was discovered after the close of the appeal that one of the nautical assessors had been in the service of one of the parties nine years earlier. The Court took a serious view of this disclosure. Scrutton L.J. commented (at page 181):

Of course, such a relation should have been disclosed before the hearing of the appeal commenced. . . . The Court gave the parties the opportunity of a re-hearing with other assessors, but the parties agreed, with the sanction of the Court, that the Court should treat the appeal as heard without assessors, discarding from their consideration any advice they had received from their assessors and only considering as evidence the advice given by the assessors below.

I conclude from this decision that an unrevealed employment by one of the parties could amount to a serious challenge to a decision on the basis of a reasonable apprehension of bias.

60 However, the onus is on the plaintiff/appellant to establish such a reasonable apprehension on the

- STIKEMAN, ELLIOT  
 - OGILVY, RENAULT  
 - LANGLOIS, ROBERT, GAUDREAU

Je déclare avoir exécuté antérieurement à 1984 des mandats de consultation en ingénierie navale comme suit:

- 1975 à 1979 Federal Commerce & Navigation Ltd. conception du navire M.V. ARTIC. . . .

On ne peut guère soutenir que les services de consultation fournis par l'auteur de l'affidavit à divers cabinets d'avocats risquent de compromettre son statut désintéressé, ne serait-ce que parce que l'affidavit révèle que, par le passé, il a agi non seulement pour les avocats des intimés, mais aussi pour l'avocat plaidant de l'appelant.

En revanche, le fait qu'entre 1975 et 1979, il ait eu un ou plusieurs contrats avec Federal Commerce & Navigation Ltd., l'ancien nom de Fednav Limited, l'un des intimés, mérite plus d'attention, surtout à la lumière de la décision rendue par la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'affaire *The Bremen* (1931), 40 Ll. L. Rep. 177. 58

Dans l'affaire *The Bremen*, il a été découvert, après la clôture de l'appel, que l'un des assesseurs maritimes avait été au service de l'une des parties neuf ans plus tôt. La Cour a accueilli sévèrement cette divulgation. Le lord juge Scrutton l'a commentée ainsi (à la page 181): 59

[TRADUCTION] Bien évidemment, un tel lien aurait dû être divulgué avant le début de l'audition de l'appel. . . . La Cour a proposé aux parties de tenir une nouvelle audience en présence d'autres assesseurs, mais avec la permission de la Cour, les parties ont convenu que celle-ci devrait considérer l'appel comme s'il avait été entendu sans assesseurs, en ne tenant pas compte des conseils donnés par leurs assesseurs et en n'examinant comme preuve que les conseils donnés par les assesseurs ci-dessous.

Je conclus de cette décision qu'un emploi non révélé par l'une des parties pourrait donner lieu à une contestation importante d'une décision fondée sur une crainte raisonnable de partialité.

Cependant, c'est à la demanderesse/appelante de prouver une telle crainte raisonnable à l'égard des 60

evidence. In the case at bar it was established merely that a naval engineer had been a consultant some years earlier with a party to the lawsuit. There is no evidence at all of the kind of association that occurred, but it seems to be much less close than that in *The Bremen*, where an assessor was shown to be in the service of one of the parties.

témoignages présentés. En l'espèce, il était seulement établi qu'un ingénieur naval avait été quelques années auparavant un consultant pour l'une des parties au procès. Il n'existe aucune preuve quant au type d'association qui a eu lieu, mais il semble qu'elle soit moins évidente que dans l'affaire *The Bremen*, où il était démontré qu'un assesseur était au service de l'une des parties.

61 On such ambiguous evidence the appellant cannot establish its case, and the holding of the Trial Judge cannot be disturbed. This is a long way short of a palpable and overriding error: *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802. Moreover, the matter is one that should have been raised at the time of appointment of the assessors rather than at trial.

Avec une preuve aussi ambiguë, l'appelante ne peut établir son grief, et la décision du juge de première instance ne peut être remise en question. On est loin de l'erreur manifeste et importante survenue dans l'affaire *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802. En outre, cette question aurait dû être soulevée au moment de la nomination des assesseurs plutôt qu'au moment de l'instance.

62 The appeal must therefore be dismissed on this ground.

Pour ce motif, l'appel doit donc être rejeté. 62

V

V

On the basis of the foregoing considerations, which in my view decide the matter, there is no need to turn to the substance of the case.

D'après les considérations qui précèdent, lesquelles sont décisives selon moi pour l'affaire en cause, il n'y a pas lieu d'examiner le fond de l'affaire.

63 In the result, the appeals in A-201-94 and A-202-94 must be dismissed. The main appeal in A-461-94 should be allowed, the decision of the Trial Judge set aside, and the matter returned to the Trial Division for rehearing. Since the appellant has succeeded in having the main appeal allowed, it should have its total costs both here and below.

En conséquence, les appels A-201-94 et A-202-94 doivent être rejetés. L'appel principal A-461-94 devrait être accueilli, la décision du juge de première instance annulée et l'affaire renvoyée devant la Section de première instance pour une nouvelle audition. Puisque l'appelante a obtenu gain de cause dans l'appel principal, elle a droit à la totalité des dépens, tant dans la présente instance que dans les instances inférieures. 63

\* \* \*

\* \* \*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

64 CHEVALIER D.J. (*concurring*): I have had the benefit of reading the reasons given by my two colleagues. As they state, the case before us involves three issues, namely:

LE JUGE SUPPLÉANT CHEVALIER (*motifs concordants*): J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs exposés par mes deux collègues. Comme ils l'indiquent, le litige qui nous est soumis porte sur trois sujets, savoir: 64

- 65 1. The Trial Judge's decision to dismiss the application made by the appellant at trial to recuse the assessors;
- 66 2. The finding she made as to the lack of contributory liability on the part of the navigators of the *Federal Danube* with respect to the cause of the collision;
- 67 3. Her refusal to admit expert evidence that the appellant intended to submit in support of its arguments.
- 68 On the first issue my two colleagues stated that they agreed that the trial judgment was correct. I share their opinion.
- 69 On the second issue, given his conclusions with respect to the question of the admissibility of expert evidence, MacGuigan J.A. clearly did not consider it appropriate to express an opinion on the respective liability of the parties. After considering the reasons stated by Pratte J.A., I wish to state that I am satisfied therewith and have nothing to add.
- 70 Concerning the third issue, with respect for the contrary opinion, I believe that I must agree with Pratte J.A. and the reasons on which he relies.
- 71 Like him, I consider:
- 72 1. That, whatever the intrinsic value of the long-established rules that have always been observed in English decisions concerning the admissibility of expert evidence, these decisions continue to constitute authority in Canada, given the wording of sections 42 and 2 of the *Federal Court Act* and that, in the circumstances, there is no reason to re-examine the findings made in *Telendos*,<sup>21</sup> to which both my colleagues referred;
- 73 2. That, furthermore, it is necessary to make a clear distinction between expert evidence relating to seamanship, for which my colleague uses the two expressions "nautical skill" and "management of the
1. La décision du premier juge de rejeter la demande de l'appelante, formulée au cours du procès, en récusation des assesseurs;
2. La conclusion à laquelle elle en est venue quant à l'absence de responsabilité contributive des navigateurs du *Federal Danube* en ce qui a trait à la cause de la collision;
3. Son refus de recevoir une preuve d'expertise que l'appelante entendait soumettre à l'appui de ses prétentions.
- Sur le premier sujet, mes deux collègues se sont déclarés d'accord que le jugement de première instance était bien fondé. Je partage leur opinion.
- Quant au second, compte tenu de ses conclusions relativement au problème de l'admissibilité de la preuve d'expertise, le juge MacGuigan n'a évidemment pas jugé à propos de se prononcer sur le problème des responsabilités respectives des parties. Après étude des motifs énoncés par le juge Pratte, je m'en déclare satisfait et ne vois rien à y ajouter.
- En ce qui a trait au troisième sujet du litige, avec respect pour l'opinion contraire, je crois devoir me ranger à celle du juge Pratte et aux motifs sur lesquels elle s'appuie.
- Comme lui, je considère:
1. Que, quelle que soit par ailleurs la valeur intrinsèque des règles établies et observées de tout temps par la jurisprudence anglaise en matière d'admissibilité de la preuve par experts, cette jurisprudence continue d'avoir autorité au Canada, compte tenu de la disposition des articles 42 et 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et que, dans les circonstances, il n'y a pas lieu de revenir sur les conclusions prises dans l'affaire du *Telendos*<sup>21</sup> auxquelles ont référé mes deux collègues;
2. Que, par ailleurs, il faut faire une nette distinction entre une preuve par expert qui se rapporte à la façon de naviguer, que mon collègue décrit par les deux expressions de «*nautical skill*» et «*management*

ship”, and any other evidence that might benefit the case in an area that goes beyond navigation as such. In the first case, since the assessors were presumed, by the very fact of their appointment, to have qualifications, authority and independence equivalent to those of the members of the British Trinity House Brethren, it is logical to rely on their knowledge to provide the judge hearing a case with the appropriate tests to determine whether the conduct of sailors at the time of a loss met the tests required of an informed and careful navigator. Without going so far as to say that in similar circumstances a judge would be prohibited from allowing such evidence to be introduced, I am of the opinion that, if he decides not to admit it, he is merely exercising his discretion and his decision may not be attacked on appeal.

*of the ship»* et toute autre preuve qui serait de nature à enrichir le dossier dans un domaine qui serait étranger à celui de la navigation proprement dite. Dans le premier cas, les assessors étant présumés, par le fait même de leur nomination, posséder des qualifications, une autorité et une indépendance équivalentes à celles des membres de la confrérie britannique de Trinity House, il est logique de s’en remettre à leurs connaissances pour fournir au juge saisi du litige les éléments d’appréciation propres à déterminer si la conduite des marins à l’occasion d’un sinistre a satisfait aux critères exigibles d’un navigateur avisé et prudent. Sans aller jusqu’à dire qu’en semblable circonstance il serait alors interdit au juge de permettre qu’une telle preuve soit introduite, j’opine que, s’il décide de ne pas la recevoir, il ne fait qu’exercer sa discrétion et sa décision n’est pas susceptible d’être attaquée en appel.

74 On this point, I believe it is useful to say something about the specific goal sought by the appellant in its request to include in the record the expert reports prepared by Captain Mueller and Engineer Doust.

74 Sur ce point, je crois utile de dire quelques mots au sujet du but précis que poursuivait l’appelante en rapport avec sa demande d’introduction au dossier des rapports d’expertise, préparés par le capitaine Mueller et l’ingénieur Doust.

75 In its memorandum of argument (at page 13, No. 42), the appellant stated the following:

75 Dans son mémoire d’argumentation (à la page 13, n° 42), elle s’exprime comme suit:

Three expert reports had been filed by the Appellant, to wit:

Trois rapports d’experts avaient été déposés par l’appelante, à savoir:

— Report prepared by Capt. Klaus A. Mueller, dealing generally with issues of navigation of the respective ships and seamanship (A.B. Vol. I at pp. 101-109);

— Le rapport préparé par le capitaine Klaus A. Mueller, portant, en général, sur la navigation des navires respectifs et la science nautique (dossier d’appel, vol. I, aux pp. 101 à 109);

— Report prepared by Dr. David J. Doust of Central Design & Drafting Ltd., dealing generally with issues of hydrodynamics including the effects of the currents and other forces exerted on the ships at the relevant times, marine engineering (bow thruster) and speed of the respective vessels. It was conceded that the parts of that report dealing generally with issues of seamanship should not be part of the evidence before the Court (A.B. Vol. I at pp. 120-156);

— Le rapport préparé par David J. Doust du Central Design & Drafting Ltd., portant, en général, sur l’hydrodynamique, notamment les effets des courants et autres forces exercées sur les navires à l’époque en cause, la mécanique navale (propulseur d’étrave) et la vitesse des navires respectifs. Il a été reconnu que les parties de ce rapport qui traitaient en général de science nautique ne devraient pas faire partie de la preuve présentée devant la Cour (dossier d’appel, vol. I, aux pp. 120 à 156);

— Report prepared by Mario J. Rossi . . . (which is not at issue here). [Emphasis added.]

— Le rapport préparé par Mario J. Rossi . . . » (lequel n’est pas en cause ici) [Soulignements ajoutés]

76 I find that, in the preceding passage, the appellant admits without restriction that part of one of the

76 Je constate que, dans le texte qui précède, l’appelante admet sans restriction que la partie d’un

reports relating to seamanship (“nautical skill” and “management of the ship”) is not relevant to the case before us. However, this is precisely what Captain Mueller’s report deals with, and the appellant admitted this fact.

des rapports qui porte sur la façon de naviguer (le «*nautical skill*» et le «*management of the ship*») n’a pas de pertinence au dossier en l’occurrence. Or, c’est précisément ce dont traite le rapport du capitaine Mueller et ce, de l’aveu même de l’appelante.

77 Concerning Dr. Doust’s report, my reading thereof persuades me that its author and the appellant did not intend to file it and use it to inform the Trial Judge about technical aspects of the mechanics of navigation but rather to convince her that a single conclusion could be drawn from it, namely that the sailors on the *Federal Danube* were contributorily at fault.

Quant au rapport de M. Doust, la lecture que j’en ai faite me convainc que son auteur et l’appelante n’entendaient pas le produire et l’utiliser pour éclairer le juge de première instance sur des aspects techniques relatifs à la mécanique de la navigation mais pour la convaincre qu’une seule conclusion pouvait en dériver, celle de la faute contributive des marins du *Federal Danube*.

78 As evidence of this I shall look first at the headings of each of the nine chapters of the report (Common Appeal Book, at page 122):

J’en prends à preuve, au départ, l’entête de chacun des neuf derniers chapitres du rapport (Dossier d’appel commun, à la page 122):

2. M.V. FEDERAL DANUBE—Main Particulars.

[TRADUCTION] 2. M.V. FEDERAL DANUBE—Caractéristiques principales

3. M.V. BEOGRAD—Main Particulars.

3. M.V. BEOGRAD—Caractéristiques principales

4. Technical Analysis of Statements made by Key Witnesses.

4. Analyse technique des déclarations faites par les témoins-clés

5. Damages to each ship.

5. Dommages subis par chacun des navires

6. Wind, Weather, and Current Conditions at the time of the incident.

6. Régime des vents, conditions météorologiques et état du courant au moment de l’accident

7. Analysis of relative ship positions prior to and during the collision.

7. Analyse des positions relatives des navires avant et pendant la collision

8. Collision Avoidance—Rules & Regulations.

8. Évitement de collision—Règles et règlements

9. Summary of Findings.

9. Constatations générales

10. Conclusions.

10. Conclusions.

79 Chapters 2 and 3 do not constitute new evidence. They merely repeat what was said in the exhibits filed as D-92 and D-93.

Les chapitres 2 et 3 ne constituent pas une preuve nouvelle. Ils ne sont que la répétition des pièces produites comme D-92 et D-93.

80 Chapters 4 and 5 contain a summary of the testimony of Captains Janicic (*Beograd*) and Derenne (*Federal Danube*) and a statement of the damage caused to each ship. At page 15 of the report, the expert Doust concludes:

Les chapitres 4 et 5 contiennent un résumé des témoignages des capitaines Janicic (*Beograd*) et Derenne (*Federal Danube*) et un état des dommages causés à chaque navire. À la page 15 du rapport, l’expert Doust conclut:

It is therefore evident from the nature and extent of the damages to both ships that BEOGRAD would have passed

[TRADUCTION] Il appert donc de la nature et de l’étendue des dommages subis par les deux navires que le

the FEDERAL DANUBE quite safely, if FEDERAL DANUBE had not weighed its anchor and moved in a direction towards the oncoming BEOGRAD.

BEOGRAD aurait passé devant le FEDERAL DANUBE sans danger, si le FEDERAL DANUBE n'avait pas levé l'ancre et ne s'était pas dirigé vers le BEOGRAD qui venait en sens inverse.

81 I consider that this is a reference to seamanship, the speciality of one of the assessors, and that it accordingly has no place in the record.

J'estime qu'il s'agit là d'une référence à la façon 81 de naviguer, spécialité d'un des assessseurs, et qu'elle n'a donc pas sa place au dossier.

82 In the last paragraph of chapter 7, which must be read in conjunction with chapter 6, we find the following passage (page 21 of the report):

Au dernier paragraphe du chapitre 7, qui doit être 82 lu avec le chapitre 6, on trouve le texte suivant (à la page 21 du rapport):

... we see that the BEOGRAD would have cleared the FEDERAL DANUBE by a distance of some 260 feet, if the FEDERAL DANUBE had not veered its anchor and stayed in Position # 3.

[TRADUCTION] ... [N]ous voyons que le BEOGRAD 82 aurait évité le FEDERAL DANUBE à une distance d'environ 260 pieds, si le FEDERAL DANUBE n'avait pas filé son ancre et était resté en position #3.

83 This again is a case of passing judgment on the seamanship of the captain of the *Federal Danube*, which was lacking, in the view of the expert; the preceding comment applies.

C'est encore là porter un jugement sur la façon de 83 naviguer, fautive selon l'expert, du capitaine du *Federal Danube*; la remarque précédente s'applique.

84 Chapter 8 states some of the rules of the sea issued in order to prevent collisions. Following each quotation, the expert Doust indicates which faults were committed by each of the navigators.

Le chapitre 8 récite certaines des règles de naviga- 84 tion édictées en vue de prévenir les collisions. Suite à chaque citation, l'expert Doust indique quelles fautes ont été commises par l'un ou l'autre des navigateurs.

85 Finally, I believe that I must quote *in extenso* from Chapter 9:

Enfin, je crois devoir citer *in extenso* le texte du 85 chapitre 9:

Table 1 has been prepared to show the relative errors of navigation and ship defects which led up to the collision which occurred between the BEOGRAD and FEDERAL DANUBE on December 11th, 1984.

[TRADUCTION] Le tableau 1 a été préparé afin de montrer 85 les erreurs respectives de navigation et les défauts respectifs des navires qui ont mené à la collision survenue entre le BEOGRAD et le FEDERAL DANUBE le 11 décembre 1984.

It can be seen that Fault No. 1 is common to both vessels. Similarly, Fault No. 2 for the BEOGRAD, is the same FAULT No. 7 for the FEDERAL DANUBE.

On peut constater que la faute n° 1 est commune aux deux 85 navires. De même, la faute n° 2 dans le cas du BEOGRAD est la même que la faute n° 7 dans le cas du FEDERAL DANUBE.

Faults Nos. 3 and 4 for the BEOGRAD refer to the lack of use of VHF between the vessel and Traffic Control, Beauharnois and the FEDERAL DANUBE, whilst the same omissions are to be seen as Faults Nos. 8 and 10 for the FEDERAL DANUBE.

Les fautes n° 3 et n° 4 dans le cas du BEOGRAD ren- 85 voient à la non-utilisation de la fréquence métrique (VHF) entre le navire et le Centre de contrôle de la circulation de Beauharnois et le FEDERAL DANUBE, tandis que les mêmes omissions doivent être considérées comme les fautes n° 8 et n° 10 dans le cas du FEDERAL DANUBE.

We are therefore left with a preponderance of faults for the FEDERAL DANUBE as stated in Faults Nos. 2, 3, 4, 5, 6, 9 and 11 (seven faults in all).

Nous nous trouvons donc en présence d'une prépondé- 85 rance de fautes dans le cas du FEDERAL DANUBE ainsi qu'il est mentionné aux fautes n°s 2, 3, 4, 5, 6, 9 et 11 (sept fautes en tout).

In a similar manner, Table 2 has been prepared to show the relative merits of each vessel's behaviour prior to the collision. On balance, it is clear that the FEDERAL DANUBE was responsible for the incident by pulling itself towards its anchor and into the part of the oncoming BEOGRAD. The BEOGRAD's change of course 5° to Starboard was sufficient to pass the FEDERAL DANUBE, if she had remained at anchor (without weigh), and as indicated by her anchor lights. [Emphasis added.]

De la même façon, le tableau 2 a été préparé afin de montrer le bien-fondé relatif du comportement de chacun des navires avant la collision. À tout prendre, il est clair que le FEDERAL DANUBE a été responsable de l'accident en se dirigeant vers son ancre et dans la zone du BEOGRAD qui venait en sens inverse. Le changement de cap de 5° à tribord effectué par le BEOGRAD suffisait pour passer devant le FEDERAL DANUBE, s'il était resté à l'ancre (sans la lever) et comme l'indiquaient ses feux de mouillage. [Soulignements ajoutés]

86 This passage is sufficient to convince the reader that most of the technical data contained in the report are, in short, merely a series of references to the evidence filed earlier by other witnesses or documents and that, if we exclude this duplication of material as being unnecessary, all that remains is findings concerning the respective fault that it is sought to attribute to each navigator and especially to the navigator of the *Federal Danube*.

Ce texte est de nature à convaincre le lecteur que la généralité des données techniques que contient le rapport n'est, en somme, qu'une suite de références à la preuve déjà produite par d'autres témoins ou documents et que, si l'on exclut comme inutile ce dédoublement de matériel, il n'y reste que des conclusions, celles des fautes respectives que l'on cherche à attribuer à chaque navigateur et, en particulier, à celui du *Federal Danube*. 86

87 It will be noted that in its memorandum, from which I reproduced an extract earlier, the appellant stated that the expert opinions on this subject must not be taken into consideration. Since nothing remains in the report in question that might be of any use, I consider that the Trial Judge was perfectly justified in concluding as she did and that the appeal should be dismissed.

On se rappellera que, dans son mémoire dont j'ai précédemment cité un extrait, l'appelante nous déclare que les opinions de l'expert à ce sujet ne doivent pas être prises en considération. Puisqu'il ne reste rien dans le rapport en question qui puisse être de quelque utilité, j'estime que le juge de première instance était parfaitement justifiée de conclure comme elle l'a fait et que l'appel devrait être rejeté. 87

<sup>1</sup> *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388, at pp. 395-396; *Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd. v. Kingsland Maritime Corp.*, [1979] 1 F.C. 523 (C.A.); *Crabbe v. Minister of Transport*, [1973] F.C. 1091 (C.A.); *Farmer Construction Ltd. v. The Queen* (1983), 83 DTC 5272 (F.C.A.).

<sup>2</sup> S. 46(1)(a)(ix) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] authorizes the making of rules governing the "appointment of assessors and the trying or hearing of a cause or other matter wholly or partly with the assistance of assessors".

S. 492(1) of the *Federal Court Rules* provides as follows:

*Rule 492.* (1) The Court may, if it thinks it expedient so to do, call in the aid of one or more assessors, specially qualified, and hear and determine a matter, wholly or partly, with the assistance of such assessor or assessors.

<sup>3</sup> This Rule, which should be quoted in its English version for better understanding, reads as follows:

*Rule 482.* (1) No evidence in chief of an expert witness shall be received at the trial (unless the Court otherwise

<sup>1</sup> *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 389, aux p. 395 et 396; *Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd. c. Kingsland Maritime Corp.*, [1979] 1 C.F. 523 (C.A.); *Crabbe c. Le ministre des Transports*, [1973] C.F. 1091 (C.A.); *Farmer Construction Ltd. c. La Reine* (1983), 83 DTC 5272 (C.A.F.).

<sup>2</sup> L'art. 46(1)a)(ix) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] autorise l'adoption de règles régissant «la nomination d'assesseurs et l'instruction de tout ou partie d'une affaire avec l'aide d'assesseurs».

L'art. 492(1) des *Règles de la Cour fédérale* prévoit que:

*Règle 492.* (1) La Cour pourra, si elle juge opportun de le faire, demander l'aide d'un ou plusieurs assesseurs spécialement qualifiés, et entendre et juger une question, en tout ou en partie, avec l'aide de ce ou ces assesseurs.

<sup>3</sup> Cette Règle, qu'il vaut mieux citer dans sa version anglaise si on veut la comprendre, se lit comme suit:

*Règle 482.* (1) Aucune preuve sur l'examen en chef d'un expert ne doit être reçue à l'instruction (sauf ordre

orders in a particular case) in respect of any issue unless

(b) an affidavit setting out the proposed evidence has been filed and a copy of it served on all other parties at least 30 days before the commencement of the trial; and . . . .

<sup>4</sup> Since the appellant did not provide us with a complete transcript of the notes made at trial, we do not know exactly what happened before the Trial Judge.

<sup>5</sup> *Egmont Towing & Sorting Ltd. v. Ship "Telendos"* (1982), 43 N.R. 147 (F.C.A.).

<sup>6</sup> See note 3.

<sup>7</sup> R.S.C., 1985, c. C-5, s. 7:

7. Where, in any trial or other proceeding, criminal or civil, it is intended by the prosecution or the defence, or by any party, to examine as witnesses professional or other experts entitled according to the law or practice to give opinion evidence, not more than five of such witnesses may be called on either side without the leave of the court of judge or person presiding.

<sup>8</sup> According to s. 46 of the *Federal Court Act*, the Rules of the Court govern the "practice and procedure" at trial and on appeal. According to the definition in s. 2 of the Act, the expression "practice and procedure" does not include the rules governing the admissibility of evidence but only the rules of evidence "relating to matters of practice and procedure".

<sup>9</sup> 42. Canadian maritime law as it was immediately before June 1, 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this Act or any other Act of Parliament.

<sup>10</sup> It has been correctly held that Federal Court procedure in maritime cases, as in all other cases, is governed by the Rules of the Court and not by the English rules (*Antares Shipping Corp. v. The Capricorn*, [1977] 2 F.C. 274 (C.A.); *Oy Nokia Ab v. The Martha Russ*, [1973] F.C. 394 (T.D.)). As I stated, however, the rules concerning the admissibility of evidence are not governed by the Rules of the Court.

<sup>11</sup> Thus the work *Jackson's Machinery of Justice* (Cambridge University Press, 1989), which has become a classic, says the following when speaking of the Admiralty Court, at p. 46:

In one sense the court is international, since it is frequently trying cases where foreign ships are concerned, and a high standard of judicial ability is needed. This is reinforced by the system of nautical assessors. When the judge requires assistance in matters of nautical skill, he is assisted by two Brethren of Trinity House, who sit on the Bench with the judge. A jury is never used. The system of a judge with technically qualified and disinterested assessors is alien to the com-

contraire donné par la Cour dans un cas particulier) au sujet d'une question à moins

b) qu'un affidavit énonçant la preuve proposée n'ait été déposé et qu'une copie n'ait été signifiée aux autres parties au moins 30 jours avant le début de l'instruction; et . . . .

<sup>4</sup> Comme l'appelante ne nous a pas fourni une transcription complète des notes prises lors du procès, nous ne savons pas exactement ce qui s'est passé devant le premier juge.

<sup>5</sup> *Egmont Towing & Sorting Ltd. c. Le navire «Telendos»* (1982), 43 N.R. 147 (C.A.F.).

<sup>6</sup> Voir note 3.

<sup>7</sup> L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 7:

7. Lorsque, dans un procès ou autre procédure pénale ou civile, le poursuivant ou la défense, ou toute autre partie, se propose d'interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside.

<sup>8</sup> Suivant l'art. 46 de la *Loi sur la Cour fédérale*, les règles de la Cour régissent «la pratique et la procédure» en première instance et en appel. Or, suivant la définition que l'on trouve à l'art. 2 de la Loi, le sens de l'expression «pratique et procédure», s'il comprend la pratique et la procédure «en matière de preuve», ne comprend pas les règles régissant l'admissibilité de la preuve.

<sup>9</sup> 42. Le droit maritime canadien en vigueur au 31 mai 1971 continue à s'appliquer, sous réserve des modifications éventuelles par la présente loi ou toute autre loi.

<sup>10</sup> On a déjà décidé, et avec raison, que la procédure, en Cour fédérale, est régie, en matière maritime comme en toutes autres matières, par les Règles de la Cour et non par les règles anglaises (*Antares Shipping Corp. c. Le Capricorn*, [1977] 2 C.F. 274 (C.A.); *Oy Nokia Ab c. Le Martha Russ*, [1973] C.F. 394 (1<sup>re</sup> inst.)). Mais, je l'ai dit, les règles concernant l'admissibilité de la preuve ne sont pas régies par les Règles de la Cour.

<sup>11</sup> Ainsi, l'ouvrage maintenant classique *Jackson's Machinery of Justice* (Cambridge University Press, 1989), parlant de la Cour de l'Amirauté, s'exprime comme suit à la p. 46:

En un sens, la cour est internationale puisqu'elle entend souvent des causes impliquant des navires étrangers, ce qui requiert un haut niveau de compétence juridique. Grace, notamment, au système d'assesseurs maritimes. Lorsque le juge a besoin d'aide en matière de compétence maritime, il est secondé par deux maîtres de la Corporation de Trinity House, qui siègent avec le juge. On n'a jamais recours à un jury. Le système d'un juge avec des assesseurs compétents et impartiaux est étran-

mon law, but it appears to work very well in Admiralty; it certainly appears to be far better than the common law technique of listening to expert witnesses called by the parties at great expense to assert contradictory views.

<sup>12</sup> *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9.

<sup>13</sup> [1985] 2 S.C.R. 643.

<sup>14</sup> See s. 52(b)(i) of the *Federal Court Act*.

<sup>15</sup> It appears not to be correct that the assessor system was held improper by the U.S. Supreme Court in 1855, although Thurlow C.J. was right in citing Wiswall [*The Development of Admiralty Jurisdiction since 1800*, Cambridge University Press, 1970] to that effect. However, Wiswall notes in a footnote that assessors did sit in *The Jay Gould*, 19 F. 765 (E.D. Mich., 1884). His authority for the Supreme Court reference is Theophilus Parsons, *A Treatise on the Law of Shipping and the Law and Practice of Admiralty*, Boston, 1869, vol. 2, at pp. 438-439. However, Parsons actually stated:

In England, it has long been the custom for the judge in cases of collision at the hearing of the cause to be assisted by two or more masters of the Trinity House, who give their opinion which vessel is in fault.<sup>4</sup> This opinion, though not binding on the court, is usually followed. In this country we have no such practice, generally;<sup>5</sup> but it was at one time customary in the Massachusetts district to submit the evidence to nautical men, and to take their opinion upon the facts in the case.<sup>1</sup> This practice was considered, however, as open to some objection, and in 1855 it was declared to be improper, and the more correct mode pointed out of taking the opinions of the experts upon a hypothetical case.<sup>2</sup>

<sup>4</sup> In the *Swanland*, 2 Spinks, 107, Dr. *Lushington*, addressing the Trinity Masters, said: "When a common-law judge has summed up the case to the jury, his duty is discharged; the jury give their verdict. But unfortunately for me, I have not only to state the evidence to you, but whatever decision or opinion you may give to me, to that opinion I must be an assenting party, in order to found a judicial decision thereon."

<sup>5</sup> It would seem that a practice similar to the English, obtains in Pennsylvania, for Judge *Kane*, in the case of *The Red Bank Co. v. The John W. Gandy*, 7 Am. Law Reg. 606, remarks: "The nautical gentlemen who did me the kindness to hear the evidence with me, are of opinion," etc. See also *The Hypodame*, 6 Wallace, 224. And in *The Brig Rival*, 1 Sprague, 128, experts were admitted by consent, and questions put to, and answers returned by, them.

ger à la common law, mais semble fonctionner à merveille en amirauté; cela semble beaucoup mieux que la technique de common law d'écouter des témoins experts retenus à grands frais par les parties pour exposer des opinions contraires.

<sup>12</sup> *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9.

<sup>13</sup> [1985] 2 R.C.S. 643.

<sup>14</sup> Voir l'art. 52b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

<sup>15</sup> Il semble incorrect que la Cour suprême des États-Unis ait jugé inadmissible le système d'assesseur en 1855, bien que le juge en chef Thurlow ait raison de citer Wiswall [*The Development of Admiralty Jurisdiction since 1800*, Cambridge University Press, 1970] à cet effet. Toutefois, Wiswall mentionne, dans une note infrapaginale, que des assesseurs avaient effectivement siégé dans l'affaire *The Jay Gould*, 19 F. 765 (E.D. Mich., 1884). Pour la référence à la Cour suprême, il se fonde sur l'ouvrage de Theophilus Parsons intitulé *A Treatise on the Law of Shipping and the Law and Practice of Admiralty*, Boston, 1869, vol. 2, aux pp. 438 et 439. Cependant, les véritables propos de Parsons se lisent comme suit:

[TRADUCTION] En Angleterre, il existe une coutume de longue date voulant que pendant l'audition d'affaires d'abordage, le juge soit assisté d'au moins deux assesseurs maritimes de la Trinity House pour savoir quel navire est en faute selon eux<sup>4</sup>. Bien que le tribunal ne soit pas lié par cet avis, celui-ci est habituellement suivi. En général, nous n'avons pas de pratique semblable dans ce pays<sup>5</sup>; mais à une certaine époque, dans le district du Massachusetts, il était coutumier de présenter la preuve à des marins afin de recueillir leur avis sur les faits de l'espèce<sup>1</sup>. L'on a jugé, toutefois, que cette pratique était contestable, et en 1855 elle a été déclarée inadmissible; l'on estimait que la méthode plus adéquate consistait à recueillir les avis d'experts sur un cas hypothétique<sup>2</sup>.

<sup>4</sup> Dans l'affaire *Swanland*, 2 Spinks, 107, M. *Lushington*, dans une allocution aux assesseurs maritimes de la Trinity House, a déclaré ce qui suit: [TRADUCTION] «Une fois que le juge de common law a résumé l'affaire au jury, il est déchargé de ses fonctions; c'est alors au jury de prononcer son verdict. Mais malheureusement pour moi, j'ai non seulement le devoir de vous présenter la preuve, mais aussi de sanctionner votre opinion ou votre décision, quelle qu'elle soit, afin de fonder une décision judiciaire sur elle.»

<sup>5</sup> Il semblerait qu'une pratique semblable à celle de l'Angleterre soit en vigueur en Pennsylvanie. En effet, dans l'affaire *The Red Bank Co. v. The John W. Gandy*, 7 Am. Law Reg. 606, le juge *Kane* s'exprime comme suit: [TRADUCTION] «Les marins qui m'ont fait la faveur d'entendre la preuve avec moi sont d'avis que» etc. Voir aussi l'affaire *The Hypodame*, 6 Wallace, 224. Dans l'affaire *The Brig Rival*, 1 Sprague, 128, il a été convenu de faire appel à des

<sup>1</sup> In *Peele v. Merchants' Ins. Co.* 3 Mason, 27, 36, Mr. Justice *Story* said: "As to the question of the sufficiency of the repairs, that is so dependent upon practical skill in nautical affairs, that if the cause were to turn upon it, I should, according to the known course of the admiralty, refer it to experts to report upon the whole evidence, what in their judgment is the true posture of the case in this respect." See also *Lowry v. Steamboat Portland*, 1 Law Rep. 313.

<sup>2</sup> *The Clement*, 2 Curtis, C. C. 363. See also *Allen v. Mackay*, 1 Sprague, 219, 223. The case of *The Clement* was taken by appeal to the Supreme Court, and new depositions were taken, containing the opinions of the experts in the manner pointed out. But as the court were equally divided in opinion on the facts of the case, the case has never been reported, and we are unable to state whether the mode indicated received the sanction of the Supreme Court. [Emphasis added].

<sup>16</sup> It will be apparent later that in my view everything considered by the Court must be in the record.

<sup>17</sup> The *Practice Statement (Judicial Precedent)* is at [1966] 1 W.L.R. 1234 (H.L.). It is also set out in my article "Precedent and Policy in the Supreme Court" (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 627, fn. 200, at p. 657.

<sup>18</sup> Although Cory and L'Heureux-Dubé JJ. dissented in this case, it was not on the appropriateness of the Court's changing the old rule, a process which they endorsed, but on the context of the new rule.

<sup>19</sup> These criteria are set down in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, by Dickson J. (as he then was) and by Sopinka J. in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, and do not affect the present issue. For a recent decision by the Trial Division on expert evidence see *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Empire Tug Boats Ltd. et al.* (1995), 92 F.T.R. 26, per Reed J.

<sup>20</sup> This Rule was substantially identical at the time of the decision *Telendos*.

<sup>21</sup> *Egmont Towing & Sorting Ltd. v. Ship "Telendos"* (1982), 43 N.R. 147 (F.C.A.).

experts, lesquels ont répondu aux questions qui leur ont été posées.

<sup>1</sup> Dans l'affaire *Peele v. Merchants' Ins. Co.*, 3 Mason, 27, 36, le juge *Story* a déclaré: [TRADUCTION] «Quant à la question du caractère suffisant des réparations, elle est si étroitement liée aux capacités pratiques en matière nautique, que si l'affaire devait en dépendre, je devrais, conformément à la pratique généralement reconnue en droit maritime, m'en remettre à des rapports d'experts sur l'ensemble de la preuve pour connaître la véritable attitude à adopter, selon eux, à cet égard». Voir aussi l'affaire *Lowry v. Steamboat Portland*, 1 Law Rep. 313.

<sup>2</sup> L'affaire *The Clement*, 2 Curtis, C. C. 363. Voir aussi l'affaire *Allen v. Mackay*, 1 Sprague, 219, 223. L'affaire *The Clement* a été portée en appel devant la Cour suprême, et de nouvelles dépositions ont été entendues, notamment avec les avis des experts de la manière indiquée. Cependant, l'affaire n'a jamais été publiée du fait que le tribunal était également divisé en ce qui concerne les faits de cette affaire, et nous sommes donc incapables de dire si la Cour suprême a entériné la méthode indiquée. [Non souligné dans l'original.]

<sup>16</sup> Il apparaîtra ultérieurement que, selon moi, tous les éléments pris en considération par la Cour doivent être versés au dossier.

<sup>17</sup> Le *Practice Statement (Judicial Precedent)* se trouve à [1966] 1 W.L.R. 1234 (H.L.). Il est également exposé dans mon article «Precedent and Policy in the Supreme Court» (1967), 45 *R. du B. can.* 627, note 200, à la p. 657.

<sup>18</sup> Bien que les juges Cory et L'Heureux-Dubé aient été dissidents dans cet arrêt, leur désaccord ne visait pas l'opportunité pour la Cour de modifier l'ancienne règle, processus qu'ils appuyaient, mais plutôt le contexte de la nouvelle règle.

<sup>19</sup> Ces critères sont énoncés dans l'affaire *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, par le juge Dickson (tel était alors son titre) et dans l'affaire *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, par le juge Sopinka, et ils n'ont aucune incidence sur le cas en l'espèce. Pour une décision récente par la Section de première instance sur le témoignage d'experts, voir l'affaire *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Empire Tug Boats Ltd. et al.* (1995), 92 F.T.R. 26, par le juge Reed.

<sup>20</sup> Pour l'essentiel, cette Règle était la même au moment de la décision dans l'affaire *Telendos*.

<sup>21</sup> *Egmont Towing & Sorting Ltd. c. Le navire «Telendos»* (1982), 43 N.R. 147 (C.A.F.).