

T-831-82

T-831-82

Algonquin Mercantile Corporation (Plaintiff)
(Appellant)

v.

Dart Industries Canada Limited (Defendant)
(Respondent)

INDEXED AS: ALGONQUIN MERCANTILE CORP. v. DART INDUSTRIES CANADA LTD.

Trial Division, Addy J.—Toronto, April 7, 8, 9, 10, 11, 16, 17, 18, 21; Ottawa, October 28, 1986.

Practice — Interest — Industrial design infringement proceedings dismissed — Assessment of damages suffered by defendant due to interlocutory injunction — Appeal from prothonotary's report — Interest to be determined according to provincial substantive law to extent federal legislation not inconsistent — Pre-judgment interest awarded — S. 36 Ontario Judicature Act applied — S. 40 Federal Court Act not barring application of post-judgment rate of interest in effect in jurisdiction governing liability — Post-judgment interest calculated according to ss. 137 and 139(1) Ontario Courts of Justice Act — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 20, 40 — Exchequer Court Act, R.S.C. 1927, c. 34, s. 22 (as am. by S.C. 1928, c. 23, s. 3(c)) — Judicature Act, R.S.O. 1980, c. 223, s. 36 — Courts of Justice Act, S.O. 1984, c. 11, ss. 137, 138, 139(1) — Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 3 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.).

Practice — References — Appeal from prothonotary's report assessing damages suffered by defendant as result of interlocutory injunction — Role of Trial Judge similar to that of appellate court sitting on appeal from assessment, by trial judge, of damages following hearing with viva voce evidence — Unnecessary to conclude prothonotary's findings irrational to modify or reverse — Sufficient Trial Judge satisfied prothonotary wrong in interpreting evidence or applying law — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 500, 503, 505, 506, 507.

Industrial design — Infringement proceedings dismissed — Appeal from prothonotary's report assessing damages suffered by defendant due to interlocutory injunction — Post-injunction damages recoverable — Undertaking to indemnify in injunction cases amounting to undertaking to pay all damages flowing from injunction — Not restricted to damages occurring while injunction in effect — Common law not imposing cut-off date — Post-injunction assessment subject to usual

Algonquin Mercantile Corporation (demanderesse) (appelante)

a c.

Dart Industries Canada Limited (défenderesse) (intimée)

b RÉPERTORIÉ: ALGONQUIN MERCANTILE CORP. c. DART INDUSTRIES CANADA LTD.

Division de première instance, juge Addy—Toronto, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 17, 18, 21 avril; Ottawa, 28 octobre 1986.

c *Pratique — Intérêts — Rejet de procédures en contrefaçon d'un dessin industriel — Évaluation des dommages causés à la défenderesse en raison d'une injonction interlocutoire — Appel interjeté du rapport du protonotaire — L'intérêt doit être déterminé suivant les règles de fond de la province dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec des dispositions législatives fédérales — Intérêt antérieur au jugement accordé — Application de l'art. 36 de la Judicature Act de l'Ontario — L'art. 40 de la Loi sur la Cour fédérale n'empêche pas l'application du taux d'intérêt postérieur au jugement en vigueur dans la juridiction déterminant l'assujettissement — Intérêt postérieur au jugement calculé conformément aux art. 137 et 139(1) de la Loi sur les tribunaux judiciaires de l'Ontario — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 20, 40 — Loi sur la Cour de l'Échiquier, S.R.C. 1927, chap. 34, art. 22 (mod. par S.C. 1928, chap. 23, art. 3c)) — Judicature Act, R.S.O. 1980, chap. 223, art. 36 — Loi sur les tribunaux judiciaires, S.O. 1984, chap. 11, art. 137, 138, 139(1) — Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 3 — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.).*

g *Pratique — Références — Appel est interjeté du rapport par lequel le protonotaire a évalué les dommages subis par la défenderesse par suite de l'injonction interlocutoire — Le rôle du juge de première instance est semblable à celui d'une cour d'appel entendant un appel formé contre l'évaluation des dommages-intérêts faite par un juge de première instance à la suite de témoignages de vive voix — Pour infirmer ou modifier les conclusions du protonotaire, il n'est pas nécessaire de conclure qu'elles étaient irrationnelles — Il suffit que le juge de première instance soit convaincu que le protonotaire s'est trompé en interprétant la preuve ou en appliquant la loi — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 500, 503, 505, 506, 507.*

i *Dessins industriels — Rejet des procédures en contrefaçon — Appel interjeté du rapport par lequel le protonotaire a évalué les dommages subis par la défenderesse par suite de l'injonction interlocutoire — Les dommages subis après la levée de l'injonction sont recouvrables — Lorsqu'une partie demande une injonction, elle s'engage à payer tous les dommages découlant de l'octroi de ladite injonction — Cet engagement ne se limite pas aux dommages qui ont été subis durant*

limitations as to remoteness — Pre-judgment and post-judgment interest awarded.

Proceedings instituted against the defendant for alleged infringement of the plaintiff's industrial design of a griddle called the "Breakfast Nook" were dismissed. The plaintiff now appeals from the prothonotary's report assessing the damages suffered by the defendant as a result of its compliance with an interlocutory injunction. The issues relate to the defendant's entitlement to post-injunction damages, and to the calculation of pre- and post-judgment interest. Before determining those issues, the Court answered questions relating to its role in an appeal of this type; the degree of proof required to establish damages and the consequence of the prothonotary's failure to mention certain evidence.

Held, the amount of post-injunction damages awarded by the prothonotary should be reduced; pre-judgment interest should be awarded and the rate of pre- and post-judgment interest calculated according to the applicable provincial legislation.

The role of a Trial Division judge sitting on appeal from the assessment of a referee is substantially the same as that of an appellate court sitting on appeal from an assessment of damages by a trial judge following a hearing with *viva voce* evidence: the same general principles apply. In order to reverse or modify the findings of the prothonotary it is not necessary that the Trial Judge conclude that those findings were irrational or that no judge acting rationally could possibly have come to that conclusion. The Trial Judge need only be satisfied that the prothonotary was wrong either in interpreting the evidence or in applying the law.

The Trial Judge must also be satisfied on a balance of probabilities that the relevant facts have been established by the party on whom the onus of proof rests. He is entitled, if he believes a witness, to rely entirely on that witness' evidence regardless of whether that person is an interested witness or even a party to the action.

The argument that the prothonotary's failure to mention certain evidence led to an erroneous determination of the facts could not be accepted. Omitting one particular area of the evidence without reviewing contrary evidence does not constitute proper ground for an appellate tribunal to conclude that all relevant evidence was not taken into consideration.

The issue whether post-injunction losses were recoverable led to a review of the law on the question of undertakings to indemnify in injunction cases. The usual undertaking given by parties requesting an interlocutory injunction involves an undertaking to pay all damages which flow from the granting of the injunction and is not restricted to those which occurred during the existence of the injunction. Nor does the common law impose any artificial cut-off date. The assessment for the

l'injonction — La common law n'impose pas de date limite — L'évaluation des dommages subis pendant la période postérieure à l'injonction est assujettie aux limites habituellement établies lorsque celle-ci est la cause indirecte du préjudice — Intérêt antérieur au jugement et intérêt postérieur au jugement accordés.

Les procédures engagées contre la défenderesse pour contre-*a* façon alléguée du dessin industriel d'une plaque chauffante appelée "Breakfast Nook" appartenant à la demanderesse ont été rejetées. La demanderesse interjette appel du rapport par lequel le protonotaire a évalué les dommages subis par la défenderesse du fait qu'elle s'est conformée à une injonction interlocutoire. Le litige concerne le droit de la défenderesse au recouvrement des dommages subis après la levée de l'injonction et le calcul de l'intérêt antérieur au jugement et de l'intérêt postérieur au jugement. Avant de se prononcer sur ces points, la Cour a répondu à des questions relatives à son rôle dans un appel de ce genre, au degré de preuve requis dans l'évaluation des dommages-intérêts et aux conséquences de l'ommission du protonotaire de mentionner certains éléments de preuve.

Jugement: le montant accordé par le protonotaire pour les dommages subis postérieurement à l'injonction est réduit; un intérêt antérieur au jugement doit être accordé et le taux de l'intérêt antérieur et postérieur au jugement calculé conformément aux dispositions législatives provinciales qui sont applicables.

Le rôle d'un juge de la Division de première instance qui statue sur un appel relatif à l'évaluation faite par un arbitre est, pour l'essentiel, le même que celui d'une cour d'appel entendant un appel formé contre l'évaluation de dommages-intérêts faite par un juge de première instance à la suite de témoignages de vive voix: les mêmes principes généraux s'appliquent. Pour infirmer ou modifier les conclusions du protonotaire, il n'est pas nécessaire pour le juge de première instance de conclure qu'elles étaient irrationnelles, ou qu'aucun juge aurait pu logiquement arriver à ces conclusions. Il suffit qu'il soit convaincu que le protonotaire s'est trompé soit en interprétant la preuve soit en appliquant la loi.

Le juge de première instance doit également être convaincu selon la prépondérance des probabilités que la partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve a établi l'existence des faits pertinents. Il a le droit, s'il croit un témoin, de ne se fier qu'au témoignage de ce dernier, peu importe qu'il s'agisse ou non d'un témoin intéressé ou même d'une partie à l'action.

L'argument suivant lequel l'ommission du protonotaire de mentionner certains éléments de preuve a entraîné un erreur dans la détermination des faits ne pouvait être retenu. Le simple fait qu'il ait laissé de côté certains éléments de preuve sans avoir examiné les éléments de preuve contraires ne constitue pas un motif suffisant pour qu'une cour d'appel conclue qu'il n'a pas tenu compte de tous les éléments de preuve pertinents.

La question de savoir si les pertes subies après la levée de l'injonction étaient recouvrables a entraîné un examen du droit applicable lorsqu'une des parties s'engage à verser une indemnité avant qu'une injonction lui soit accordée. Les parties qui demandent une injonction interlocutoire s'engagent habituellement à payer tous les dommages découlant de ladite injonction et non pas seulement ceux qui ont été subis durant l'injonction. La *common law* n'impose pas non plus de date limite artifi-

period following the injunction remains subject to the usual limitations as to remoteness, that is, whether after a certain period of time has passed and other circumstances have intervened, losses, if any, can still, on a balance of probabilities, be attributed to the injunction with any reasonable degree of certainty.

It is well established that entitlement to interest, whether pre-judgment or post-judgment, is a question of substantive law. In the present case, the provincial substantive law applicable is that of the Province of Ontario to the extent that it is not excluded by any federal statute to which the Federal Court would be required to conform.

The defendant is entitled to pre-judgment interest. The proposition that, in the Federal Court, interest cannot be awarded on unliquidated damages prior to their assessment, could not be agreed with. Nor could the proposition that, since section 40 of the *Federal Court Act* deals with post-judgment interest in cases where no right of interest is provided for in the judgment, it must be presumed that Parliament did not intend pre-judgment interest to be awarded. In the case at bar, the applicable provision with respect to pre-judgment interest is section 36 of the *Judicature Act* of Ontario. The damages claimed are general in nature, i.e. immediate, direct and proximate results of the defendant being prevented from selling its goods. Since the damages are unliquidated, the date of the undertaking requested by the defendant and imposed by the Court is that from which interest would run in accordance with subparagraph 36(3)(b)(ii). Subsection 36(6), which empowers the judge to vary the rate, was applied. Interest rates should be fixed at 8.25% and 16.5%.

With respect to post-judgment interest, it was urged that, pursuant to section 40 of the *Federal Court Act*, the judgment may not bear interest at a rate higher than 5% unless special circumstances justify the increase. That argument was rejected. Section 40 governs where the court has chosen not to set any post-judgment interest. Where it decides to do so, it may apply the regular post-judgment rate in effect in the jurisdiction whose laws govern the liability. In the case at bar, the appropriate provisions are sections 137 and 139(1) of the *Ontario Courts of Justice Act*. Post-judgment interest is to be calculated from the date of judgment on the total of the damages plus the pre-judgment interest and costs since they all constitute "money owing under an order" pursuant to subsection 139(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Teledyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd. (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.).

cielle. L'évaluation des dommages subis pendant la période postérieure à l'injonction reste assujettie aux limites qui sont habituellement établies lorsque celle-ci est la cause indirecte du préjudice; en d'autres termes, il s'agit de savoir si après un certain laps de temps et d'autres événements, il est encore possible, suivant la prépondérance des probabilités et avec un degré de certitude raisonnable, d'attribuer les pertes à l'injonction.

Il est bien établi que le droit au paiement d'un intérêt, qu'il s'agisse d'un intérêt antérieur au jugement ou d'un intérêt postérieur au jugement, est une question de fond. En l'espèce, ce sont les règles de fond de la province de l'Ontario qui s'appliquent dans la mesure où elles ne sont pas exclues par une loi fédérale à laquelle la Cour fédérale serait tenue de se conformer.

La défenderesse a droit à un intérêt antérieur au jugement. Il n'est pas possible de souscrire à la proposition suivant laquelle aucun intérêt n'est accordé en Cour fédérale sur des dommages-intérêts tant que ceux-ci ne sont pas déterminés. Pas plus d'ailleurs qu'il n'est possible d'admettre la proposition suivant laquelle étant donné que l'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale* traite de la question de l'intérêt postérieur au jugement lorsque le jugement ne donne pas droit au versement d'un intérêt, il faut présumer que le législateur fédéral n'avait pas l'intention de permettre qu'un intérêt antérieur au jugement soit accordé. En l'espèce, la disposition applicable relativement à l'intérêt antérieur au jugement est l'article 36 de la *Judicature Act* de l'Ontario. Les dommages réclamés sont généraux, c'est-à-dire qu'ils ont découlé immédiatement et directement du fait qu'on a empêché la défenderesse de vendre ses marchandises. Étant donné qu'il s'agit de dommages-intérêts non déterminés, on doit considérer que la date à laquelle l'engagement a été demandé par la défenderesse et imposé par la Cour constitue la date à laquelle l'intérêt doit commencer à courir conformément au sous-alinéa 36(3)b)(ii). Le paragraphe 36(6), qui habilite le juge à modifier le taux d'intérêt, a été appliqué. Les taux d'intérêt doivent être fixés à 8,25 % et 16,5 %.

Pour ce qui est de l'intérêt postérieur au jugement, il a été allégué qu'en vertu de l'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le jugement ne peut porter intérêt à un taux supérieur à 5% à moins que les circonstances ne justifient une telle augmentation. Cet argument a été rejeté. L'article 40 s'applique lorsque la cour a choisi de ne pas fixer l'intérêt postérieur au jugement. Lorsqu'elle a décidé de le faire, elle peut appliquer le taux d'intérêt ordinaire postérieur au jugement qui est en vigueur dans la juridiction dont les dispositions législatives déterminent l'assujettissement. En l'espèce, les dispositions applicables sont l'article 137 et le paragraphe 139(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario. L'intérêt postérieur au jugement doit être calculé à compter de la date du jugement sur le montant total des dommages plus l'intérêt antérieur au jugement et les dépens puisqu'ils sont tous visés par l'expression «la somme d'argent due aux termes d'une ordonnance» qui figure au paragraphe 139(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Teledyne Industries, Inc. et autre c. Lido Industrial Products Ltd. (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINGUISHED:

Cossette v. Dun (1890), 18 S.C.R. 222.

CONSIDERED:

Hoffman-LaRoche (F) & Co AG v. Secretary of State for Trade and Industry, [1974] 2 All E.R. 1128 (H.L.); *McCracken et al. v. Watson*, [1932] Ex.C.R. 83; *Le Vae Marjorie Manz et al. v. The Steamship Giovanni Amendola*, [1956] Ex.C.R. 55; *The Queen v. Murray et al.*, [1967] S.C.R. 262; *Attorney General of Canada and Motel Fontaine Bleue Inc.* (1979), 29 N.R. 394 (F.C.A.); *Davie Shipbuilding Limited v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461 (C.A.); *McKinnon and McKillap v. Campbell River Lbr. Co., Ltd. (No. 2)*, [1922] 2 W.W.R. 556 (B.C.C.A.); *Consolidated Distilleries Ltd. v. The King*, [1932] S.C.R. 419; [1933] A.C. 508 (P.C.); *Consolboard Inc. v. MacMillan Bløedel (Saskatchewan) Ltd.* (1982), 63 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.); affirmed (1983), 74 C.P.R. (2d) 199 (F.C.A.); *Domestic Converters Corporation v. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 F.C. 211; (1983), 46 N.R. 195 (C.A.); *Marshall v. Canada* (1985), 60 N.R. 180 (F.C.A.); *R. v. Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft*, [1971] S.C.R. 849; 20 D.L.R. (3d) 444.

REFERRED TO:

Smith v. Day (1882), 21 Ch. D. 421 (C.A.); *Nusbaum v. Hartford Fire Ins. Co.*, 132 A. 177 (Pa. 1926); *Eisensov. v. Home Ins. Co.*, 84 F. Supp. 41 (N.D. Fla. 1949); *Rogers v. American Ins. Co.*, 338 F.2d 240 (8th Cir. 1964); *Great Northern Oil Co. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 227 N.W.2d 789 (Minn. 1975); *McAsphalt Industries Limited v. Algoma Central Railway*, T-4226-82, Federal Court, Trial Division, order dated February 2, 1984, not reported; *Irving Refining Ltd. v. The Travelers Indemnity Co.*, [1969] I.L.R. 790 (N.B.C.A.); *Warwick Shipping Ltd. v. R.*, [1981] 2 F.C. 57 (T.D.); *Magrath v. National Parole Board of Canada*, [1979] 2 F.C. 757 (T.D.); *Astro Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. Western Assurance Co.* (1979), 24 O.R. (2d) 268 (C.A.); *Brock v. Cole et al.* (1983), 40 O.R. (2d) 97 (C.A.); *Dugdale v. Boissneau et al.* (1983), 41 O.R. (2d) 152 (C.A.); *Broddy et al. and Director of Vital Statistics (Re)* (1983), 142 D.L.R. (3d) 151 (Alta. C.A.); *Bisailon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *British Pacific Properties Ltd. v. Minister of Highways and Public Works*, [1980] 2 S.C.R. 283; 33 N.R. 98; *Prince Albert Pulp Co. Ltd. et al. v. The Foundation Company of Canada Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 200; 306793 Ontario Ltd. v. *Rimes* (1980), 30 O.R. (2d) 158; 16 C.P.C. 36 (C.A.); *CAE Industries Ltd. et al. v. The Queen* (1983), 79 C.P.R. (2d) 88 (F.C.T.D.); *Rothwell v. R.* (1985), 10 C.C.E.L. 276 (F.C.T.D.); *Consolboard Inc. v. MacMillan Bløedel (Saskatchewan) Limited*, [1983] 1 F.C. 89; (1982), 65 C.P.R. (2d) 100 (T.D.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Cossette v. Dun (1890), 18 R.C.S. 222.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Hoffman-LaRoche (F) & Co AG v. Secretary of State for Trade and Industry, [1974] 2 All E.R. 1128 (H.L.); *McCracken et al. v. Watson*, [1932] R.C.É. 83; *Le Vae Marjorie Manz et al. v. The Steamship Giovanni Amendola*, [1956] R.C.É. 55; *The Queen v. Murray et al.*, [1967] R.C.S. 262; *Procureur général du Canada et Motel Fontaine Bleue Inc.* (1979), 29 N.R. 394 (C.A.F.); *Davie Shipbuilding Limited c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461 (C.A.); *McKinnon and McKillap v. Campbell River Lbr. Co., Ltd. (No. 2)*, [1922] 2 W.W.R. 556 (C.A.C.-B.); *Consolidated Distilleries Ltd. v. The King*, [1932] R.C.S. 419; [1933] A.C. 508 (P.C.); *Consolboard Inc. c. MacMillan Bløedel (Saskatchewan) Ltd.* (1982), 63 C.P.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.); confirmée par (1983), 74 C.P.R. (2d) 199 (C.A.F.); *Domestic Converters Corporation c. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 C.F. 211; (1983), 46 N.R. 195 (C.A.); *Marshall c. Canada* (1985), 60 N.R. 180 (C.A.F.); *R. c. Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft*, [1971] R.C.S. 849; 20 D.L.R. (3d) 444.

DÉCISIONS CITÉES:

Smith v. Day (1882), 21 Ch. D. 421 (C.A.); *Nusbaum v. Hartford Fire Ins. Co.*, 132 A. 177 (Pa. 1926); *Eisensov. v. Home Ins. Co.*, 84 F. Supp. 41 (N.D. Fla. 1949); *Rogers v. American Ins. Co.*, 338 F.2d 240 (8th Cir. 1964); *Great Northern Oil Co. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 227 N.W.2d 789 (Minn. 1975); *McAsphalt Industries Limited v. Algoma Central Railway*, T-4226-82, Cour fédérale, Division de première instance, ordonnance en date du 2 février 1984, non publiée; *Irving Refining Ltd. v. The Travelers Indemnity Co.*, [1969] I.L.R. 790 (C.A.N.-B.); *Warwick Shipping Ltd. c. R.*, [1981] 2 C.F. 57 (1^{re} inst.); *Magrath c. La Commission nationale des libérations conditionnelles du Canada*, [1979] 2 C.F. 757 (1^{re} inst.); *Astro Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. Western Assurance Co.* (1979), 24 O.R. (2d) 268 (C.A.); *Brock v. Cole et al.* (1983), 40 O.R. (2d) 97 (C.A.); *Dugdale v. Boissneau et al.* (1983), 41 O.R. (2d) 152 (C.A.); *Broddy et al. and Director of Vital Statistics (Re)* (1983), 142 D.L.R. (3d) 151 (C.A. Alb.); *Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *British Pacific Properties Ltd. c. Minister of Highways and Public Works*, [1980] 2 R.C.S. 283; 33 N.R. 98; *Prince Albert Pulp Co. Ltd. et autre c. The Foundation Company of Canada Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 200; 306793 Ontario Ltd. v. *Rimes* (1980), 30 O.R. (2d) 158; 16 C.P.C. 36 (C.A.); *CAE Industries Ltd. et autre c. La Reine* (1983), 79 C.P.R. (2d) 88 (C.F. 1^{re} inst.); *Rothwell c. R.* (1985), 10 C.C.E.L. 276 (C.F. 1^{re} inst.); *Consolboard Inc. c. MacMillan Bløedel (Saskatchewan) Limited*, [1983] 1 C.F. 89; (1982), 65 C.P.R. (2d) 100 (1^{re} inst.).

COUNSEL:

Ronald E. Dimock, Q.C. and Gordon J. Zimmerman for plaintiff (appellant).
G. A. Macklin, Q.C. and Anthony G. Creber for defendant (respondent).

SOLICITORS:

Sim, Hughes, Toronto, for plaintiff (appellant).
Gowling & Henderson, Ottawa, for defendant (respondent).

EDITOR'S NOTE

The Executive Editor has decided to report His Lordship's 53-page reasons for judgment herein as abridged. The omitted portion of the reasons—some 14 pages—deals with the evidence as to losses during and following existence of the injunction and as to the existence, extent and net effect of "cannibalization".

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ADDY J.:

THE APPLICATION:

This action involved an alleged infringement by West Bend, a division of the defendant company, of an industrial design of the plaintiff of a griddle called the "Breakfast Nook" which the latter had been producing since 1979. It consisted of a flat griddle with a covered warming compartment at one end. The defendant in 1982 was producing and had begun to distribute and sell to suppliers a similar griddle called "Family Griddle with Warmer" (hereinafter referred to as F.G.W.W.). The action was ultimately dismissed with costs [[1984] 1 F.C. 246 (T.D.)] and an interlocutory injunction which had been obtained by the plaintiff was dissolved following the trial.

In the present proceedings the plaintiff is appealing from a report of a prothonotary who was ordered by the Trial Judge to assess the damages which the defendant suffered as a result of it having complied with the interlocutory injunction imposed on March 12, 1982 and removed on March 28, 1983. At the time the interlocutory injunction was imposed, the plaintiff gave the

AVOCATS:

Ronald E. Dimock, c.r. et Gordon J. Zimmerman pour la demanderesse (appelante).
G. A. Macklin, c.r. et Anthony G. Creber pour la défenderesse (intimée).

PROCUREURS:

Sim, Hughes, Toronto, pour la demanderesse (appelante).
Gowling & Henderson, Ottawa, pour la défenderesse (intimée).

NOTE DE L'ARRÉTISTE

Le directeur général a décidé de publier les 53 pages de motifs de jugement de Sa Seigneurie sous forme abrégée. Les quelque 14 pages laissées de côté traitent de la preuve relative aux pertes subies durant l'injonction et après la levée de celle-ci, et de l'existence, de l'étendue et de l'effet de «l'auto-concurrence».

Voici les motifs du jugement rendus en français par

LE JUGE ADDY:

LA DEMANDE

La présente action concerne le dessin industriel d'une plaque chauffante appelée «Breakfast Nook» que la demanderesse fabriquait depuis 1979, dessin qui aurait été contrefait par West Bend, une division de la compagnie défenderesse. Il s'agissait d'une plaque chauffante combinée à un réchaud couvert situé à l'une des extrémités. La défenderesse a commencé à fabriquer en 1982 une plaque chauffante semblable appelée «Family Griddle with Warmer» (ci-après F.G.W.W.) et à la distribuer et à la vendre à des fournisseurs. L'action a finalement été rejetée avec dépens [[1984] 1 C.F. 246 (1^{re} inst.)] et l'injonction interlocutoire obtenue par la demanderesse a été levée une fois le procès terminé.

En l'espèce, la demanderesse interjette appel du rapport d'un protonotaire à qui le juge de première instance avait ordonné d'évaluer les dommages subis par la défenderesse et dus au fait qu'elle s'était conformée à l'injonction interlocutoire imposée le 12 mars 1982 et levée le 28 mars 1983. Au moment où l'injonction interlocutoire a été prononcée, la demanderesse s'est engagée, comme

usual undertaking to the Court to abide by any order this Court might make as to damages. It is understood that the injunction, which was continued from the date the trial commenced until it was finally dissolved following trial, remained in effect throughout, subject to the same undertaking on the part of the plaintiff.

The proceedings before the referee to determine the damages suffered by the defendant entailed 25 days of hearing. The report, an extremely long one, went into considerable detail regarding the evidence adduced by both parties.

Following the reference, damages in the amount of \$708,597 were awarded under three headings: freight and advertising wasted, profits lost during period of injunction and profits lost following removal of injunction. There is no dispute regarding the freight and advertising charges wasted as a result of the injunction.

Counsel at the hearing before the prothonotary agreed that all questions regarding the rates of and the actual calculations of both pre-judgment and post-judgment interest would be reserved to be heard by the judge hearing the appeal since they consisted almost entirely of questions of law.

GENERAL PRINCIPLES:

The transcript of the hearing before the prothonotary occupies some 24 volumes and that evidence was extensively referred to by counsel for both parties, at the hearing before me.

There are three matters raised by counsel which should be decided before dealing with the actual assessment of damages, as they relate to the overall manner in which the present appeal should be considered and to the effect which should be given to many highly contradictory parts of the evidence.

(A) Appeals under Rule 506:

The first question raised was the role of the Court in an appeal of this type. It seems abundantly clear that the matter was referred by the Trial Judge, Mahoney J., to the prothonotary for final assessment on which, if not appealed, judgment

c'est l'usage, à obéir à toute ordonnance que la Cour pourrait rendre quant aux dommages-intérêts. Il est bien entendu que l'injonction, qui était exécutoire à compter du moment où le procès a commencé jusqu'à ce qu'elle soit finalement annulée une fois le procès terminé, est restée en vigueur pendant toute cette période, sous réserve du même engagement de la part de la demanderesse.

Les procédures engagées devant l'arbitre pour déterminer le montant des dommages subis par la défenderesse ont duré 25 jours. Le rapport, qui est extrêmement long, contient un examen détaillé des éléments de preuve produits par les deux parties.

Après la référence, des dommages-intérêts s'élevant à 708 597 \$ ont été accordés sous trois postes: les frais de transport et de publicité perdus, le manque à gagner pendant l'injonction et le manque à gagner une fois l'injonction levée. Les frais de transport et de publicité perdus à cause de l'injonction ne sont pas contestés.

À l'audience tenue devant le protonotaire, les avocats se sont entendus pour que toutes les questions concernant les taux et les calculs réels de l'intérêt antérieur au jugement et de l'intérêt postérieur au jugement soient soumises au juge saisi de l'appel étant donné qu'il s'agissait principalement de questions de droit.

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Les notes sténographiques de l'audience tenue devant le protonotaire comprennent quelque 24 volumes et les avocats des deux parties ont souvent invoqué ces éléments de preuve au cours de l'audience tenue devant moi.

Avant d'examiner la question de la détermination des dommages-intérêts, je devrai trancher trois points qui ont été soulevés par les avocats et qui concernent la manière générale suivant laquelle le présent appel devrait être examiné et l'effet qu'il faudrait attribuer à de nombreux éléments très contradictoires présentés en preuve.

A) Appels interjetés en vertu de la Règle 506

Le premier point soulevé concerne le rôle de la Cour dans un appel de ce genre. Il semble très clair que le juge de première instance, le juge Mahoney, a renvoyé l'affaire au protonotaire pour qu'il fasse une évaluation finale qui, à la condition

would automatically issue on motion to the Court. It was not a question of his referring the matter for a mere assessment in the nature of a recommendation and then having the referee report back to him for his final decision on the assessment.

The relevant portions of my brother Mahoney J.'s judgment in the matter read as follows:

4. THAT the damages sustained by the Defendant by reason of interlocutory injunction be determined on a reference pursuant to Rule 500.

5. THAT the Defendant do recover from the Plaintiff the amount of the said damages.

6. THAT J. A. Preston, Prothonotary of the Federal Court of Canada, is named the person to act as referee.

7. THAT the reference be held in Toronto, Ontario.

8. THAT the parties, or either of them, may apply to the referee for an order fixing the date of hearing of the reference.

9. THAT the costs of the reference be in the discretion of the referee.

10. THAT, subject to paragraph 9, the Defendant do recover from the Plaintiff its costs of the action and reference to be taxed.

Rule 500 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] reads in part as follows:

Rule 500. (1) The Court may, for the purpose of taking accounts or making inquiries, or for the determination of any question or issue of fact, refer any matter to a judge nominated by the Associate Chief Justice, a prothonotary, or any other person deemed by the Court to be qualified for the purpose, for inquiry and report.

(4) The hearing of a reference shall proceed in the same manner as a trial before the Court.

Rule 503 provides that the referee has the same power and authority in matters of practice and procedure as a trial judge. He cannot issue judgment (Rule 505) but his report becomes absolute if not appealed from within 14 days and judgment issues thereon upon motion after 8 days' notice to the other party (Rule 507).

I am seized of the present appeal pursuant to provisions of Rule 506 which read as follows:

Rule 506. Within 14 days after service of the notice of the filing of any report, any party may, by a motion setting out the grounds of appeal, of which at least 8 days' notice is to be given, appeal to the Court against any report, and upon such

qu'aucun appel ne soit interjeté, serait automatiquement confirmée par un jugement rendu à la suite d'une requête adressée à la Cour. Le juge n'a pas renvoyé l'affaire pour que l'arbitre procède à une simple évaluation prenant la forme d'une recommandation, ce dernier devant ensuite renvoyer son rapport au juge pour que celui-ci rende une décision finale sur ladite évaluation.

Voici les dispositions pertinentes du jugement de mon collègue le juge Mahoney:

[TRADUCTION] 4. QUE les dommages subis par la défenderesse en raison de l'injonction interlocutoire soient déterminés par voie de référence conformément à la Règle 500.

5. QUE la demanderesse verse à la défenderesse le montant desdits dommages-intérêts.

6. QUE J. A. Preston, protonotaire à la Cour fédérale du Canada, soit nommé à titre d'arbitre.

7. QUE la référence ait lieu à Toronto (Ontario).

8. QUE l'une ou l'autre des parties puisse demander à l'arbitre de rendre une ordonnance fixant la date de l'audition de la référence.

9. QUE les dépens de la référence soient laissés à la discrétion de l'arbitre.

10. QUE, sous réserve du paragraphe 9, la demanderesse verse à la défenderesse ses dépens de l'action et de la référence une fois taxés.

La Règle 500 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] porte notamment:

Règle 500. (1) La Cour pourra, aux fins d'établir des comptes ou de faire des enquêtes, ou pour statuer sur un point ou une question de fait en litige, renvoyer toute matière devant un juge désigné par le juge en chef adjoint, ou devant un protonotaire ou toute autre personne que la Cour estime compétente en l'occurrence, pour enquête et rapport.

(4) L'audition d'une référence doit suivre la même procédure qu'une instruction devant la Cour.

La Règle 503 prévoit que l'arbitre possède les mêmes pouvoirs et la même autorité, en matière de pratique et de procédure, qu'un juge qui préside à une instruction. Il ne peut rendre un jugement (Règle 505), mais son rapport devient définitif s'il n'est pas interjeté appel de celui-ci dans les 14 jours et un jugement est rendu sur requête après un préavis de 8 jours à la partie adverse (Règle 507).

J'ai été saisi du présent appel conformément à la Règle 506 dont voici le texte:

Règle 506. Dans les 14 jours qui suivent la signification de l'avis du dépôt d'un rapport, une partie peut, par requête énonçant les motifs d'appel, en donnant un préavis de 8 jours au moins, interjeter, devant la Cour, appel d'un rapport, et, sur cet

appeal the Court may confirm, vary or reverse the findings of the report and deliver judgment or refer it back to the referee, or some other referee, for further consideration and report.

Regarding the role of an appellate tribunal when considering an assessment of damages made at trial, counsel for the respondent referred to the decision of the Supreme Court of Canada in *Cossette v. Dun* (1890), 18 S.C.R. 222, where that Court reversed a decision of the Court of Queen's Bench of the province of Quebec which sat on appeal from a judgment of the Superior Court of that province. The Supreme Court of Canada restored the decision of the Trial Judge regarding damages. Gwynne J., on the role of appellate tribunal in such cases, had this to say at pages 256 to 258 of the report:

Upon the question of reduction of damages I am of opinion that the cases of *Gingras v. Desilets*, Cassels's Dig. 116, and of *Levi v. Reid*, 6 Can. S.C.R. 482, in this court must be taken as establishing the principle which is well settled in England and conformable with sound sense, namely, that no court has any right to reduce the verdict of a jury as to damages where a jury is the tribunal, or of a judge adjudicating without a jury, on the ground of the damages being excessive in cases in which, like the present, the damages recoverable are not ascertainable by the application of any rule prescribing a measure of damages, or are not determinable by precise calculation, unless the damages awarded be so excessive, having regard to the evidence, as to shock the understanding of reasonable persons; to be so outrageous, in fact that *no reasonable twelve men*, if the tribunal be a jury, could give; and that no judge, if a judge be the tribunal, could rationally give, that is without like shock to the understanding of reasonable persons. The question is not what damages the judge sitting in appeal thinks he would have given if he had tried the case, but whether the judge who did try the case can with propriety be said (as in the case of a jury) to have acted altogether beyond the bounds of reason in awarding the amount of damages which he has awarded. This cannot well be said in the present case, for some of my learned brothers think the damages given by the learned judge of the Superior Court to be reasonably moderate in their view of the evidence. Not having tried the case I cannot for my part precisely say what damages I should have given if I had tried it; I think it sufficient to say that in my opinion the Court of Queen's Bench in appeal should not set aside a judgment on the ground of excessive damages, or have reduced the amount awarded in the present case, unless upon the ground that the amount awarded by the Superior Court was altogether and palpably beyond the bounds of reason; and this cannot, I think, with any propriety be said in the present case, whether I should or should not have given the same amount myself if I had tried the case.

However, it is to be noted, as pointed out by counsel for the appellant, that the case related to

appel, la Cour pourra confirmer, modifier ou infirmer les conclusions du rapport et rendre jugement ou renvoyer le rapport à l'arbitre, ou à un autre arbitre, pour qu'il examine de nouveau la question et en fasse rapport.

a Pour ce qui est du rôle d'un tribunal d'appel lorsqu'il examine l'évaluation des dommages-intérêts faite au procès, l'avocat de l'intimée a invoqué l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Cossette v. Dun* (1890), 18 R.C.S. 222, dans lequel la Cour a b infirmé la décision de la Cour du Banc de la Reine de la province de Québec qui entendait l'appel d'un jugement de la Cour supérieure de cette même province. La Cour suprême du Canada a c rétabli la décision du juge de première instance en ce qui concerne les dommages-intérêts. Quant au rôle des cours d'appel dans de tels cas, le juge Gwynne a dit aux pages 256 à 258 du recueil:

[TRADUCTION] Pour ce qui est de la question de la diminution des dommages-intérêts, j'estime que les arrêts *Gingras v. Desilets*, Cassels's Dig. 116 et *Levi v. Reid*, 6 R.C.S. Can. 482 de cette Cour, doivent être considérés comme le fondement du principe qui est déjà reconnu depuis longtemps en Angleterre et qui est conforme au bon sens; en vertu de ce principe, aucune cour n'est habilitée à changer le verdict d'un jury quant à la question des dommages-intérêts lorsque le tribunal est constitué e d'un jury; une cour ne peut davantage infirmer la décision d'un juge siégeant sans la présence d'un jury, pour le motif que les dommages-intérêts sont excessifs dans des cas où, comme en l'espèce, les dommages recouvrables ne peuvent être évalués par l'application d'une règle prévue à cette fin, ou ne peuvent être déterminés par un calcul précis, à moins que les dommages-intérêts accordés soient si exagérés, compte tenu de la preuve, f qu'ils dépassent l'entendement de personnes raisonnables, ou qu'ils soient si exorbitants que ni un jury constitué de douze personnes raisonnables, ni un juge ne pourraient logiquement les accorder, c'est-à-dire sans choquer l'entendement de personnes raisonnables. Il ne s'agit pas de savoir quel montant le juge g d'appel aurait accordé à titre de dommages-intérêts s'il avait statué sur l'affaire, mais plutôt si on peut affirmer sans se tromper que le juge (ou le jury) qui a entendu l'affaire a agi de manière tout à fait déraisonnable en accordant un tel montant. On ne peut pas dire que c'est le cas en l'espèce, certains de mes collègues estimant que, suivant leur interprétation de la preuve, h les dommages-intérêts accordés par le juge de la Cour supérieure sont raisonnables. N'ayant pas jugé l'affaire, je ne peux dire avec précision quels dommages-intérêts j'aurais dû accorder le cas échéant; je pense qu'il suffit de dire qu'à mon avis la Cour du Banc de la Reine siégeant en appel ne devrait pas annuler un jugement pour le motif que les dommages-intérêts i sont exagérés ou n'aurait pas dû réduire le montant accordé en l'espèce, sauf si le montant accordé par la Cour supérieure était manifestement déraisonnable; et ce n'est pas, à mon avis, ce qu'on peut affirmer en l'espèce, indépendamment de la question de savoir si j'aurais dû ou non accorder le même montant si j'avais moi-même statué sur l'affaire.

j Il faut toutefois remarquer, comme l'a souligné l'avocat de l'appelante, que cette affaire portait sur

general damages for slander, libel and defamation, where, as stated by Gwynne J. in the above-quoted passage, the damages recoverable were "not ascertainable by the application of any rule prescribing a measure of damages". Regardless of whether the test, as stated in the *Cossette* case in 1890 would be fully applicable today, the situation before me is a different one since the damages, although general in nature, relate to a loss of profits which can to some extent be estimated by the application of market formulae, various market performance curves indicating projected life cycles, comparisons with the sales of other products of either the same class or form, the proxy theory and other similar tests referred to by the experts called by both parties.

In order to reverse or modify the findings of the prothonotary, I need not as the *Cossette* case seems to imply come to the conclusion that they were totally irrational or that no judge acting rationally could possibly have come to that conclusion, providing I am fully convinced that he was wrong either in interpreting the evidence or in applying the law.

In cases such as the present one, a judge of the Trial Division sitting on an appeal from the assessment of the referee is substantially in the same position as an appellate court sitting on an appeal from an assessment of damages from a trial judge following a hearing with *viva voce* evidence and must therefore be governed by the same general principles.

Both counsel referred to my former decision in *Teledyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.), and more particularly to the following statements at pages 227 and 228 of the report:

(G) *Nature of present application*

Before considering the findings of the referee on the matter of interest, in the light of the above-mentioned principles, it would be useful to emphasize the role which a judge must play in an appeal under *Federal Court Rules*, Rule 506, from the conclusions of a referee.

Counsel for both parties agreed that, unless the referee is manifestly wrong or has proceeded on an erroneous principle, I

des dommages-intérêts généraux résultant d'une diffamation verbale et d'un libelle diffamatoire et où, comme l'a déclaré le juge Gwynne dans l'extrait susmentionné, les dommages-intérêts recouvrables ne pouvaient «être évalués par l'application d'une règle prévue à cette fin». Peu importe la question de savoir si le critère dégagé en 1890 dans l'arrêt *Cossette* s'appliquerait aujourd'hui, la situation qui m'a été soumise est différente puisque les dommages-intérêts, quoique généraux, concernent un manque à gagner qui peut, dans une certaine mesure, être évalué à l'aide de formules applicables au marché, de diverses courbes de rendement du marché indiquant les cycles de vie prévus, de comparaisons avec les ventes d'autres produits de la même catégorie ou du même modèle, de la théorie de la substitution et d'autres critères semblables mentionnés par les experts cités par les deux parties.

Pour infirmer ou modifier les conclusions du protonotaire, je ne suis pas tenu, comme l'arrêt *Cossette* semble le laisser entendre, de conclure qu'elles étaient totalement irrationnelles ou qu'aucun juge aurait pu logiquement arriver à ces conclusions, pourvu que je sois tout à fait convaincu qu'il s'est trompé soit en interprétant la preuve soit en appliquant la loi.

Dans des cas comme celui dont il s'agit en l'espèce, un juge de la Division de première instance qui statue sur un appel relatif à l'évaluation faite par un arbitre se trouve, pour l'essentiel, dans la même position qu'une cour d'appel entendant un appel formé contre l'évaluation de dommages-intérêts faite par un juge de première instance à la suite de témoignages de vive voix et il est donc assujéti aux mêmes principes généraux.

Les avocats des deux parties ont invoqué la décision que j'ai rendue dans l'affaire *Teledyne Industries, Inc. et autre v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1^{re} inst.), et plus particulièrement les propos que j'ai tenus aux pages 227 et 228 du recueil:

G) *Nature de la présente demande*

Avant d'examiner, à la lumière des principes susmentionnés, les conclusions de l'arbitre sur la question de l'intérêt, il serait utile de souligner le rôle qu'un juge doit jouer dans un appel interjeté en vertu de la Règle 506 de la Cour fédérale contre les conclusions d'un arbitre.

Les avocats des deux parties ont convenu que, à moins que l'arbitre n'ait manifestement tort ou soit parti d'un principe

should not interfere with the report. They were also *ad idem* on the proposition that it is not sufficient that I merely entertain doubts as to whether the decision below is right but that I must be convinced that it is wrong. They also had no quarrel with the following jurisprudence on the issue. *Embee Electronic Agencies Ltd. v. Agence Sherwood Agencies Inc. et al.*, Unreported, Federal Court No. T-5990-78, released on September 15, 1980 [summarized 5 A.C.W.S. (2d) 86], and *Gastbled v. Stuyck et al.* (1973), 12 C.P.R. (2d) 102, [1973] F.C. 1039. In the former case, the Associate Chief Justice of this court had this to say on the subject of pp. 5-6 of his reasons:

The *Lightning Fastener Co. Ltd.*, *supra*, decision is helpful in several ways, not the least of which is in a consideration of my role in this matter. I do not perceive it to be my responsibility to attempt to reassess the damages and in the absence of the testimony which was presented to the administrator, I am, of course, not in a position to do so. It is not for me to decide whether, had I been assessing the damages in this case, I would have done it in the same way, but rather, to determine whether the assessor appeared, in my opinion, to properly discharge the responsibility which was entrusted to him.

In the case of *Gastbled v. Stuyck*, *supra*, my brother Walsh J. is quoted as saying at the conclusion of his reasons on p. 106 of the report:

Even if it were found that the learned referee made an error in law in appraising these damages, it would still be necessary in order to set aside his report to conclude that, as a result of this error, he arrived at a manifestly wrong and inadequate amount. I do not so find and hence I dismiss the appeal and confirm the report of the referee, although under the circumstances I will allow no costs on the dismissal of this appeal.

I still consider this to be good law and even if counsel for the parties in the *Teledyne* case had not agreed on the principles I would have come to the same conclusion.

(B) Degree of proof in assessment of damages:

The second matter of general application relates to the nature and degree of proof required in order to establish damages in a case such as the present one.

Counsel for the plaintiff pointed out that the defendant, in addition to the experts called on its behalf, chose to call only three witnesses from major independent purchasers in order to establish the loss of sales of the F.G.W.W. He argued that the evidence of the several sales representatives employed by the defendant and called by it to establish the expected sales to several other major suppliers should not be considered as reliable or as

erroné, je ne devrais pas m'ingérer dans le rapport. Ils étaient également d'accord sur le principe qu'il ne suffit pas que j'aie simplement des doutes sur la question de savoir si la décision rendue par le tribunal d'instance inférieure est bien fondée, mais que je dois être convaincu qu'elle est erronée. Ils ne contestaient également pas les arrêts suivants rendus sur la question: *Embee Electronic Agencies Ltd. c. Agence Sherwood Agencies Inc. et al.*, non publié, Cour fédérale, n° de greffe T-5990-78, rendu le 15 septembre 1980 [résumé dans 5 A.C.W.S. (2d) 86] et *Gastbled c. Stuyck et autre* (1973), 12 C.P.R. (2d) 102, [1973] C.F. 1039. Dans la première affaire, le juge en chef adjoint de cette Cour avait ceci à dire sur le sujet aux pp. 5 et 6 de ses motifs:

La décision rendue dans l'arrêt *Lightning Fastener Co. Ltd.* (précité) est utile, à plusieurs égards, dans l'examen du présent litige, et en particulier, par son analyse du rôle du juge. À mon avis, il ne m'incombe pas de faire une nouvelle estimation des dommages et, en l'absence de la preuve produite devant l'administrateur, je ne peux y procéder. Il ne m'appartient pas non plus de dire si j'aurais utilisé cette méthode si j'avais été chargé de l'évaluation; il faut que je détermine si, à mon avis, l'évaluateur s'est dûment acquitté de l'obligation qui lui était confiée.

Dans l'affaire *Gastbled c. Stuyck* précitée, mon collègue le juge Walsh a dit à la fin de ses motifs, à la p. 106 du rapport:

Même si l'on établissait que le savant arbitre avait commis une erreur de droit en évaluant ces dommages-intérêts, il faudrait, pour annuler son rapport, conclure que par suite de cette erreur le montant qu'il a fixé est manifestement inadéquat. Je ne le pense pas et, en conséquence, je rejette l'appel et confirme le rapport de l'arbitre; toutefois, vu les circonstances, je n'accorde pas de dépens relativement au rejet du présent appel.

J'estime que ces principes font encore autorité et même si les avocats des parties dans l'affaire *Teledyne* n'avaient pas souscrit auxdits principes, ma conclusion aurait été la même.

B) Degré de preuve dans l'évaluation des dommages-intérêts

Le deuxième point d'ordre général concerne la nature et le degré de preuve nécessaire pour établir les dommages-intérêts dans un cas comme l'espèce.

L'avocat de la demanderesse a fait remarquer que la défenderesse a choisi de ne citer comme témoins, outre ses témoins experts, que trois de ses principaux acheteurs indépendants afin d'établir le nombre de F.G.W.W. invendues. Selon lui, on ne devrait pas se fier aux témoignages de plusieurs représentants de commerce travaillant pour la défenderesse et cités par celle-ci pour établir le nombre de ventes qu'elle prévoyait conclure avec

sufficient evidence as they would be interested witnesses. He argued that this was not the best evidence available, that there existed a legal obligation on the defendant to call witnesses from those firms as opposed to witnesses of its own firm and that, as a result, the prothonotary should have disregarded that evidence and not concluded that any sales to other firms had been lost.

I completely reject this argument. No such rule of law exists. The person trying the issue of damages, as in the case of a person trying any other factual issue in a civil matter, must be satisfied on a balance of probabilities that the relevant fact has been established by the party on whom the onus of proof rests. In order to come to that conclusion he is fully entitled, if he believes a witness, to rely entirely on that witness' evidence regardless of whether he or she is an interested witness or even an actual party to the action. Both in presenting its main case or in rebuttal, the plaintiff was itself of course perfectly free to call any witnesses from any of these customers, several of whom were also in fact its own customers. It cannot now be heard to argue that the findings would have been otherwise had those witnesses been called or that the findings of the prothonotary should be rejected because those witnesses were not called.

(C) Omissions from reasons:

The prothonotary in certain passages of his reasons commented on and apparently subsequently relied upon certain evidence favourable to the defendant. He failed in some of those instances to mention other evidence which might have led to a different conclusion. Counsel for the plaintiff argued that, as a result, I was to presume that the prothonotary had either forgotten or completely failed to take that evidence into consideration and that it was therefore open to me to reconsider all of the evidence on each such issue on the basis that a serious error in determining the facts had occurred. He cited certain cases from appellate tribunals where findings of fact at trial were reversed and where evidence not mentioned in the

plusieurs autres fournisseurs principaux, ni considérer que ces témoignages constituent des preuves suffisantes parce qu'il s'agissait en fait de témoins intéressés. Il a prétendu que ce n'était pas la meilleure preuve disponible, que la loi obligeait la défenderesse à citer des témoins au service de ces sociétés et non de sa propre compagnie et que, par conséquent, le protonotaire n'aurait pas dû tenir compte de ces témoignages et conclure que des ventes qui auraient pu être conclues avec d'autres sociétés ne l'ont pas été.

Je rejette complètement ces arguments. Il n'existe aucune règle de droit de ce genre. La personne qui se prononce sur la question des dommages-intérêts, comme c'est le cas pour une personne qui statue sur toute autre question de fait dans une affaire civile, doit être convaincue selon la prépondérance des probabilités que la partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve a établi l'existence des faits pertinents. Pour arriver à cette conclusion, elle a le droit, si elle croit un témoin, de ne se fier qu'au témoignage de ce dernier, peu importe qu'il s'agisse ou non d'un témoin intéressé ou même d'une partie à l'action. La demanderesse était évidemment tout à fait libre, lorsqu'elle a présenté sa preuve ou sa contre-preuve, de citer des témoins au service de n'importe quel de ces clients dont plusieurs étaient aussi en réalité ses propres clients. Elle ne peut maintenant prétendre que les conclusions auraient été différentes si ces témoins avaient été cités ou que les conclusions du protonotaire devraient être rejetées parce que ces témoins n'ont pas été cités.

C) Omissions dans les motifs

Dans certains passages de ses motifs, le protonotaire a commenté des éléments de preuve favorables à la défenderesse et s'est apparemment fondé sur ceux-ci par la suite. Il a omis dans certains de ces cas de mentionner d'autres éléments de preuve qui auraient pu conduire à une conclusion différente. L'avocat de la demanderesse a prétendu que je devais par conséquent présumer que le protonotaire avait soit oublié soit complètement omis de tenir compte de ces éléments de preuve et qu'il m'était donc loisible de réexaminer tous les éléments de preuve portant sur chacun de ces points parce qu'une grave erreur s'était produite dans la détermination des faits. Il a cité certaines décisions de cours d'appel qui ont infirmé des conclusions de

reasons of the trial judge was referred to in support of the decision of the appellate court.

It is quite true that on reading certain appeal decisions one might perhaps be led to conclude that the appellate judge concerned had instructed himself to the effect that in the reasons for judgment of the trial judge, evidence not mentioned was evidence not considered. In the absence of a clear authoritative statement to that effect by a court whose decision would be absolutely binding on me, I refuse to accept any such proposition as representing the law. Should any presumption exist at all it must be to the effect that the tribunal has hearkened to all of the evidence and has subsequently fully considered and weighed it as well as the arguments advanced on behalf of the parties, before arriving at its findings.

The mere fact that the trial judge has mentioned one particular area of the evidence or referred to the testimony of one or more witnesses without reviewing or mentioning contrary evidence does not constitute proper ground for an appellate tribunal to conclude that all of the relevant evidence was not taken into consideration. Where a trial judge refers to and appears to rely on a particular piece of evidence it is most frequently because he or she has been particularly impressed by the evidence or wishes to emphasize it and is not an indication that evidence to the contrary has been ignored.

The above is of course subject to the overriding rule that, where oral testimony on which the trial judge relies is clearly contradicted by physical evidence or other evidence which cannot reasonably be disregarded, the appellate tribunal is entitled to and indeed is obliged to reverse the resulting finding on the grounds that the trial judge was wrong but not on the basis that the other evidence has not been mentioned in the reasons for judgment.

The temptation to re-try a case is often difficult for appellate judges to resist, especially in the face

fait tirées en première instance et où des éléments de preuve qui n'étaient pas mentionnés dans les motifs du juge de première instance ont été invoqués à l'appui de la décision de la cour d'appel.

^a Il est tout à fait vrai qu'on pourrait être amené, à la lecture de certaines décisions rendues en appel, à conclure que le juge en cause s'est conformé au principe selon lequel les éléments de preuve non mentionnés dans les motifs du juge de première instance constituaient des éléments de preuve dont il n'avait pas tenu compte. En l'absence d'une déclaration précise et impérative à cet effet par une cour dont la décision me lierait entièrement, je refuse d'admettre qu'une telle proposition constitue une règle de droit. S'il devait exister une quelconque présomption, il faudrait dire que le tribunal a prêté l'oreille à tous les éléments de preuve et a ensuite examiné leur force probante ainsi que celle des arguments avancés au nom des parties avant de tirer ses conclusions.

^e Le simple fait que le juge de première instance ait mentionné certains éléments de preuve ou qu'il se soit référé à la déposition de l'un ou de plusieurs témoins sans avoir examiné ou mentionné les éléments de preuve contraires ne constitue pas un motif suffisant pour qu'une cour d'appel conclue qu'il n'a pas tenu compte de tous les éléments de preuve pertinents. Lorsqu'un juge de première instance mentionne ou semble invoquer un élément de preuve particulier, c'est la plupart du temps parce qu'il a été particulièrement impressionné par cet élément de preuve ou qu'il souhaite le mettre en relief; cela ne signifie pas qu'il n'a pas tenu compte des éléments de preuve contraires.

^h Les principes dégagés ci-dessus sont évidemment assujettis à la règle dominante suivant laquelle lorsque le témoignage oral sur lequel le juge de première instance se fonde est clairement contredit par des preuves matérielles ou d'autres éléments de preuve qu'on ne peut raisonnablement écarter, la cour d'appel a le droit et, en réalité, l'obligation d'infirmer les conclusions tirées parce que le juge de première instance s'est trompé, mais non parce que les autres éléments de preuve n'ont pas été mentionnés dans les motifs de jugement.

^j Il est souvent difficile pour les juges d'une cour d'appel de résister à la tentation de juger une

of skillfully presented argument, such as in the appeal before me.

THE ISSUES:

There are six issues with which I was requested to deal:

1. Whether damages can be awarded for lost sales resulting from the injunction but actually occurring during the post-injunction period;
2. Whether the referee's estimate of 30,000 sales of the F.G.W.W. lost during the existence of the injunction is exaggerated and not supported by the evidence;
3. Whether the referee's finding that there were any sales and more particularly 20,000 sales lost during the year following the lifting of the injunction was erroneous and not supported by the evidence;
4. In calculating the loss, whether and to what extent the phenomenon of market substitution is applicable to the circumstances of the present case;
5. Whether the differential method of calculating loss is applicable without modification should substitution be found to exist;
6. Whether there is an entitlement to pre-judgment interest and, if so, the applicable rate and method of calculation as well as the rate at which and date from which post-judgment interest is to be calculated.

WHETHER POST-INJUNCTION LOSSES RECOVERABLE:

On this issue the appellant argued that, as the claim for damages was founded on a formal undertaking with the Court and not on a contract between the parties and as the plaintiff could not be considered a tortfeasor, the damages to be recovered were to be limited strictly to those incurred during the period while the interlocutory injunction was in force, namely between March 12, 1982 and March 28, 1983.

The respondent agreed that a party seeking the injunction in good faith could not be considered a

nouvelle fois l'affaire, en particulier lorsque les arguments lui sont aussi habilement présentés que dans l'appel dont j'ai été saisi.

a POINTS EN LITIGE

Il y a six points en litige sur lesquels on m'a demandé de me prononcer:

1. Peut-on accorder des dommages-intérêts pour les ventes perdues en raison de l'injonction mais qui l'ont été en réalité au cours de la période postérieure à l'injonction?
2. Suivant l'arbitre, 30 000 ventes de F.G.W.W. auraient été perdues pendant l'injonction; ce chiffre est-il exagéré et non confirmé par la preuve?
3. La conclusion de l'arbitre suivant laquelle 20 000 ventes auraient été perdues pendant l'année ayant suivi la levée de l'injonction était-elle erronée et non confirmée par la preuve?
4. Dans quelle mesure le phénomène de la substitution de marché est-il applicable pour calculer les pertes dans les circonstances de l'espèce?
5. La méthode différentielle de calcul des pertes s'applique-t-elle sans modification si on conclut à l'existence de la substitution?
6. La Cour doit-elle accorder un intérêt antérieur au jugement et, le cas échéant, quel doit en être le taux et quelle méthode faut-il employer pour le calculer; de plus, quel doit être le taux de l'intérêt postérieur au jugement et à partir de quand commence-t-il à courir?

h LES PERTES SUBIES APRÈS LA LEVÉE DE L'INJONCTION SONT-ELLES RECOUVRABLES?

L'appelante a allégué sur ce point que, l'action en dommages-intérêts étant fondée sur un engagement formel envers la Cour et non sur un contrat entre les parties et la demanderesse ne pouvant être considérée comme l'auteur d'un délit, les dommages-intérêts recouvrables devaient se limiter aux dommages subis pendant la période où l'injonction interlocutoire était en vigueur, soit du 12 mars 1982 au 28 mars 1983.

L'intimée a reconnu que la partie qui cherche de bonne foi à obtenir une injonction ne peut être

tortfeasor and that the undertaking is not a contract. Although contractual elements do exist and one might well say that, in consideration for the undertaking to indemnify, the plaintiff received in return the interlocutory injunction sought, the Court, unlike any contracting party, has no interest in the matter. Indeed, it must never have any interest whatsoever in the outcome of any litigation before it nor in any collateral matter relating thereto. It thus can never be considered a contracting party. It is the administration of justice itself and the party enjoined who will suffer the consequences if the undertaking is not carried out.

The law on the question of undertakings to indemnify in injunction cases has evolved considerably. Originally no undertakings were required by courts of Chancery before granting interlocutory injunctions. When such undertakings were first imposed liability existed only where the party in whose favour the injunction was granted had misinformed the Court, had deliberately concealed or suppressed relevant information or had committed some other dishonest or morally reprehensible act in order to mislead the Court and obtain the injunction. *Smith v. Day* (1882), 21 Ch. D. 421 (C.A.). For many years now, however, no such conditions have been imposed by the courts on the right to recover pursuant to any such undertaking. The legal effect of the undertaking is now unquestionably considered absolute, regardless of whether or not the applicant acted in good faith, was truthful and made full and fair disclosure of the facts or whether the injunction was in fact granted by reason of a mistake of law or fact on the part of the judge.

It is perhaps trite to state that a party is at all times free to await the ultimate outcome of the trial and to refrain from invoking the right to apply for an interlocutory injunction and that, should the injunction only be granted following trial, full damages for the interim period up to the date of judgment can be obtained in the same manner as damage suffered previous to the time when the interlocutory injunction could have been

considérée comme l'auteur d'un délit et que l'engagement n'est pas un contrat. Bien qu'on soit en présence d'éléments contractuels et qu'on puisse fort bien affirmer que la demanderesse a obtenu l'injonction interlocutoire demandée en contrepartie de l'engagement d'indemniser la défenderesse, la Cour, contrairement à toute partie contractante, n'a aucun intérêt dans l'affaire. En fait, elle ne doit jamais avoir quelque intérêt que ce soit dans l'issue d'un litige dont elle a été saisie ni dans aucune question accessoire s'y rattachant. Elle ne peut donc jamais être considérée comme une partie contractante. Ce sont l'administration de la justice et la partie visée par l'injonction qui en subiront les conséquences si l'engagement n'est pas rempli.

Le droit applicable lorsqu'une des parties s'engage à verser une indemnité avant qu'une injonction lui soit accordée a évolué considérablement. À l'origine, les cours de chancellerie n'exigeaient pas de tels engagements avant d'accorder une injonction interlocutoire. Lorsque ces engagements ont été imposés pour la première fois, la partie en faveur de laquelle l'injonction avait été accordée n'était assujettie à l'engagement que lorsqu'elle avait mal renseigné la Cour, qu'elle avait délibérément caché ou détruit des renseignements pertinents ou qu'elle avait commis quelque autre acte malhonnête ou moralement répréhensible afin de tromper la Cour et d'obtenir l'injonction. *Smith v. Day* (1882), 21 Ch. D. 421 (C.A.). Depuis bon nombre d'années maintenant, les cours n'imposent plus de telles conditions en ce qui concerne le droit de recouvrement existant en vertu de ce genre d'engagement. Il ne fait désormais aucun doute que l'effet juridique de l'engagement est absolu, peu importe que le requérant ait agi ou non de bonne foi, qu'il ait dit la vérité et qu'il ait divulgué honnêtement tous les faits ou que l'injonction ait en réalité été accordée en raison d'une erreur de droit ou de fait de la part du juge.

C'est peut-être un truisme d'affirmer qu'une partie est toujours libre d'attendre le résultat final du procès et de ne pas se prévaloir du droit de demander une injonction interlocutoire et qu'il est possible, advenant le cas où l'injonction ne serait accordée qu'une fois le procès terminé, d'obtenir des dommages-intérêts complets pour la période s'étendant jusqu'à la date du jugement, de la même manière que pour les dommages subis avant

applied for. Should the decision of a judge granting an injunction following trial of the action later be reversed on appeal, the plaintiff of course cannot be held liable in any way for damages caused the other party for the period during which the injunction was in effect following judgment, regardless of whether there had or had not been any pre-trial undertaking.

In support of an argument to the effect that damages must be restricted to those which occurred during the period of the injunction and not include any consequential or residuary damages for any period following the removal of the injunction, counsel for the plaintiff argued that the indemnity undertaking was to be considered in the same way as indemnity clauses in business interruption insurance policies. He relied on several United States cases among which were the following: *Nusbaum v. Hartford Fire Ins. Co.*, 132 A. 177 (Pa. 1926), *Eisenson v. Home Ins. Co.*, 84 F. Supp. 41 (N.D. Fla. 1949), *Rogers v. American Ins. Co.*, 338 F.2d 240 (8th Cir. 1964), *Great Northern Oil Co. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 227 N.W.2d 789 (Minn. 1975). He also referred to an article by the American author George W. Clarke, "Problem Claims Under Business Interruption Policies" (1958), *The Practical Lawyer* 64.

These authorities, in my view, have no application as they deal with the interpretation of the actual text of various insurance policies and with the application of certain principles peculiar to insurance law. It is obvious, as previously stated, that I am not dealing with a contract.

Although the undertaking is not a contract, it has been held that damages are to be assessed as if there was a contract between the party who is granted the interlocutory injunction and the party enjoined by the Court. Lord Wilberforce in the case of *Hoffman-LaRoche (F) & Co AG v. Secretary of State for Trade and Industry*, [1974] 2 All E.R. 1128 (H.L.), dealt with the manner in which damages are to be assessed pursuant to an under-

le moment où il aurait été possible de demander une injonction interlocutoire. Si la décision du juge d'accorder une injonction après l'instruction de la cause devait être infirmée en appel, le demandeur ne peut évidemment pas être tenu responsable de quelque façon que ce soit des dommages causés à l'autre partie pendant la période où l'injonction était en vigueur après le jugement, peu importe qu'il y ait eu ou non un engagement antérieur au procès.

À l'appui de son argument suivant lequel les dommages-intérêts ne peuvent être réclamés que pour la période pendant laquelle l'injonction était en vigueur et ne comprennent pas les dommages indirects ou résiduels subis après la levée de l'injonction, l'avocat de la demanderesse a allégué que l'engagement pris en vue d'indemniser l'autre partie devait être considéré de la même manière que les clauses d'indemnité que comportent les polices d'assurance couvrant les pertes d'exploitation. Il a invoqué plusieurs décisions rendues aux États-Unis, parmi lesquelles on trouve les suivantes: *Nusbaum v. Hartford Fire Ins. Co.*, 132 A. 177 (Pa. 1926), *Eisenson v. Home Ins. Co.*, 84 F. Supp. 41 (N.D. Fla. 1949), *Rogers v. American Ins. Co.*, 338 F.2d 240 (8th Cir. 1964), *Great Northern Oil Co. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 227 N.W.2d 789 (Minn. 1975). Il a également invoqué un article de l'auteur américain George W. Clarke, intitulé «Problem Claims Under Business Interruption Policies» (1958), *The Practical Lawyer* 64.

Ces précédents ne s'appliquent pas, à mon avis, car ils portent sur l'interprétation du libellé de diverses polices d'assurance et sur l'application de certains principes particuliers au droit des assurances. Comme je l'ai déjà dit, il est évident qu'il ne s'agit pas d'un contrat en l'espèce.

Bien que l'engagement ne constitue pas un contrat, les cours ont statué que les dommages-intérêts doivent être déterminés comme s'il existait un contrat entre la partie qui obtient l'injonction interlocutoire et celle qui en fait l'objet. À la page 1150 du compte rendu de l'affaire *Hoffman-LaRoche (F) & Co. AG v. Secretary of State for Trade and Industry*, [1974] 2 All E.R. 1128 (H.L.), lord Wilberforce s'est prononcé comme suit sur la manière selon laquelle les dommages-intérêts doivent être déterminés conformément à

taking to pay such as the present one in the following terms at page 1150 of the report:

The court has no power to compel an applicant for an interim injunction to furnish an undertaking as to damages. All it can do is to refuse the application if he declines to do so. The undertaking is not given to the defendant but to the court itself. Non-performance of it is contempt of court, not breach of contract, and attracts the remedies available for contempts; but the court exacts the undertaking of the defendant's benefit . . . It is assessed on an enquiry into damages at which principles to be applied are fixed and clear. The assessment is made on the same basis as damages for breach of contract would be assessed if the undertaking had been a contract between the plaintiff and the defendant, that the plaintiff would not prevent the defendant from doing that which he was restrained from doing by the terms of the injunction. (See *Smith v. Day*, (1882) 21 Ch D 421 at 427, per Brett L.J.) [Emphasis added.]

I believe that the above also represents the common law in Canada on the subject. However, although non-performance of the undertaking undoubtedly constitutes contempt of Court, this does not, in my view, prevent the party for whose benefit the undertaking was given from applying for the issue by the court of any of the execution remedies, such as *Fi-Fa*, once the damages resulting from the undertaking have been ascertained and confirmed.

Counsel for the plaintiff also referred to the statement in the unreported reasons of Collier J. of this Court issued following a motion in the case of *McAsphalt Industries Limited v. Algoma Central Railway*, order and reasons for order dated February 2, 1984, T-4226-82, and on the case of *Irving Refining Ltd. v. The Travelers Indemnity Co.*, [1969] I.L.R. 790 (N.B.C.A.). No statement in either of these cases purports to lay down the principle on which he seeks to rely nor does any statement of Reed J. in her written reasons dated February 15, 1984, T-831-82 (unreported) in an application in the present action for production of documents. Nothing in the reasons given in support of her order in any way provides or even implies that documents pertaining to the period following the expiry of the injunction are not to be produced. Madam Justice Reed (at page 2 of her reasons) merely stated that the application before her was for the production of certain documents tending to show the extent to which, had the

un engagement de payer comme celui dont il est question en l'espèce:

[TRADUCTION] La cour n'est pas habilitée à contraindre la personne qui demande une injonction provisoire à s'engager à verser des dommages-intérêts. Tout ce qu'elle peut faire c'est de refuser l'injonction si le requérant ne consent pas à fournir l'engagement. Ce dernier est pris non pas envers le défendeur mais envers la cour elle-même. Son inexécution constitue un outrage au tribunal et non pas une inexécution de contrat, et elle donne ouverture aux recours prévus en cas d'outrage; mais la cour exige que l'engagement soit fourni pour le bénéfice du défendeur . . . Il est évalué au cours d'une enquête portant sur les dommages-intérêts et où les principes à appliquer sont clairement déterminés. L'évaluation est faite de la même manière que les dommages-intérêts pour l'inexécution de contrat seraient déterminés si l'engagement avait constitué un contrat entre le demandeur et le défendeur, prévoyant que le demandeur n'empêcherait pas le défendeur de faire ce qui lui a été interdit de faire par le libellé de l'injonction. (Voir *Smith v. Day*, (1882), 21 Ch D 421 à la p. 427, le lord juge Brett.) [C'est moi qui souligne.]

J'estime que les principes qui précèdent reflètent également la *common law* applicable sur le sujet au Canada. Bien que l'inexécution de l'engagement constitue indubitablement un outrage au tribunal, cela n'empêchera toutefois pas, à mon avis, la partie pour le bénéfice de laquelle l'engagement a été fourni de s'adresser à la cour pour en obtenir l'exécution, par exemple au moyen d'un *fieri facias*, une fois que les dommages-intérêts résultant de l'engagement auront été évalués et entérinés.

L'avocat de la demanderesse a également invoqué les motifs de jugement non publiés que le juge Collier de cette Cour a prononcés à la suite d'une requête dans l'affaire *McAsphalt Industries Limited v. Algoma Central Railway*, ordonnance et motifs de l'ordonnance en date du 2 février 1984, T-4226-82, ainsi que l'affaire *Irving Refining Ltd. v. The Travelers Indemnity Co.*, [1969] I.L.R. 790 (C.A.N.-B.). Aucune des affirmations qui figurent dans ces affaires n'énonce le principe sur lequel l'avocat cherche à s'appuyer et il en est de même des motifs écrits prononcés par le juge Reed en date du 15 février 1984, T-831-82 (non publiés) à la suite d'une demande de production de documents présentée en l'espèce. Rien non plus dans les motifs produits au soutien de son ordonnance prévoit ou laisse même entendre de quelque manière que ce soit que les documents relatifs à la période postérieure à l'expiration de l'injonction ne doivent pas être produits. Madame le juge Reed (à la page 2 de ses motifs) déclare simplement que la

F.G.W.W. been produced during the injunction period, the sales of that griddle would have reduced the sales of the defendant's other similar products. She did not in any way state that the documents were to be limited to those tending to show damages which occurred during that period. At another place (page 4 of her reasons) she was merely enumerating as examples certain factors to be taken into account in calculating damages and was by no means attempting to lay down an exhaustive or complete list of those factors, since she qualified the enumeration by the words "such as".

The usual undertaking given to the court by parties requesting an interlocutory injunction in the context of today's society in Canada involves, in my view, an undertaking to pay all damages which flow from the granting of the interlocutory injunction and is not in any way restricted to those which occurred during the period of the existence of the injunction itself, nor does the common law impose any artificial cut-off date. The assessment for the period following the injunction remains subject to the usual limitations as to remoteness, that is, as to whether in the particular circumstances of the case, after a certain period of time has passed and other circumstances have intervened, losses, if any, can still on a balance of probabilities, be attributed to the injunction with any reasonable degree of certainty.

EDITOR'S NOTE

It was impossible to calculate with certainty the number of sales which would have been made had the injunction been denied. Damages could only be estimated based on what was established, on the balance of probabilities, by the evidence. The opinion evidence of the expert witnesses called by the two parties was diametrically opposed. The opinion of the plaintiff's witness, that the two companies enjoyed separate and distinct markets, was supported neither by logic nor by the evidence. The conclusion that West Bend experienced difficulty in competing in the spring of 1983 largely because the life cycle of griddles with warmers had peaked and was, in fact, in decline, was justified by the evidence.

demande dont elle a été saisie visait à obtenir la production de certains documents tendant à montrer dans quelle mesure les ventes de F.G.W.W. auraient fait diminuer celles des autres produits semblables de la défenderesse si cette plaque chauffante avait été produite durant l'injonction. Elle n'a nullement affirmé que les documents devaient se limiter à ceux tendant à prouver les dommages subis pendant cette période. Plus loin dans ses motifs (à la page 4), elle a simplement énuméré à titre d'exemples certains des facteurs dont il faut tenir compte en calculant les dommages et elle n'a nullement essayé de dresser une liste exhaustive de ces facteurs puisqu'elle a limité son énumération en utilisant les termes «tels que» (*such as*).

Dans le cadre de la société canadienne actuelle, les parties qui demandent un injonction interlocutoire s'engagent habituellement, selon moi, à payer tous les dommages découlant de l'octroi de ladite injonction interlocutoire et non pas seulement ceux qui ont été subis durant l'injonction; la *common law* n'impose pas non plus de date limite artificielle. L'évaluation des dommages subis pendant la période postérieure à l'injonction reste assujettie aux limites qui sont habituellement établies lorsque celle-ci est la cause indirecte du préjudice; en d'autres termes, il s'agit de savoir, compte tenu des circonstances de l'espèce, si après un certain laps de temps et d'autres événements, il est encore possible, suivant la prépondérance des probabilités et avec un degré raisonnable de certitude, d'attribuer les pertes à l'injonction.

NOTE DE L'ARRÉTISTE

Il était impossible de calculer avec précision le nombre de ventes qui auraient été effectuées si l'injonction avait été refusée. Les dommages ne pouvaient être évalués qu'à partir de ce qui a été établi par la preuve, suivant la prépondérance des probabilités. Les témoignages des experts cités par les deux parties étaient diamétralement opposés. Le point de vue du témoin de la demanderesse suivant lequel les marchés des deux compagnies étaient distincts n'est confirmé ni par la logique ni par la preuve. La conclusion suivant laquelle West Bend a eu des difficultés à faire face à la concurrence au printemps 1983 surtout parce que le cycle de vie des plaques chauffantes combinées à des réchauds avait atteint un

Also supported by the evidence was the prothonotary's finding that the effects of the injunction were manifest for one year following its removal. His finding that 30,000 sales were lost during the injunction and 20,000 the following year was substantiated by the evidence. There had been no error in the ultimate findings of fact nor any error in the application of legal principles. It would accordingly be improper for the Court to substitute its views of the evidence for those of the referee.

The plaintiff argued that, had the injunction been denied, "cannibalization" would have occurred because the F.G.W.W.s would have drawn upon the sales of other West Bend griddles. "Cannibalization" can take place when a prospective purchaser, examining two models of the same type of appliance, decides to purchase one over the other due to its having some additional feature or attractive gimmick. If an apparently improved form of an appliance becomes available, the small retailer—faced with space restrictions and other practical considerations—will be inclined to stock and promote the new model to the exclusion of others. The referee rejected the "cannibalization" theory but a study of the evidence revealed that he had erred in concluding that there had been a total absence of "cannibalization". A West Bend internal memo predicted "cannibalization" of sales of its flat griddles to the extent of 5 to 10%. There was no reason to question this projection other than for the fact that West Bend had underestimated the extent of market success of griddles with warmers. The percentage of sales of West Bend's other griddles which would have been lost during the relevant period should be fixed at 15%. The amounts for loss of profit arrived at by the referee would have to be reduced to reflect the Court's finding as to "cannibalization".

DIFFERENTIAL METHOD OF CALCULATING LOSSES:

From my findings regarding "cannibalization" and my application to the loss of F.G.W.W. sales of calculation resulting therefrom, as well as my

sommet et commençait en réalité à décliner était justifiée par la preuve. La preuve a également corroboré la conclusion du protonotaire suivant laquelle les effets de l'injonction se sont fait sentir pendant un an après sa levée. La preuve a confirmé sa conclusion que 30 000 ventes ont été perdues durant l'injonction et 20 000 ventes pendant l'année suivante. l'arbitre n'a commis aucune erreur dans ses conclusions de fait finales ni dans l'application des principes juridiques. La Cour doit, par conséquent, s'abstenir de substituer son point de vue sur la preuve à celui de l'arbitre.

La demanderesse a allégué que, si l'injonction avait été refusée, il y aurait eu «auto-concurrence» parce que les F.G.W.W. auraient pris une part des ventes des autres plaques chauffantes de West Bend. Il peut y avoir «auto-concurrence» lorsqu'un acheteur éventuel examinant deux modèles du même type d'appareil décide d'en acheter un plutôt que l'autre en raison d'une caractéristique additionnelle ou d'un gadget attrayant. Lorsqu'un modèle apparemment amélioré d'un appareil devient disponible, le petit détaillant, en raison du manque d'espace et d'autres considérations d'ordre pratique, sera enclin à stocker et à promouvoir ce nouveau modèle à l'exclusion des autres modèles. L'arbitre a rejeté la théorie de «l'auto-concurrence», mais il ressort d'un examen de la preuve qu'il a eu tort de conclure à l'absence totale «d'auto-concurrence». Une note de service interne de West Bend prévoyait qu'il y aurait «auto-concurrence» entre ses plaques chauffantes dans une proportion de 5 à 10 %. Il n'y avait aucune raison de douter de cette prévision, sauf que West Bend a sous-estimé le succès sur le marché de ses plaques chauffantes munies d'un réchaud. Le pourcentage de ventes perdues pour ce qui est des autres plaques chauffantes de West Bend pendant la période en cause devrait donc être fixé à 15 %. Les montants fixés par l'arbitre en ce qui concerne le manque à gagner devaient être réduits en raison de la conclusion de la Cour au sujet de «l'auto-concurrence».

MÉTHODE DIFFÉRENTIELLE DE CALCUL DES PERTES

Vu les conclusions auxquelles je suis arrivé concernant «l'auto-concurrence», et étant donné que j'ai appliqué les calculs qui en résultent à la perte

acceptance of the learned referee's findings regarding lost sales of F.G.W.W., it is obvious that I am of the view that there is no legal obligation to apply without modification the differential method of calculating loss in all cases.

I know of no rule of law establishing a fixed method of calculating estimated losses which would be applicable to all actions. On the contrary, in order to arrive at a just determination of compensation, the method chosen and the extent to which it will be applied must necessarily depend on the many circumstances which normally vary to a considerable extent when each case is considered in detail.

INTEREST:

(A) General:

Subject to any specific statutory enactment to the contrary, in determining what interest, if any, should be awarded pursuant to the undertaking by the plaintiff to indemnify, full effect must be given to the substantive law, including the statutory enactments of the jurisdiction the laws of which govern the cause of action.

Pursuant to section 20 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] the Trial Division has concurrent jurisdiction with the provincial courts in matters of industrial design. The relevant portions of section 20 read as follows:

20. The Trial Division . . .

... has concurrent jurisdiction in all other cases in which a remedy is sought under the authority of any Act of the Parliament of Canada or at law or in equity, respecting any ... industrial design.

Once it has jurisdiction and subject only to any specific statutory provision to the contrary, the Federal Court of Canada may, in determining the issues before it, exercise all of the powers and enforce all of the remedies available to both courts of law and courts of equity. In other words, to dispose of any case before it, it may exercise the same powers and apply the same laws and principles as the Superior Court of the province where the cause of action lies.

de ventes de F.G.W.W. et que j'ai approuvé les conclusions de l'arbitre en ce qui a trait à ces ventes perdues, j'estime évidemment qu'il n'existe en vertu de la loi aucune obligation d'appliquer ^a intégralement la méthode différentielle de calcul des pertes dans tous les cas.

Je ne connais aucune règle de droit fixant une méthode de calcul des pertes estimatives, qui s'appliquerait dans toutes les actions. Au contraire, ^b pour qu'il soit possible de déterminer avec précision le montant d'une indemnité, il faut nécessairement choisir la méthode et sa portée en fonction des nombreuses circonstances qui varient considérablement d'un cas à un autre lorsqu'on examine ^c ceux-ci en détail.

INTÉRÊT

A) Principe général

^d Sous réserve de toute disposition législative expresse à l'effet contraire, il faut, pour déterminer l'intérêt qui, le cas échéant, devrait être accordé lorsque le demandeur s'engage à verser une indemnité, ^e appliquer les règles de fond, notamment les dispositions législatives qui régissent la cause d'action dans la juridiction en cause.

^f Suivant l'article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10], la Division de première instance a compétence concurrente avec les cours des provinces en matière de dessin industriel. Voici les extraits pertinents dudit article 20:

20. La Division de première instance . . .

^g ... a compétence concurrente dans tous les autres cas où l'on cherche à obtenir un redressement en vertu d'une loi du Parlement du Canada, ou de toute autre règle de droit relativement à ... un dessin industriel.

^h Une fois qu'elle a compétence et sous réserve seulement de toute disposition législative à l'effet contraire, la Cour fédérale du Canada peut, lorsqu'elle se prononce sur les questions dont elle a été saisie, exercer tous les pouvoirs et appliquer tous les moyens dont disposent les cours de justice et les cours d'*equity*. En d'autres termes, elle peut, lorsqu'elle statue sur tout litige qui lui a été soumis, exercer les mêmes pouvoirs et appliquer les mêmes ^j règles de droit et principes que ceux auxquels a recours la Cour supérieure de la province où la cause d'action a pris naissance.

In the case of *McCracken et al. v. Watson*, [1932] Ex.C.R. 83, Maclean J., in interpreting section 22 of the *Exchequer Court Act* [R.S.C. 1927, c. 34 (as am. by S.C. 1928, c. 23, s. 3(c))] stated at page 88 of the report:

Construing the subsection literally, I think, it means that where the subject matter of the action primarily, but not incidentally, concerns a patent of invention, trade-mark or copyrights, the court may grant any appropriate remedy known to the common law or equity.

The subsection in the *Exchequer Court Act* which the Judge was considering at the time referred to "a remedy . . . sought under the authority of any Act of the Parliament of Canada or at Common Law or in Equity respecting any patent" etc. (Emphasis added.) When section 20 of the *Federal Court Act* was enacted the expression "common law" was replaced by the word "law" and, in my view, this word is intended to include all applicable statutory law whether provincial or federal.

In the case of *Le Vae Marjorie Manz et al. v. The Steamship Giovanni Amendola*, [1956] Ex.C.R. 55, Smith D.J.A. stated at page 64 that he could:

. . . see no reason why recognition should not be given in the Exchequer Court to provincial legislation defining substantive law.

In *The Queen v. Murray et al.*, [1967] S.C.R. 262, Martland J., in delivering reasons for judgment on behalf of the Supreme Court of Canada on an appeal from the Exchequer Court stated at page 266:

The applicability of provincial legislation to the federal Crown in a damage claim based upon negligence was also considered by this Court in *Toronto Transportation Commission v. The King* ([1949] S.C.R. 510). As a result of a collision between a street car and a Royal Canadian Air Force truck, an aircraft, loaded on the truck, was damaged. The trial judge found both drivers to be negligent and apportioned the responsibility equally between them. It was held by this Court that while, if the common law alone were applicable, the Crown's claim would fail, because it failed to prove that the negligence of the street car driver alone caused the damage, the Crown could take advantage of the Ontario *Negligence Act*, R.S.O. 1937, c. 115, and could, pursuant to that statute, recover one-half of its damages.

and again at page 267:

En interprétant l'article 22 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* [S.R.C. 1927, chap. 34 (mod. par S.C. 1928, chap. 23, art. 3c)] dans l'affaire *McCracken et al. v. Watson*, [1932] R.C.É. 83, le juge Maclean a dit à la page 88 du recueil:

[TRADUCTION] Si on interprète ce paragraphe littéralement, il signifie que lorsque l'action porte principalement, et non accessoirement, sur un brevet d'invention, une marque de commerce ou des droits d'auteur, la cour peut accorder tout redressement approprié prévu par la *common law* ou l'*equity*.

Le paragraphe de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* qu'examinait le juge dans cette affaire portait notamment «[où l'on veut exercer] un recours . . . sous l'autorité d'une loi du Parlement du Canada ou en vertu du droit coutumier ou en équité concernant un brevet» etc. (C'est moi qui souligne.) Lorsque le législateur a adopté l'article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale*, il a remplacé l'expression «droit coutumier» par les termes «autre règle de droit» et, à mon avis, ceux-ci visent à inclure toutes les dispositions législatives applicables, qu'elles soient provinciales ou fédérales.

Dans l'affaire *Le Vae Marjorie Manz et al. v. The Steamship Giovanni Amendola*, [1956] R.C.É. 55, le juge suppléant Smith a dit à la page 64 qu'il ne pouvait

[TRADUCTION] . . . voir aucune raison pour laquelle la Cour de l'Échiquier ne devrait pas reconnaître les dispositions législatives provinciales définissant des règles de fond.

Prononçant les motifs de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *The Queen v. Murray et al.*, [1967] R.C.S. 262 à la suite d'un appel interjeté d'une décision de la Cour de l'Échiquier, le juge Martland a déclaré à la page 266:

[TRADUCTION] La Cour s'est également penchée dans l'arrêt *Toronto Transportation Commission v. The King* ([1949] R.C.S. 510), sur la question de l'applicabilité de dispositions législatives provinciales à la Couronne fédérale dans une action en responsabilité fondée sur la négligence. Un avion chargé sur un camion de l'Aviation royale du Canada a été endommagé par suite d'une collision entre ce camion et un tramway. Le juge de première instance a conclu que les deux conducteurs avaient fait preuve de négligence et il a réparti également la responsabilité entre ceux-ci. Cette Cour a conclu que même si, dans le cas où la *common law* seulement était applicable, l'action de la Couronne devrait être rejetée parce qu'elle n'a pas réussi à prouver que c'est la négligence du conducteur du tramway qui a été la seule cause du dommage, elle pourrait se prévaloir de la *Negligence Act* de l'Ontario, R.S.O. 1937, chap. 115, et recouvrer, en vertu de cette loi, la moitié de ses dommages.

et il a ajouté à la page 267:

The words "limit of the liability effectively declared by law" at the end of the statement must mean, in a federal state, effectively declared by that legislative body which has jurisdiction to declare such limit.

He was referring at the time to a limitation on the liability of an owner or of an operator of a motor vehicle.

In the case of *Attorney General of Canada and Motel Fontaine Bleue Inc.* (1979), 29 N.R. 394 (F.C.A.), which involved the application of the provisions of the Quebec *Civil Code*, Pratte J., in expressing the opinion of the majority of the Court stated at page 401:

I think it is clear that, in the exercise of the powers conferred on it by s. 16 of the *Expropriation Act*, the court may apply provincial law without contravening the principles laid down in the *McNamara* and *Quebec North Shore* cases. [See *Government of Canada v. McNamara Construction (Western) Limited et al.*, (1975), 13 N.R. 181; [1977] 2 S.C.R. 654, and *Canadian Pacific Ltd. v. Quebec North Shore Paper Co.* (1976), 9 N.R. 471; [1977] 2 S.C.R. 1054.]

Jackett C.J., who dissented in the result, did however agree with the statement that the Quebec *Civil Code* would apply.

If the federal Crown is bound by provincial substantive law when its liability is being determined in the Federal Court then, *a fortiori*, other parties must be subject to the same rule.

There seems to be no doubt that an entitlement to interest, either pre-judgment or post-judgment, is a question of substantive law. That principle was firmly established by the Supreme Court of Canada in the case of *Consolidated Distilleries Ltd. v. The King*, [1932] S.C.R. 419; [1933] A.C. 508 (P.C.), where section 34 of the Ontario *Judicature Act*, dealing with interest, was held to be substantive law and to be applicable. In the case of *Consolboard Inc. v. MacMillan Blædel (Saskatchewan) Ltd.* (1982), 63 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.), my brother Cattnach J. applied the law of Saskatchewan to the question of whether interest should be awarded or not. His decision was upheld by the Court of Appeal (1983), 74 C.P.R. (2d) 199. The Federal Court of Appeal also applied the provisions of the Quebec *Civil Code* to determine entitlement to pre-judgment interest in the case *Domestic Converters Corporation v. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 F.C. 211; (1983), 46 N.R. 195 (C.A.). It also followed the last mentioned decision in the case of *Marshall v.*

[TRADUCTION] Les mots «limitation de responsabilité déclarée par la loi» qui figurent à la fin de la déclaration doivent signifier, dans un État fédéral, qu'elle provient de l'organe législatif qui a compétence pour imposer une telle limitation.

a Il faisait alors allusion à la limitation de responsabilité du propriétaire ou du conducteur d'un véhicule automobile.

b Dans l'affaire *Procureur général du Canada et Motel Fontaine Bleue Inc.* (1979), 29 N.R. 394 (C.A.F.), qui concernait l'application de dispositions du *Code civil* du Québec, le juge Pratte, qui a exprimé l'opinion de la majorité des membres de la Cour, a dit à la page 401:

c Il me paraît clair que la Cour peut, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'art. 16 de la *Loi sur l'expropriation*, appliquer le droit provincial sans contredire les principes établis par les arrêts *McNamara* et *Quebec North Shore*. [Voir *Gouvernement du Canada c. McNamara Construction (Western) Limited et autre* (1975), 13 N.R. 181; [1977] 2 R.C.S. 654, et *Canadien Pacifique Ltée c. Quebec North Shore Paper Co.* (1976), 9 N.R. 471; [1977] 2 R.C.S. 1054.]

Le juge en chef Jackett est arrivé à une conclusion différente, mais il a toutefois reconnu que le *Code civil* du Québec s'appliquait.

e Si la Couronne fédérale est liée par les règles de fond provinciales lorsque sa responsabilité est déterminée par la Cour fédérale, les autres parties doivent *a fortiori* être assujetties à la même règle.

f Il semble ne faire aucun doute que le droit au paiement d'un intérêt, qu'il s'agisse d'un intérêt antérieur au jugement ou d'un intérêt postérieur au jugement, est une question de fond. Ce principe a été clairement établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Consolidated Distilleries Ltd. v. The King*, [1932] R.C.S. 419; [1933] A.C. 508 (P.C.), où elle a statué que l'article 34 de la *Judicature Act* de l'Ontario qui traite de la question de l'intérêt constituait une règle de fond et était applicable. Dans l'affaire *Consolboard Inc. c. MacMillan Blædel (Saskatchewan) Ltd.* (1982), 63 C.P.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.), mon collègue le juge Cattnach a appliqué les dispositions législatives de la Saskatchewan pour déterminer si un intérêt devait être accordé ou non. Sa décision a été confirmée par la Cour d'appel (1983), 74 C.P.R. (2d) 199. La Cour d'appel fédérale a également appliqué les dispositions du *Code civil* du Québec pour déterminer s'il y avait lieu d'accorder un intérêt antérieur au jugement dans l'arrêt *Domestic Converters Corporation c. Arctic*

Canada (1985), 60 N.R. 180 (F.C.A.) where the interest provisions of the Ontario *Judicature Act* were applied. Finally in the case of *R. v. Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft*, [1971] S.C.R. 849; 20 D.L.R. (3d) 444, the Supreme Court of Canada applied the interest provisions of the Quebec *Civil Code* to the claim.

The provincial substantive law applicable to the present case would clearly be that of the Province of Ontario, since both parties were doing business in Ontario and since the occurrences which gave rise to the action all took place within that Province: the defendant was manufacturing the F.G.W.W. in Barrie and was selling it from its warehouse in Mississauga, both within the Province of Ontario. The damages which resulted from the interlocutory injunction must therefore be assessed and interest, if any, must be awarded in accordance with the laws of Ontario to the extent that they are not excluded by any federal statute to which the Federal Court would be required to conform in the circumstances of the case at bar. This issue of damages arising from the undertaking as well as those claimed in the action itself are essentially questions of property and civil rights. Constitutionally such questions, except in areas specifically allocated to the federal authority fall within provincial jurisdiction.

Finally, I agree with counsel for the defendant when he states that, where two courts exercise concurrent jurisdiction over precisely the same subject matter it would be most unfair, inequitable and indeed unjust to have two different scales of recovery. Even in a federal state there should be but one law governing the rights and duties of citizens in any given set of circumstances. Substantive law should never depend on the choice of tribunal before which it is being interpreted and applied, unless very explicit statutory provisions to the contrary exist. Even in such a case, having regard to our Charter of Rights and Freedoms [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] and the principles of equality before the law which it propounds, our courts would in all probability

Steamship Line, [1984] 1 C.F. 211; (1983), 46 N.R. 195 (C.A.). Elle a également suivi cette dernière décision dans l'arrêt *Marshall c. Canada* (1985), 60 N.R. 180 (C.A.F.), où elle a appliqué les dispositions de la *Judicature Act* de l'Ontario relatives à l'intérêt. Enfin, dans l'arrêt *R. c. Nord-Deutsche Versicherungs Gesellschaft*, [1971] R.C.S. 849; 20 D.L.R. (3d) 444, la Cour suprême du Canada a appliqué à la demande les dispositions du *Code civil* du Québec concernant l'intérêt.

Ce sont les règles de fond de la province de l'Ontario qui devraient manifestement s'appliquer à l'espèce, étant donné que les deux parties exploitaient leur entreprise en Ontario et que les faits qui ont donné lieu à l'action se sont tous produits dans cette province: la défenderesse fabriquait les F.G.W.W. à Barrie et elle les vendait à partir de son entrepôt de Mississauga, deux villes ontariennes. Les dommages qui ont résulté de l'injonction interlocutoire doivent donc être évalués et l'intérêt déterminé, s'il en est, suivant les dispositions législatives de l'Ontario dans la mesure où celles-ci ne sont pas exclues par une loi fédérale à laquelle la Cour fédérale serait tenue de se conformer compte tenu des circonstances de l'espèce. La question des dommages découlant de l'engagement ainsi que les dommages réclamés dans l'action elle-même constituent essentiellement des questions de propriété et de droits civils. Suivant la Constitution, ces questions relèvent de la compétence des provinces sauf dans les domaines spécifiquement attribués au gouvernement fédéral.

Enfin, je suis d'accord avec l'avocat de la défenderesse pour dire que lorsque deux cours exercent une compétence concurrente sur exactement la même matière, le fait d'avoir deux différentes échelles permettant d'obtenir un redressement serait tout à fait injuste et inequitable. Même dans un État fédéral, il ne devrait exister qu'un seul système de lois réglementant les droits et obligations des citoyens en toutes circonstances. Les règles de fond ne devraient jamais dépendre du choix du tribunal devant lequel elles sont interprétées et appliquées, à moins qu'il n'existe des dispositions législatives très claires à l'effet contraire. Même dans un tel cas, nos cours déclareraient selon toute probabilité à la lumière de la Charte des droits et libertés [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de*

declare one of the conflicting laws to be void or inoperative or one of the two tribunals to be without jurisdiction, in order to ensure the application of a uniform rule of law.

(B) Pre-judgment interest:

Counsel for the plaintiff stated that in the Federal Court of Canada the established law is that interest is not awarded on unliquidated damages prior to the assessment of same. In support of this proposition he cited three cases namely: *Consolboard Inc. v. MacMillan Blædel (Saskatchewan) Ltd.*, *supra*, on which I have already commented; *Davie Shipbuilding Limited v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461 (C.A.), at page 467; *McKinnon and McKillap v. Campbell River Lbr. Co., Ltd. (No. 2)*, [1922] 2 W.W.R. 556 (B.C.C.A.). In the *Consolboard* case Cattanach J. held that the substantive law of Saskatchewan applied and specifically referred to the *Queen's Bench Act* of that province in order to determine whether pre-judgment interest should be paid. He held that it was not payable because the Saskatchewan statutes did not provide for it and not because of any established law to that effect in the Federal Court. His decision was upheld by the Court of Appeal. The *Davie Shipbuilding* case, *supra*, merely stated that interest was normally payable in admiralty cases as opposed to common law cases. The *McKinnon* case, *supra*, was a Supreme Court of British Columbia case which merely restated the well recognized principle that, in the absence of any written agreement providing for same, interest is not recoverable at common law, but only pursuant to express statutory authority.

Counsel for the plaintiff also argued that because post-judgment interest is dealt with in section 40 of the *Federal Court Act* in cases where no right of interest is provided for in the judgment, it must be presumed that Parliament did not intend that pre-judgment interest be awarded. I do not accept this proposition. He cited in support the case of *Warwick Shipping Ltd. v. R.* [1981] 2 F.C. 57 (T.D.), and *Magrath v. National Parole Board*

1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)] et des principes d'égalité qu'elle met de l'avant, que l'une des lois contradictoires est nulle ou inopérante ou que l'une des deux cours est incompétente et ce, afin d'assurer l'application d'une règle de droit uniforme.

B) Intérêt antérieur au jugement

L'avocat de la demanderesse a déclaré que la règle de droit reconnue devant la Cour fédérale du Canada est qu'aucun intérêt n'est accordé sur des dommages-intérêts tant que ceux-ci ne sont pas déterminés. À l'appui de cette proposition, il a invoqué trois décisions: *Consolboard Inc. c. MacMillan Blædel (Saskatchewan) Ltd.*, précitée, que j'ai déjà commentée, *Davie Shipbuilding Limited c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461 (C.A.), à la page 467, et *McKinnon and McKillap v. Campbell River Lbr. Co., Ltd. (No. 2)*, [1922] 2 W.W.R. 556 (C.A.C.-B.). Dans l'affaire *Consolboard*, le juge Cattanach a statué que les règles de fond de la Saskatchewan s'appliquaient et il a précisément invoqué la *Queen's Bench Act* de cette province afin de déterminer si un intérêt antérieur au jugement devait être versé. Il a jugé qu'un tel intérêt n'était pas payable parce que les lois de la Saskatchewan n'en prévoyaient pas le paiement et non parce qu'il pourrait exister une règle de droit à cet effet devant la Cour fédérale. Sa décision a été confirmée par la Cour d'appel. Dans l'affaire *Davie Shipbuilding*, précitée, la Cour a simplement statué que l'intérêt était normalement payable dans des affaires maritimes à l'exclusion des affaires de *common law*. L'affaire *McKinnon*, précitée, était une décision dans laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a simplement répété le principe reconnu suivant lequel, en l'absence d'une entente écrite à cet effet, l'intérêt ne peut être recouvré en vertu de la *common law* sauf sur le fondement d'une disposition législative expresse.

L'avocat de la demanderesse a également allégué qu'étant donné que l'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale* traite de la question de l'intérêt postérieur au jugement lorsque le jugement ne donne pas droit au versement d'un intérêt, il faut présumer que le législateur fédéral n'avait pas l'intention de permettre qu'un intérêt antérieur au jugement soit accordé. Je ne souscris pas à cette proposition. Pour appuyer celle-ci, l'avocat a cité

of Canada, [1979] 2 F.C. 757 (T.D.). They are not applicable as they deal with questions of practice and procedure and not with substantive law.

The relevant portions of section 36 of the Ontario *Judicature Act*, R.S.O. 1980, c. 223, which are applicable to pre-judgment interest are as follows:

36.—(1) In this section, “prime rate” means the lowest rate of interest quoted by chartered banks to the most credit-worthy borrowers for prime business loans, as determined and published by the Bank of Canada.

(2) For the purposes of establishing the prime rate, the periodic publication entitled the Bank of Canada Review purporting to be published by the Bank of Canada is admissible in evidence as conclusive proof of the prime rate as set out therein, without further proof of the authenticity of the publication.

(3) Subject to subsection (6), a person who is entitled to a judgment for the payment of money is entitled to claim and have included in the judgment an award of interest thereon,

- (a) at the prime rate existing for the month preceding the month on which the action was commenced; and
- (b) calculated,
 - (i) where the judgment is given upon a liquidated claim, from the date the cause of action arose to the date of the judgment, or
 - (ii) where the judgment is given upon an unliquidated claim, from the date the person entitled gave notice in writing of his claim to the person liable therefor to the date of the judgment.

(4) Where the judgment includes an amount for special damages, the interest calculated under subsection (3) shall be calculated on the balance of special damages incurred as totalled at the end of each six month period following the notice in writing referred to in subclause (3)(b)(ii) and at the date of the judgment.

(5) Interest under this section shall not be awarded,

- (f) where interest is payable by a right other than under this section.
- (6) The judge may, where he considers it to be just to do so in all the circumstances,
 - (a) disallow interest under this section;
 - (b) fix a rate of interest higher or lower than the prime rate;
 - (c) allow interest under this section for a period other than that provided, in respect of the whole or any part of the amount for which judgment is given.

les affaires *Warwick Shipping Ltd. c. R.*, [1981] 2 C.F. 57 (1^{re} inst.) et *Magrath c. La Commission nationale des libérations conditionnelles du Canada*, [1979] 2 C.F. 757 (1^{re} inst.). Ces décisions ne s'appliquent pas car elles portent sur des questions de pratique et de procédure et non sur des règles de fond.

Voici les dispositions pertinentes de l'article 36 de la *Judicature Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, chap. 223, qui s'appliquent à l'intérêt antérieur au jugement:

[TRADUCTION] 36.—(1) Dans le présent article, l'expression «taux préférentiel» s'entend du taux d'intérêt le plus bas consenti par les banques à charte à leurs meilleurs clients sur des prêts commerciaux, tel qu'il est déterminé et publié par la Banque du Canada.

(2) Aux fins de déterminer le taux préférentiel, la publication périodique intitulée *Revue de la Banque du Canada* qui est publiée par la Banque du Canada est recevable comme preuve concluante du taux préférentiel qui y est indiqué, sans aucune autre preuve de l'authenticité de la publication.

(3) Sous réserve du paragraphe (6), la personne qui a droit à un jugement lui accordant le paiement d'une somme d'argent a le droit de réclamer que soit inclus dans le jugement le paiement d'un intérêt

- a) au taux préférentiel en vigueur le mois précédant celui où l'action a été intentée;
- b) calculé,
 - (i) soit à compter de la date où la cause d'action a pris naissance jusqu'à la date du jugement lorsque celui-ci est rendu sur une demande d'une somme précise,
 - (ii) soit à compter de la date à laquelle la personne y ayant droit a notifié par écrit sa demande à la personne redevable jusqu'à la date du jugement lorsque celui-ci est rendu sur une demande d'une somme non déterminée.

(4) Lorsque le jugement octroie des dommages-intérêts spéciaux, l'intérêt prévu au paragraphe (3) doit être calculé sur le reliquat des dommages-intérêts totalisés à la fin de chaque période de six mois suivant l'avis écrit mentionné au sous-alinéa (3)(b)(ii) et à la date du jugement.

(5) Aucun intérêt ne doit être accordé aux termes du présent article

- f) lorsque l'intérêt est payable en vertu d'un droit autre que celui conféré par le présent article.
- (6) Lorsqu'il estime que cela est juste compte tenu de l'ensemble des circonstances, le juge peut
 - a) refuser d'accorder l'intérêt prévu au présent article;
 - b) fixer un taux d'intérêt supérieur ou inférieur au taux préférentiel;
 - c) accorder l'intérêt prévu au présent article pour une autre période que celle qui y est prescrite en ce qui a trait à la totalité ou à une partie de la somme pour laquelle le jugement est rendu.

New statutory provisions were enacted in Ontario by the *Courts of Justice Act*, S.O. 1984, c. 11, which took effect on the 1st of January 1985. Subsection 138(4) of that Act however provides that section 138 does not apply to proceedings commenced before the Act came into force, which of course is the case here. Section 36 of the *Judicature Act* therefore continues to apply.

The Court of Appeal of Ontario has held that interest should be awarded in all cases where the law provides for it unless special circumstances exist which justify departing from the general practice. *Astro Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. Western Assurance Co.* (1979), 24 O.R. (2d) 268 (C.A.).

It is apparent that the Ontario Legislature, when paragraph 36(5)(f), *supra*, was enacted, intended to preserve all rights to interest traditionally recognized by Court of Equity in such matters as fraud, breach of trust, conversion or misappropriation of funds, as opposed to Common Law Courts where no right to pre-judgment interest was recognized except in contract matters (*Brock v. Cole et al.* (1983), 40 O.R. (2d) 97 (C.A.)).

It seems clear however in the case at bar that principles of equity are not involved. The payment or non-payment of interest remains entirely a question of law, since the damages arise out of an undertaking. The mere fact that the undertaking did not constitute a true contract at law or that it related to the granting of an interlocutory injunction which is an equitable remedy, does not, in my view, change the essential element that the damages are directly attributable to a formal promise and not to any equitable principle and that they are to be calculated as if they were being granted upon a contract to indemnify (see *Hoffman-LaRoche (F) & Co AG v. Secretary of State for Trade and Industry*, *supra*).

The action for infringement of design was instituted by the plaintiff on the 9th of February 1982. However, the defendant's right to or claim for damages did not originate or arise at that time. Indeed, the right never existed at all until the

De nouvelles dispositions législatives ont été adoptées en Ontario par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, S.O. 1984, chap. 11, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1985. Le paragraphe 138(4) de cette Loi prévoit toutefois que l'article 138 ne s'applique pas aux procédures engagées avant que la Loi ne soit entrée en vigueur, ce qui est évidemment le cas en l'espèce. L'article 36 de la *Judicature Act* continue par conséquent à s'appliquer.

La Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'un intérêt devrait être accordé dans tous les cas où la loi le prévoit sauf s'il existe des circonstances spéciales justifiant une dérogation à cette pratique générale. *Astro Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. Western Assurance Co.* (1979), 24 O.R. (2d) 268 (C.A.).

Il est évident que lorsqu'elle a adopté l'alinéa 36(5)f), précité, l'assemblée législative de l'Ontario avait l'intention de préserver tous les droits au versement d'un intérêt reconnu traditionnellement par la cour d'*equity* dans les affaires de fraude, d'abus de confiance, d'appropriation ou de détournement de fonds, par opposition aux tribunaux de *common law* qui ne reconnaissaient le droit au versement d'un intérêt antérieur au jugement qu'en matière contractuelle (*Brock v. Cole et al.* (1983), 40 O.R. (2d) 97 (C.A.)).

Il semble toutefois évident en l'espèce que les principes d'*equity* ne sont pas en cause. Le paiement ou le non-paiement d'un intérêt demeure une question de droit, les dommages-intérêts ayant découlé d'un engagement. Le simple fait que l'engagement n'était pas un véritable contrat au sens de la loi ou qu'il se rapportait à la décision d'accorder une injonction interlocutoire qui constitue un recours en *equity* ne change pas, à mon avis, l'aspect essentiel de l'affaire, c'est-à-dire que les dommages-intérêts découlent directement d'une promesse formelle et non d'un principe d'*equity* et qu'ils doivent être calculés comme s'ils étaient accordés en vertu d'un contrat d'indemnisation (voir *Hoffman-LaRoche (F) & Co AG v. Secretary of State for Trade and Industry*, précitée).

L'action en contrefaçon de dessin industriel a été intentée par la demanderesse le 9 février 1982. Le droit de la défenderesse à des dommages-intérêts n'a toutefois pas pris naissance à cette date. En fait, ce droit n'a existé qu'à partir du moment

undertaking was given by the plaintiff and the damages only began to arise at that time by reason of the imposition of the interlocutory injunction. Furthermore, it seems that the right is not based on the action at all but merely on the undertaking which was given in the course of the action. When applying paragraph 36(3)(a) to the facts of the case, it does not matter whether we consider that the prime rate should be that of the month immediately preceding the action, that is January 1982 or of the month immediately preceding the undertaking, that is February 1982, because in each case the prime rate was 16.5%. This should therefore be considered the governing rate.

Subsection 36(4) provides for a special method of calculating interest every six months on "special" damages. The term is not defined in the statute nor are general damages defined. Special damages might be taken to signify damages which, on the date of judgment, can be specifically identified and itemized. *Black's Law Dictionary*, 5th edition, defines special damages as those which are the actual but not the necessary result of the injury complained of and general damages as those which are the immediate, direct and proximate result of the wrong. Similarly, *The Canadian Law Dictionary*, 1980 (Law and Business Publications (Canada) Inc.), defines general damages as such damages as the law will presume to be the direct, natural and probable consequences of the act complained of and distinguishes them from special damages as those which the law will not infer from the nature of the act and which are exceptional in character.

The losses of \$365,438 and \$256,468.75 were without a doubt the immediate, direct and proximate results of the defendant being prevented from selling its griddles. Whatever definition of special damages one might care to adopt, it seems to me that the term is not applicable to the damages claimed and awarded in the present case: they are more accurately described as general damages. Subsection 36(4) therefore need not be taken into consideration.

où la demanderesse a pris l'engagement d'indemniser la défenderesse et les dommages-intérêts n'ont commencé à courir qu'à compter de l'injonction interlocutoire. Il semble en outre que ce droit ne repose aucunement sur l'action mais simplement sur l'engagement qui a été pris au cours de ladite action. Lorsqu'on applique l'alinéa 36(3)a) aux faits de l'espèce, il importe peu de savoir si le taux préférentiel devrait être celui du mois qui a immédiatement précédé le début de l'action, soit le mois de janvier 1982, ou celui du mois qui a immédiatement précédé la date de l'engagement, soit le mois de février 1982, parce que dans chaque cas le taux préférentiel était de 16,5 %. On devrait donc considérer que c'est ce taux qui s'applique.

Le paragraphe 36(4) prévoit une méthode particulière permettant de calculer tous les six mois l'intérêt sur les dommages-intérêts «spéciaux». Cette dernière expression n'est pas définie dans la loi pas plus que ne le sont les dommages-intérêts généraux. On pourrait considérer que les dommages-intérêts spéciaux sont ceux qu'il est possible, à la date du jugement, de déterminer précisément et de façon détaillée. Le *Black's Law Dictionary*, 5^e édition, définit les dommages-intérêts spéciaux comme ceux qui découlent réellement mais non nécessairement du préjudice allégué et les dommages-intérêts généraux comme ceux qui constituent le résultat immédiat et direct de ce préjudice. Par ailleurs, le *Canadian Law Dictionary*, 1980 (Law and Business Publications (Canada) Inc.) définit les dommages-intérêts généraux comme les dommages qui, par une présomption de la loi, sont la conséquence directe, naturelle et probable de l'acte reproché; il les distingue des dommages-intérêts spéciaux en précisant que, du point de vue du droit, ces derniers ne découlent pas de la nature de l'acte et revêtent un caractère exceptionnel.

Il ne fait aucun doute que les pertes de 365 438 \$ et de 256 468,75 \$ ont découlé immédiatement et directement du fait qu'on a empêché la défenderesse de vendre ses plaques chauffantes. Quelle que soit la définition que l'on adopte quant aux dommages-intérêts spéciaux, il me semble que cette expression ne s'applique pas aux dommages-intérêts réclamés et accordés en l'espèce: ils constituent plutôt des dommages-intérêts généraux. Il n'est donc pas nécessaire de tenir compte du paragraphe 36(4).

As to the period of calculation, since the damages are clearly unliquidated, the date that the undertaking requested by the defendant and imposed by the Court, namely the 12th of March 1982, must be regarded as the date for which the interest is to run in accordance with subparagraph 36(3)(b)(ii). It is true that no written notice of the claim was given to the plaintiff at the time, but the formal undertaking of that party given to the Court and the acceptance of that undertaking by the Court as a pre-condition to granting the injunction must necessarily be considered a much more solemn, formal and effective notice of the defendant's claim than any mere written notice could ever be.

Subsection 36(6) empowers the judge to disallow interest, and to vary either the rate or the time from which interest is to be calculated "where he considers it to be just to do so in all the circumstances", and "in respect of the whole or any part of the amount for which judgment is given". Those provisions create a very wide discretion. Section 36 requires that, normally speaking, the interest be awarded from the time of the notice of claim unless it is considered just to do otherwise. (*Dugdale v. Boissneau et al.* (1983), 41 O.R. (2d) 152 (C.A.)).

There is no need in the case before me to consider paragraph 36(5)(d) since all the losses have now taken place. The Court however must not allow an excessively high recovery and therefore should not hesitate to exercise its discretion where the circumstances indicate that it might not be just to adhere strictly to the other provisions of section 36. The discretion to vary a fixed rate has been exercised in many cases both in Ontario and in the other provinces.

The injunction remained in place from the 12th of March 1982 until the 28th of March 1983. There was of course no damage at the outset of that period: it accumulated throughout, until it attained, on the last day, a total of \$365,438. Considering the provisions of subsection 36(6), I consider that it would be just in those circumstances to strike an average and apply ½ of the governing rate, that is 8.25%, to the full amount of

Pour ce qui est de la période du calcul de l'intérêt, étant donné qu'il s'agit manifestement de dommages-intérêts non déterminés, on doit considérer que la date à laquelle l'engagement a été demandé par la défenderesse et imposé par la Cour, soit le 12 mars 1982, constitue la date à laquelle l'intérêt doit commencer à courir conformément au sous-alinéa 36(3)b(ii). Il est vrai qu'à ce moment-là la réclamation n'avait pas été notifiée par écrit à la demanderesse, mais il faut nécessairement considérer que l'engagement formel fourni par cette partie à la Cour et qui devait être accepté par cette dernière comme condition préalable pour que l'injonction soit accordée était un avis beaucoup plus formel et valable qu'un simple avis écrit.

Le paragraphe 36(6) habilite le juge à refuser d'accorder un intérêt et à modifier soit le taux soit le moment à partir duquel l'intérêt doit être calculé «lorsqu'il estime que cela est juste compte tenu de l'ensemble des circonstances» et «en ce qui a trait à la totalité ou à une partie de la somme pour laquelle le jugement est rendu». Ces dispositions confèrent un large pouvoir discrétionnaire. L'article 36 exige, normalement parlant, que l'intérêt soit accordé à compter de l'avis de la réclamation à moins qu'on estime juste qu'il en soit autrement. (*Dugdale v. Boissneau et al.* (1983), 41 O.R. (2d) 152 (C.A.)).

Il n'est nullement nécessaire en l'espèce d'examiner l'alinéa 36(5)d étant donné que toutes les pertes ont déjà eu lieu. La Cour ne doit toutefois pas permettre un recouvrement trop élevé et elle ne devrait donc pas hésiter à exercer son pouvoir discrétionnaire lorsque les circonstances indiquent qu'il pourrait être injuste d'appliquer strictement les autres dispositions de l'article 36. Le pouvoir discrétionnaire de modifier un taux d'intérêt prescrit a été exercé dans de nombreuses affaires à la fois en Ontario et dans les autres provinces.

L'injonction a été en vigueur du 12 mars 1982 au 28 mars 1983. Aucuns dommages-intérêts n'étaient évidemment dus au début de cette période; ils se sont accumulés pendant celle-ci jusqu'à ce qu'ils totalisent 365 438 \$ le dernier jour. Compte tenu des dispositions du paragraphe 36(6), j'estime qu'il serait juste dans les circonstances d'établir une moyenne et d'appliquer la moitié du taux applicable, soit 8,25 %, au montant

\$365,438 for the period ending on the 28th of March 1983. Thereafter the full rate of 16.5% should apply on that loss until my judgment is rendered in this matter and post-judgment interest rates are applied. Similarly for the sum of \$256,468.75 being the post-injunction damages incurred during the period which was limited to one year by the referee, that is the 28th of March 1983 until the 28th of March 1984, the damage should be averaged by applying ½ of the rate for the whole of that period. Thereafter the rate of 16.5% would prevail on that amount until judgment.

The freight and advertising charges of \$1,097 which were due from the 31st of March 1982 will bear interest from that date at 8.25% to date of judgment. I have deliberately treated this last mentioned amount, which in fact represents special damages, without applying either the full rate of interest nor the method of calculation provided for in subsections (3) and (4) of section 36 of the Ontario *Judicature Act* (*supra*) in view of the fact that the amount was fully agreed upon and also, constitutes an extremely minimal amount having regard to the total amount of general damages involved.

Based on the above, the pre-judgment interest would be calculated as follows:

\$365,438 at 8.25% from March 12, 1982 to March 28, 1983 =	\$ 31,552.81
\$365,438 at 16.5% from March 28, 1983 to date of judgment (October 28, 1986) =	\$216,409.37
\$256,468.75 at 8.25% from March 28, 1983 to March 28, 1984 =	\$ 21,158.67
\$256,468.75 at 16.5% from March 28, 1984 to date of judgment (October 28, 1986) =	\$109,561.01
\$1,097 at 8.25% from March 31, 1982 to date of judgment (October 28, 1986) =	\$ 414.57
Total	\$379,096.43

(C) Post-judgment interest:

Turning now to post-judgment interest, I do not accept the argument of the plaintiff to the effect

total de 365 438 \$ pour la période se terminant le 28 mars 1983. Par la suite, il faudrait appliquer à cette perte le taux intégral de 16,5 % jusqu'à ce que j'aie rendu mon jugement en l'espèce et que les taux d'intérêt postérieurs au jugement soient appliqués. Quant à la somme de 256 468,75 \$ qui représente les dommages-intérêts alloués après l'injonction pendant la période qui a été limitée à un an par l'arbitre, soit du 28 mars 1983 au 28 mars 1984, il faudrait faire la moyenne de ces dommages-intérêts en appliquant la moitié du taux pour l'ensemble de cette période. Par la suite, le taux de 16,5 % s'appliquera à cette somme jusqu'au jugement.

Les frais de transport et de publicité s'élevant à 1 097 \$ et qui étaient dus à compter du 31 mars 1982, porteront intérêt au taux de 8,25 % à compter de cette date jusqu'au jugement. J'ai délibérément traité cette dernière somme, qui en fait représente des dommages-intérêts spéciaux, sans appliquer le taux d'intérêt intégral ni la méthode de calcul prévue aux paragraphes (3) et (4) de l'article 36 de la *Judicature Act* de l'Ontario, précitée, parce que cette somme a été acceptée par les parties et qu'elle est minime compte tenu du montant total des dommages-intérêts en cause.

Vu ce qui précède, l'intérêt antérieur au jugement sera calculé comme suit:

365 438 \$ au taux de 8,25 % du 12 mars 1982 au 28 mars 1983 =	31 552,81 \$
365 438 \$ au taux de 16,5 % du 28 mars 1983 à la date du jugement (28 octobre 1986) =	216 409,37 \$
256 468,75 \$ au taux de 8,25 % du 28 mars 1983 au 28 mars 1984 =	21 158,67 \$
256 468,75 \$ au taux de 16,5 % du 28 mars 1984 à la date du jugement (28 octobre 1986) =	109 561,01 \$
1 097 \$ au taux de 8,25 % du 31 mars 1982 à la date du jugement (28 octobre 1986) =	414,57 \$
TOTAL	379 096,43 \$

(C) Intérêt postérieur au jugement

Si j'examine maintenant la question de l'intérêt postérieur au jugement, je ne souscris pas à l'argu-

that, in accordance with section 40 of the *Federal Court Act*, the judgment may not bear interest at a higher rate than 5% unless special circumstances justify the increase. The section reads as follows:

40. Unless otherwise ordered by the Court, a judgment, including a judgment against the Crown, bears interest from the time of giving the judgment at the rate prescribed by section 3 of the *Interest Act*.

Counsel relied on the following cases: *Domestic Converters Corporation v. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 F.C. 211, at pages 229-230; (1983), 46 N.R. 195 (C.A.), at page 208, *Consolboard Inc. v. MacMillan Blædel (Saskatchewan) Limited*, [1983] 1 F.C. 89, at page 91; (1982), 65 C.P.R. (2d) 100 (T.D.), at page 102.

In the *Domestic Converters* case, the Court of Appeal (refer paragraph 30 of the above-mentioned report) far from supporting the proposition advanced by counsel for the plaintiff, decided that post-judgment interest was properly allowed at 8%, being the rate provided for by the *Civil Code* of the Province of Quebec which governed the liability of the plaintiffs in that case. In the last cited *Consolboard* case, although the Trial Judge merely allowed interest at the rate prescribed in the *Interest Act* and also commented that there did not appear to be special circumstances which would warrant a higher rate, the reasons for judgment do not indicate that the provincial law governing post-judgment interest was either argued or considered. In my view, section 40 of the *Federal Court Act* merely governs where the Court has not chosen to set any post-judgment interest. Where, however, it has decided to do so, then it may apply the regular post-judgment rate of the province whose laws govern the liability and, in addition, the court in such cases should normally apply that rate unless some particular circumstances exist which would justify a variation from the statutorily fixed provincial rate. This principle applies *a fortiori* where the case is one where the Federal Court and the appropriate Provincial Court share concurrent jurisdiction over the subject matter, in order, as previously stated, to avoid applicable

ment de la demanderesse suivant lequel, en vertu de l'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le jugement ne peut porter intérêt à un taux supérieur à 5 % à moins que les circonstances ne justifient une telle augmentation. Cet article est libellé comme suit:

40. A moins qu'il n'en soit autrement ordonné par la Cour, un jugement, notamment un jugement contre la Couronne, porte intérêt à compter du moment où le jugement est rendu au taux prescrit par l'article 3 de la *Loi sur l'intérêt*.

L'avocat a invoqué les décisions suivantes: *Domestic Converters Corporation c. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 C.F. 211, aux pages 229 et 230; (1983), 46 N.R. 195 (C.A.), à la page 208, *Consolboard Inc. c. MacMillan Blædel (Saskatchewan) Limited*, [1983] 1 C.F. 89, à la page 91; (1982), 65 C.P.R. (2d) 100 (1^{re} inst.), à la page 102.

Dans l'affaire *Domestic Converters*, loin de souscrire à la proposition avancée par l'avocat de la demanderesse, la Cour d'appel (voir le paragraphe 30 du rapport susmentionné) a statué qu'il convenait de fixer à 8 % le taux de l'intérêt postérieur au jugement étant donné qu'il s'agissait du taux prescrit par le *Code civil* de la province de Québec qui régissait la responsabilité des demanderesse dans cette affaire. Dans la dernière affaire citée, l'affaire *Consolboard*, bien que le juge de première instance ait simplement accordé l'intérêt au taux prescrit dans la *Loi sur l'intérêt* et qu'il ait également fait remarquer qu'il ne semblait pas exister de circonstances spéciales qui justifiaient un taux plus élevé, les motifs du jugement n'indiquent pas si on a contesté ou examiné les dispositions législatives provinciales régissant l'intérêt postérieur au jugement. À mon avis, l'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne s'applique que lorsque la Cour a choisi de ne pas fixer l'intérêt postérieur au jugement. Lorsqu'elle a cependant décidé de le faire, la cour peut alors appliquer le taux d'intérêt ordinaire postérieur au jugement qui est en vigueur dans la province dont les dispositions législatives déterminent l'assujettissement et elle devrait normalement appliquer ce taux dans de tels cas à moins qu'il n'existe des circonstances particulières qui permettraient d'y déroger. Ce principe s'applique *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'un cas où la Cour fédérale et la cour appropriée d'une province ont compétence concurrente pour connaître d'une affaire, afin d'éviter, comme je l'ai déjà

substantive law from being determined by the choice of tribunal.

In support of an argument that there existed some constitutional restriction on this Court to apply the Ontario statute to the question of post-judgment interest, counsel for the plaintiff purported to rely on the cases of *Broddy et al. and Director of Vital Statistics (Re)* (1983), 142 D.L.R. (3d) 151 (Alta. C.A.), and the case of *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60. The *Broddy* case states that provinces do not have the power to define words in federal law unless such power is expressly granted by federal legislation. This is quite correct but it is not the issue here nor can I find anything in the *Bisaillon* case which would justify a change or variation of the accepted principle that interest is a matter of substantive law and, being part of the compensation, it is also a matter of property and civil rights where applicable provincial law must govern, providing validly enacted federal legislation in the field of interest does not otherwise decree.

Section 3 of the *Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18 provides that, where no rate is fixed by law, the rate shall be 5% per annum. Martland J. in *Prince Albert Pulp Co. Ltd. et al. v. The Foundation Company of Canada, Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 200, stated that where a court in its judgment has awarded interest the section would not be applicable. In *British Pacific Properties Ltd. v. Minister of Highways and Public Works*, [1980] 2 S.C.R. 283; 33 N.R. 98, it was also held by the Supreme Court of Canada that the 5% rate in the *Interest Act* is not applicable where a judge under a statutory authority awards interests and fixes the rate since the rate then becomes "fixed by law" as provided for in the section.

Having been requested to fix post-judgment interest and having decided to do so, the matter must be determined with reference to the law of Ontario. The Court of Appeal of Ontario has held that post-judgment interest is a question of substantive law (see *306793 Ontario Ltd. v. Rimes* (1980), 30 O.R. (2d) 158; 16 C.P.C. 36 (C.A.)).

dit, que les règles de fond applicables soient choisies en fonction du tribunal.

Au soutien de son argument suivant lequel il existait dans la Constitution une restriction obligeant cette Cour à appliquer la loi ontarienne à la question de l'intérêt postérieur au jugement, l'avocat de la demanderesse a invoqué les arrêts *Broddy et al. and Director of Vital Statistics (Re)* (1983), 142 D.L.R. (3d) 151 (C.A. Alb.), et *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60. L'affaire *Broddy* porte que les provinces ne sont pas habilitées à définir des mots figurant dans des lois fédérales à moins que ce pouvoir ne leur soit expressément conféré par des dispositions législatives fédérales. C'est tout à fait exact, mais ce n'est pas ce dont il s'agit en l'espèce; je ne peux non plus trouver dans l'arrêt *Bisaillon* une raison quelconque qui permettrait de changer ou de modifier le principe reconnu que l'intérêt est une question de règle de fond et, en outre, puisqu'elle fait partie de l'indemnité, une question de propriété et de droits civils qui relève des lois provinciales applicables, à condition que les dispositions législatives fédérales valides qui concernent la question de l'intérêt ne prescrivent le contraire.

L'article 3 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18, prévoit que lorsqu'aucun taux n'est fixé par la loi, ce taux est de 5 % par année. Dans l'arrêt *Prince Albert Pulp Co. Ltd. et autre c. The Foundation Company of Canada Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 200, le juge Martland a statué que lorsqu'une cour a accordé un intérêt dans son jugement, cet article ne s'applique pas. Dans l'arrêt *British Pacific Properties Ltd. c. Minister of Highways and Public Works*, [1980] 2 R.C.S. 283; 33 N.R. 98, la Cour suprême du Canada a également statué que le taux de 5 % prescrit dans la *Loi sur l'intérêt* ne s'applique pas lorsqu'un juge accorde des intérêts en vertu d'un pouvoir prévu par la loi et en fixe le taux, étant donné que ce taux devient alors «fixé par la loi» comme le prévoit cet article.

Comme on m'a demandé de fixer un intérêt postérieur au jugement et que j'ai décidé de le faire, je devrai trancher cette question en me référant au droit de l'Ontario. La Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'intérêt postérieur au jugement est une question de règle de fond (voir *306793 Ontario Ltd. v. Rimes* (1980), 30 O.R.

The *Courts of Justice Act*, S.O. 1984, c. 11, subsection 139(1), provides as follows: "Money owing under an order, including costs to be assessed or costs fixed by the court, bears interest at the postjudgment interest rate, calculated from the date of the order." Section 137 of the same Act provides that the "postjudgment interest rate" is the bank rate rounded to the next higher whole number plus 1% as of the first day of the last month of the quarter preceding the date of the order. In the case of *CAE Industries Ltd. et al. v. The Queen* (1983), 79 C.P.R. (2d) 88 (F.C.T.D.), Collier J. agreed that post-judgment interest would run from the date of judgment which he fixed as being the date of his reasons for judgment. The decision was upheld on appeal. In the Federal Court case of *Rothwell v. R.* (1985), 10 C.C.E.L. 276 (F.C.T.D.) Strayer J. exercising his discretion pursuant to section 40 of the *Federal Court Act*, directed that post-judgment interest would be payable at the same rate as the pre-judgment interest which he fixed in accordance with section 36 of the *Ontario Judicature Act*. In the case *Consolboard v. MacMillan Bløedel (Saskatchewan) Ltd.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 199, the Court of Appeal agreed that the date fixed by the judge receiving the referee's report, namely the date when the award became ascertained by his judgment, was the correct date from which to calculate the post-judgment interest.

The post-judgment interest on the award plus costs will run from the date of my formal judgment in this matter and the rate shall be fixed in accordance with the provisions of section 137 of the *Courts of Justice Act*.

The relevant provisions read as follows:

137.—(1) in this section and in sections 138 and 139,

- (a) "bank rate" means the bank rate established by the Bank of Canada as the minimum rate at which the Bank of Canada makes short-term advances to the chartered banks;
- (b) "date of the order" means the date the order is made, notwithstanding that the order is not entered or enforceable on that date, or that the order is varied on appeal,

(2d) 158; 16 C.P.C. 36 (C.A.)). Le paragraphe 139(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, S.O. 1984, chap. 11, prévoit que «La somme d'argent due aux termes d'une ordonnance, y compris les dépens devant être liquidés ou ceux fixés par le tribunal, porte intérêt au taux d'intérêt postérieur au jugement, à compter de la date de l'ordonnance.» L'article 137 de la même Loi porte que le «taux d'intérêt postérieur au jugement» est le taux d'escompte, au premier jour du dernier mois du trimestre précédant la date de l'ordonnance, arrondi au nombre entier supérieur plus un pour cent. Dans l'affaire *CAE Industries Ltd. et autre c. La Reine* (1983), 79 C.P.R. (2d) 88 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Collier a reconnu que l'intérêt postérieur au jugement commençait à courir à compter de la date du jugement, c'est-à-dire à la date des motifs de son jugement. Cette décision a été confirmée en appel. Dans la décision de la Cour fédérale *Rothwell c. R.* (1985), 10 C.C.E.L. 276 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Strayer a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour ordonner que le taux de l'intérêt postérieur au jugement soit le même que celui de l'intérêt antérieur au jugement qu'il a fixé conformément à l'article 36 de la *Judicature Act* de l'Ontario. Dans l'arrêt *Consolboard v. MacMillan Bløedel (Saskatchewan) Ltd.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 199, la Cour d'appel a reconnu que la date fixée par le juge ayant reçu le rapport de l'arbitre, c'est-à-dire la date à laquelle la somme accordée a été confirmée par son jugement, était la date à compter de laquelle il fallait calculer l'intérêt postérieur au jugement.

L'intérêt postérieur au jugement sur la somme accordée et les dépens commenceront à courir à compter de la date de mon jugement formel en l'espèce et le taux sera fixé conformément aux dispositions de l'article 137 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*.

Voici le libellé des dispositions pertinentes:

137(1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 138 et 139.

«date de l'ordonnance» La date à laquelle est rendue l'ordonnance, même si elle n'est pas inscrite ou exécutoire ce jour-là, ou si elle est modifiée en appel, et si l'ordonnance porte renvoi, la date à laquelle le rapport du renvoi est confirmé.

and in the case of an order directing a reference, the date the report on the reference is confirmed;

- (c) "postjudgment interest rate" means the bank rate at the end of the first day of the last month of the quarter preceding the quarter in which the date of the order falls, rounded to the next higher whole number where the bank rate includes a fraction, plus 1 per cent;
- (e) "quarter" means the three-month period ending with the 31st day of March, 30th day of June, 30th day of September or 31st day of December.
- (2) After the first day of the last month of each quarter, the Registrar of the Supreme Court shall forthwith,
- (a) determine the prejudgment and postjudgment interest rate for the next quarter; and
- (b) publish in *The Ontario Gazette* a table showing the rate determined under clause (a) for the next quarter and for all the previous quarters during the preceding ten years.

There would appear to be very little likelihood of there being difficulty in determining, in accordance with section 137, the proper rate of interest to be applied to the amount of the judgment. However, should any problem arise in this area, the parties may submit evidence and request that I fix the rate of post-judgment interest to be applied. Subsection 139(1) of the *Courts of Justice Act*, S.O. 1984, c. 11, provides as follows:

139.—(1) Money owing under an order, including costs to be assessed or costs fixed by the court, bears interest at the postjudgment interest rate, calculated from the date of the order.

Post-judgment interest must therefore be calculated from the date of judgment on the total of the damages plus the pre-judgment interest and costs since they all constitute "money owing under an order".

JUDGMENT AND COSTS:

Judgment will issue today in accordance with these reasons. As success on the present appeal is divided, I am reserving as to costs and will be prepared to hear whatever representations counsel might wish to make on the subject. Should neither party apply within 15 days to make representations as to costs, an order will issue directing how they are to be taxed.

«taux d'escompte» Le taux minimal exigé par la Banque du Canada sur les prêts à court terme qu'elle accorde aux banques à charte.

«taux d'intérêt postérieur au jugement» Le taux d'escompte à la fin du premier jour du dernier mois du trimestre précédant le trimestre au cours duquel se situe la date de l'ordonnance, arrondi au nombre entier supérieur si le taux comprend une fraction, plus un pour cent.

«trimestre» Les périodes de trois mois se terminant respectivement le 31 mars, le 30 juin, le 30 septembre et le 31 décembre de chaque année.

(2) Après le premier jour du dernier mois de chaque trimestre, le greffier de la Cour suprême, sans délai:

- a) établit les taux d'intérêt antérieur et postérieur au jugement pour le trimestre qui suit;
- b) publie dans la *Gazette de l'Ontario* un tableau des taux d'intérêt établis conformément à l'alinéa a) et de ceux de tous les trimestres des dix dernières années.

Il semble donc très peu probable que l'on rencontre des difficultés pour déterminer, conformément à l'article 137, le taux d'intérêt approprié qu'il faudra appliquer au montant du jugement. Si un problème devait toutefois surgir à ce sujet, les parties pourront faire valoir des éléments de preuve et demander que je fixe le taux d'intérêt postérieur au jugement. Le paragraphe 139(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, S.O. 1984, chap. 11, porte:

139(1) La somme d'argent due aux termes d'une ordonnance, y compris les dépens devant être liquidés ou ceux fixés par le tribunal, porte intérêt au taux d'intérêt postérieur au jugement, à compter de la date de l'ordonnance.

L'intérêt postérieur au jugement doit donc être calculé à compter de la date du jugement sur le montant total des dommages plus l'intérêt antérieur au jugement et les dépens puisqu'ils sont tous visés par l'expression «la somme d'argent due aux termes d'une ordonnance».

JUGEMENT ET DÉPENS

Jugement est rendu ce jour conformément aux présents motifs. Étant donné que les parties ont eu partiellement gain de cause, je diffère ma décision sur la question des dépens et je serai disposé à entendre tous les arguments que les avocats pourraient souhaiter faire valoir sur ce point. Si dans un délai de quinze jours aucune des parties ne demande l'autorisation de présenter des arguments sur cette question des dépens, je rendrai une ordonnance indiquant comment ceux-ci devront être taxés.