

T-2824-72

T-2824-72

**Weight Watchers International Inc. (Plaintiff)****Weight Watchers International Inc. (Demanderesse)**

v.

a c.

Morray Burns, Adelaide Daniels, Harold Daniels, Bernard C. Kurtz, Sam Kwinter, Weight Watchers of Ontario Limited, Adelaide Daniels Enterprises Limited, Counterweight Limited, Weight Watchers (Atlantic) Limited, Weight Watchers of New Brunswick Limited, Weight Watchers of Newfoundland Limited, Canadian Association of Organizations for Weight Watchers, Bernard C. Kurtz Limited, Weight Wise Limited (*Defendants*)

Morray Burns, Adelaide Daniels, Harold Daniels, Bernard C. Kurtz, Sam Kwinter, Weight Watchers of Ontario Limited, Adelaide Daniels Enterprises Limited, Counterweight Limited, Weight Watchers (Atlantic) Limited, Weight Watchers of New Brunswick Limited, Weight Watchers of Newfoundland Limited, Canadian Association of Organizations for Weight Watchers, Bernard C. Kurtz Limited, Weight Wise Limited (*Défendeurs*)

Trial Division, Kerr J.—Ottawa, August 19 and 28, 1975.

Division de première instance, le juge Kerr—Ottawa, les 19 et 28 août 1975.

*Practice—Application for charging order on defendant's costs—"Gap" rule—Analogy to Ontario Rules of Practice—Federal Court Rules 5, 1900—Ontario Rules of Practice and Procedure 696.*

d

*Pratique—Demande d'ordonnance constituant une charge sur les dépens accordés au défendeur—Règle des «lacunes»—Analogie avec les Règles de pratique de l'Ontario—Règles 5 et 1900 de la Cour fédérale—Règle 696 des Règles de pratique et de procédure de l'Ontario.*

Defendant's solicitor applied for a charging order on costs awarded to defendant Burns for his unpaid expenses. The whereabouts of Burns appears unknown.

e

L'avocat du défendeur sollicita une ordonnance constituant une charge sur les dépens accordés au défendeur Burns pour le règlement de ses frais non encore payés. Il semble que l'adresse de Burns est inconnue.

*Held*, granting the order, in absence of a specific rule of this Court, under Rule 5, analogy may be made to Rule 696 of the Ontario Rules of Practice. Taxable costs ordered to be paid by plaintiff to defendant Burns are "property recovered or preserved through the instrumentality of a solicitor" within the meaning of Rule 696.

f

*Arrêt*: l'ordonnance est accordée; en l'absence d'une règle spéciale de cette cour, on peut, en vertu de la Règle 5, statuer par analogie avec la Règle 696 des Règles de pratique et de procédure de l'Ontario. Les frais taxés que la Cour a ordonné à la demanderesse de payer au défendeur Burns constituent «des biens recouverts ou conservés par les soins d'un avocat» au sens de la Règle 696.

*Doyle v. Doyle* (1975) 4 O.R. (2d) 111, agreed with.

Arrêt approuvé: *Doyle c. Doyle* (1975) 4 O.R. (2<sup>e</sup>) 111.

## APPLICATION.

g

REQUÊTE.

## COUNSEL:

AVOCATS:

*K. Plumley* for plaintiff.

*W. F. Green* for defendant Burns.

*K. Plumley* pour la demanderesse.

*W. F. Green* pour le défendeur Burns.

## SOLICITORS:

h

PROCUREURS:

*Gowling & Henderson*, Ottawa, for plaintiff.

*W. F. Green*, Toronto, for defendant Burns.

*Gowling & Henderson*, Ottawa, pour la demanderesse.

*W. F. Green*, Toronto, pour le défendeur Burns.

i

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

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

KERR J.: The notice of motion reads as follows:

j

LE JUGE KERR: L'avis de requête est ainsi rédigé:

TAKE NOTICE that an application will be made by Weldon F. Green before the Honourable Court at the Court House in the City of Toronto, on Monday, the 14th of April, 1975, at 11:00 o'clock, in the forenoon or so soon thereafter as the application may be heard for an Order pursuant to Rule 5 of the General Rules and Order of this Honourable Court and Rule 696 of the Supreme Court of Ontario for a Declaration that the said Weldon F. Green, the Solicitor for the defendant, Morray Burns is entitled to a charge upon the taxable costs awarded to said defendant by this Honourable Court in the above Order of Mr. Justice Kerr, for said Solicitor costs, charges, expenses of or in reference to the action and applications referred to therein when he was employed by said defendant, Morray Burns, as his Solicitor, to defend such action and applications; and that the costs of this application be taxed as between Solicitor and client and added to the amount for which said charge is granted; or for such further order as may seem just; . . .

This application was heard along with an application by the plaintiff for an order to vary my order of October 11, 1973, so as to provide that no costs shall be payable by the plaintiff to the defendant Morray Burns. I dismissed the plaintiff's said application this day, and my reasons and order are of record. Therefore, as of now, my order of October 11, 1973, remains without variation, and this decision is being made on that basis.

Mr. Green seeks to charge the said October 11, 1973, order for payment of costs for his costs, charges and expenses to the extent that they remain unpaid, and for the power to enforce such charge by way of taxation of the bill of costs and execution or in such other manner as the Court may direct.

It has been made to appear that the present whereabouts of the defendant Morray Burns are unknown to Mr. Green, and it is thought that he is in the United States. Substituted service of the notice of motion was authorized by Mr. Justice Collier.

At the hearing counsel referred to Rule 1900(1) and (3) of the Federal Court Rules, the relevant portions of which read:

*Rule 1900.* (1) Subject to the provisions of these Rules, a judgment or order for the payment of money, not being a judgment or order for the payment of money into court, may be enforced by one or more of the following means, that is to say,

(c) a charging order,

[TRANSLATION] SACHEZ qu'une requête sera présentée par M<sup>e</sup> Weldon F. Green devant cette cour, au palais de justice de la ville de Toronto, le lundi 14 avril, 1975, à 11h ou dès que la requête pourra être entendue, en vue d'obtenir, conformément à la Règle 5 de la Cour fédérale et à la Règle 696 de la Cour suprême de l'Ontario, un jugement déclaratoire portant que ledit M<sup>e</sup> Weldon F. Green, avocat du défendeur Morray Burns, a droit à un privilège sur les dépens taxés accordés audit défendeur par cette cour dans la susdite ordonnance du juge Kerr, pour garantir le paiement audit avocat des frais, honoraires et débours relatifs à l'action et aux requêtes visées dans cette ordonnance alors que ledit défendeur Morray Burns avait retenu ses services comme avocat pour le défendre dans lesdites action et requêtes; et que les frais de cette requête soient taxés entre avocat et client et ajoutés au montant pour lequel ledit privilège est accordé; ou en vue d'obtenir toute ordonnance que la Cour estimera juste; . . .

Cette requête a été entendue conjointement avec une requête de la demanderesse aux fins d'obtenir une ordonnance modifiant mon ordonnance du 11 octobre 1973 et déclarant que la demanderesse n'a aucun frais à payer au défendeur Morray Burns. J'ai rejeté aujourd'hui ladite requête de la demanderesse; les motifs et mon ordonnance sont déposés au greffe. En conséquence, dès maintenant, mon ordonnance du 11 octobre 1973 demeure inchangée et cette décision en tient compte.

M<sup>e</sup> Green veut obtenir un privilège sur ladite ordonnance relative aux dépens du 11 octobre 1973, pour garantir le paiement de ses frais, honoraires et débours dans la mesure où ils sont impayés, et pour avoir le droit d'exécuter ce privilège par voie de taxation du mémoire de frais et d'exécution ou de toute autre manière que la Cour pourra ordonner.

Il semble que M<sup>e</sup> Green ignore l'adresse actuelle du défendeur Morray Burns et on pense qu'il se trouve aux États-Unis. Le juge Collier a autorisé la signification substitutive de l'avis de requête.

A l'audience, l'avocat a invoqué la Règle 1900(1) et (3) de la Cour fédérale dont voici les dispositions pertinentes:

*Règle 1900.* (1) Sous réserve des autres dispositions des présentes Règles, les jugements ou ordonnances condamnant à un paiement en espèces, et non à une consignation d'argent à la cour, peuvent être exécutés par application de l'une ou plusieurs des procédures suivantes, savoir:

c) ordonnance constituant une charge,

(3) Paragraphs (1) and (2) are without prejudice to any other remedy available to enforce such a judgment or order as is therein mentioned or as is provided by section 56 of the Act.

Section 56(1) of the *Federal Court Act* is as follows:

56. (1) In addition to any writs of execution or other process that are prescribed by the Rules for enforcement of its judgments or orders, the Court may issue process against the person or the property of any party, of the same tenor and effect as those that may be issued out of any of the superior courts of the province in which any judgment or order is to be executed; and where, by the law of that province, an order of a judge is required for the issue of any process, a judge of the Court may make a similar order, as regards like process to issue out of the Court.

It does not appear that there is any Rule of this Court that expressly provides for a charging order of the kind now sought.

There is, however, Rule 5 of the *Federal Court Rules*, reading as follows:

Rule 5. In any proceeding in the Court where any matter arises not otherwise provided for by any provision in any Act of the Parliament of Canada or by any general rule or order of the Court (except this rule), the practice and procedure shall be determined by the Court (either on a preliminary motion for directions, or after the event if no such motion has been made) for the particular matter by analogy

- (a) to the other provisions of these Rules, or
- (b) to the practice and procedure in force for similar proceedings in the courts of that province to which the subject matter of the proceedings most particularly relates,

whichever is, in the opinion of the Court, most appropriate in the circumstances.

Rule 696 of the Rules of Practice and Procedure of the Supreme Court of Ontario is as follows:

696. (1) Where a solicitor has been employed to prosecute or defend any cause or matter, the court may, upon a summary application, declare such solicitor, or his personal representatives, to be entitled to a charge upon the property recovered or preserved through the instrumentality of such solicitor, for his costs, charges and expenses of or in reference to such cause, matter or proceeding, and all conveyances and acts done to defeat, or which may operate to defeat, such charge or right are, unless made to a bona fide purchaser for value without notice, absolutely void and of no effect as against such charge.

(2) The court may make an order for taxation of such costs, charges and expenses and for the raising and payment of the same out of the property.

(3) Les paragraphes (1) et (2) s'entendent sans préjudice à toute autre procédure applicable pour l'exécution d'un jugement ou d'une ordonnance y mentionnés ou que prévoit l'article 56 de la Loi.

L'article 56(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* est ainsi libellé:

56. (1) En sus de tous brefs d'exécution ou autres que les Règles prescrivent pour l'exécution des jugements ou ordonnances de la Cour, celle-ci peut décerner des brefs visant la personne ou les biens d'une partie et ayant la même teneur et le même effet que ceux qui peuvent être décernés par l'une quelconque des cours supérieures de la province dans laquelle un jugement ou une ordonnance doivent être exécutés; et lorsque le droit de cette province exige, pour l'émission d'un bref, une ordonnance d'un juge, un juge de la Cour peut rendre une ordonnance semblable en ce qui concerne un tel bref lorsque la Cour doit en décerner un.

Il ne semble pas que les Règles de la Cour aient expressément prévu une ordonnance constituant une charge, du genre de celle que l'on réclame.

Cependant, il y a la Règle 5 de la Cour fédérale, ainsi libellée:

Règle 5. Dans toute procédure devant la Cour, lorsque se pose une question non autrement visée par une disposition d'une loi du Parlement du Canada ni par une règle ou ordonnance générale de la Cour (hormis la présente règle), la Cour déterminera (soit sur requête préliminaire sollicitant des instructions, soit après la survenance de l'événement si aucune requête de ce genre n'a été formulée) la pratique et la procédure à suivre pour cette question par analogie

- a) avec les autres dispositions des présentes Règles, ou
- b) avec la pratique et la procédure en vigueur pour des procédures semblables devant les tribunaux de la province à laquelle se rapporte plus particulièrement l'objet des procédures.

selon ce qui, de l'avis de la Cour, convient le mieux en l'espèce.

Voici la Règle 696 des Règles de pratique et de procédure de la Cour suprême de l'Ontario:

[TRADUCTION] 696. (1) Lorsqu'un avocat a occupé pour un client dans une cause ou affaire, soit en demandant, soit en défendant, la Cour peut, sur requête sommaire, déclarer que l'avocat ou ses représentants personnels, a droit à un privilège sur les biens recouvrés ou conservés par ses soins, pour garantir le paiement de ses frais, honoraires et débours, afférents à ladite cause, affaire ou procédure, et tous transferts ou actes passés en vue de faire échec à ce privilège ou qui pourraient avoir pour effet de faire échec à ce privilège ou droit, sont absolument nuls et sans effet en ce qui concerne ce privilège, sauf s'ils ont été faits à titre onéreux par un acheteur de bonne foi, qui n'en a pas été notifié.

(2) La Cour peut rendre une ordonnance de taxation de ces frais, honoraires ou débours et affecter lesdits biens à leur paiement.

No decision of this Court dealing directly with the matter has been drawn to my attention.

Mr. Plumley, counsel for the plaintiff, opposed the motion, submitting mainly that the Court lacks jurisdiction to make the charging order, that section 56 of the *Federal Court Act* and the Court's Rule 1900 and the Ontario Supreme Court's Rule 696 are not applicable, that the exercise of the power to make a charging order is discretionary and is not exercised unless there are funds in Court or property recovered or preserved through the endeavours of the solicitor and that it is in the nature of a salvage order; and that the right of Morray Burns to tax his costs is not "property recovered or preserved" through the instrumentality of a solicitor. Mr. Plumley cited the following cases: *Dales v. Byrne* (1916) 35 O.L.R. 495 at 500; *Scholey v. Peck, re Metcalfe and Sharpe* (1893) 68 L.T. 118 cited in *Re L & D Cartage & Development Co. Ltd. v. Sterling Construction Co. Ltd.* [1963] 2 O.R. 420; *Re: Bulmor* (1926) 30 O.W.N. 71; *Homstead & Gale*, Vol. 3, Rule 696, pp. 2565-2570.

Mr. Green cited a decision of O'Leary J., in the High Court of Justice of Ontario, *Doyle v. Doyle*<sup>1</sup>, from which I quote the following extracts:

While the power of the Court under Rule 696 is a discretionary power, *prima facie*, a solicitor is entitled to a charging order as security in respect of the fruit of his labour, for as was stated by Middleton, J.A., in *Conklin v. Milhousen* (1928) 33 O.W.N. 351, "while the costs are technically awarded to the litigant, they are earned by the solicitor".

The substantial questions for my determination on this application are:

(a) Whether a judgment for costs is "property recovered through the instrumentality of the solicitor" such as to entitle the solicitor to a charge under Rule 696, upon the said judgment for his costs in reference to the action out of which the judgment arose; . . .

It appears from *Nevills v. Ballard* [(1898), 18 P.R. (Ont.) 134], and such decisions as *Faithful v. Ewen* (1878), 7 Ch. D. 495, and *Cole v. Eley* [1894] 2 Q.B. 350, that a judgment debt is considered "property recovered" within the meaning of Rule 696.

Accordingly, I conclude that a judgment for costs is property recovered through the instrumentality of the solicitor.

<sup>1</sup> (1975) 4 O.R. (2d) 111 at 114, 115.

On n'a attiré mon attention sur aucune décision de cette cour traitant directement de la question.

M<sup>e</sup> Plumley, avocat de la demanderesse, s'est opposé à la requête, en soutenant principalement que la Cour n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance constituant une charge, que ni l'article 56 de la *Loi sur la Cour fédérale*, ni la Règle 1900 de la Cour fédérale et ni la Règle 696 de la Cour suprême de l'Ontario ne sont applicables, que le pouvoir de rendre une ordonnance constituant une charge est discrétionnaire et ne s'exerce que s'il y a des fonds consignés à la Cour ou des biens recouvrés ou conservés grâce aux efforts de l'avocat et qu'il s'agit là d'une mesure de protection; et que le droit de Morray Burns de faire taxer ses frais ne constitue pas «un bien recouvré ou conservé» par les soins d'un avocat. M<sup>e</sup> Plumley a cité les arrêts suivants: *Dales c. Byrne* (1916) 35 O.L.R. 495 à la page 500; *Scholey c. Peck, re Metcalfe and Sharpe* (1893) 68 L.T. 118, cité à l'arrêt *Re L & D Cartage & Development Co. Ltd. c. Sterling Construction Co. Ltd.* [1963] 2 O.R. 420; *Re: Bulmor* (1926) 30 O.W.N. 71; *Homstead & Gale*, Vol. 3, Règle 696, aux pages 2565 à 2570.

M<sup>e</sup> Green a cité l'arrêt *Doyle c. Doyle*<sup>1</sup>, du juge O'Leary de la Haute Cour de justice de l'Ontario, dont je cite les extraits suivants:

[TRADUCTION] La Règle 696 confère à la Cour un pouvoir discrétionnaire; à première vue, néanmoins, un avocat a droit à une ordonnance lui accordant un privilège à titre de garantie pour son travail car, comme le juge d'appel Middleton l'avait déclaré dans l'arrêt *Conklin c. Milhousen* (1928) 33 O.W.N. 351, «si les dépens sont en principe alloués à une partie, ils sont gagnés par l'avocat».

En substance, les questions sur lesquelles je dois statuer dans cette requête sont:

a) Les dépens accordés par un jugement sont-ils des «biens recouvrés par les soins de l'avocat» de sorte que celui-ci a droit, en vertu de la Règle 696, à un privilège sur les dépens accordés par ledit jugement pour ses frais afférents à l'action qui a donné lieu au jugement; . . .

Il ressort de l'arrêt *Nevills c. Ballard* [(1898), 18 P.R. (Ont.) 134], et d'autres décisions telles que *Faithful c. Ewen* (1878), 7 Ch. D. 495, et *Cole c. Eley* [1894] 2 Q.B. 350, qu'une dette constatée par un jugement est considérée comme un «bien recouvré» au sens de la Règle 696.

En conséquence, je conclus que les dépens accordés par jugement sont des biens recouvrés par les soins de l'avocat.

<sup>1</sup> (1975) 4 O.R. (2<sup>e</sup>) 111, aux pages 114 et 115.

In my opinion the matter should be dealt with by this Court by analogy to the practice and procedure in the Supreme Court of Ontario, particularly its Rule 696.

I also think that the taxable costs ordered to be paid by the plaintiff to the defendant Morray Burns by my order of October 11, 1973, are "property recovered or preserved through the instrumentality" of Mr. Green, within the meaning of the said Rule 696.

Therefore, an order will go declaring that Mr. Green is entitled to a charge upon the taxed costs awarded to the defendant Morray Burns by this Court in its order of October 11, 1973, for Mr. Green's costs, charges and expenses, to the extent that they remain unpaid, of or in reference to the action and applications referred to therein when he was employed by the said Morray Burns, as his solicitor, to defend such action and applications; and ordering that the plaintiff shall pay Mr. Green's costs of this application, to be taxed on a party and party basis, unless agreed as to amount, and that they shall be added to the other taxable costs to which the charge applies.

A mon avis, cette cour doit statuer sur cette question par analogie avec la pratique et la procédure de la Cour suprême de l'Ontario, particulièrement avec sa Règle 696.

Je pense également que les frais taxés que j'ai ordonné à la demanderesse de payer au défendeur Morray Burns le 11 octobre 1973, constituent des «biens recouvrés ou conservés par les soins» de M<sup>e</sup> Green, au sens de ladite Règle 696.

En conséquence, une ordonnance sera rendue, déclarant que M<sup>e</sup> Green a droit à un privilège sur les dépens taxés accordés au défendeur Morray Burns par l'ordonnance de cette cour en date du 11 octobre 1973, pour le paiement de ses frais, honoraires et débours, dans la mesure où ils sont encore dus, relatifs à l'action et aux requêtes qui y sont visées, alors qu'il agissait en qualité d'avocat de Morray Burns pour assurer sa défense; et ordonnant à la demanderesse de payer à M<sup>e</sup> Green les frais de cette requête, taxés entre parties, sauf accord sur leur montant, qui seront ajoutés aux autres frais taxés auxquels le privilège s'applique.