

T-1297-88

T-1297-88

**Walter Muller (Plaintiff)**

v.

**The Queen (Defendant)**

INDEXED AS: MULLER v. CANADA

Trial Division, Strayer J.—Vancouver, October 17 and 18, 1988.

*Practice — Judgments and orders — Default judgment — Statement of defence not filed within time limit prescribed by R. 402(2)(a) — Ex parte motion for default judgment on first business day after defence due — Application for default judgment “made” when heard by Court, not when notice of motion filed — Interpretation influenced by context i.e. default judgment discretionary remedy — Success of action doubtful as serious issues of fact and law — Plaintiff not prejudiced by delay considering (1) short duration, and (2) unable to proceed with action until access to information application heard.*

*Practice — Costs — Defendant to pay costs of unsuccessful ex parte motion for default judgment and application for leave to file statement of defence late — Delay cause of motion — Delay unexplained.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), s. 15.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R.R. 402(2)(b)(i), (c), (3), 439(1), (3), 440.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 232(4).  
*Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule II.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

*Waterside Ocean Navigation Co. Inc. v. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 F.C. 257 (T.D.); *Chinoir v. Deputy Attorney General of Canada*, [1977] 2 F.C. 313 (T.D.); *Vespoli v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 337 (F.D.); *R. v. Rhine*, [1979] 2 F.C. 308 (T.D.); *Smith v. The Queen*, [1977] 2 F.C. 481 (T.D.); *Laird v. Minister of National Revenue* (1987), 9 F.T.R. 121 (T.D.).

APPEARANCE:

*Walter Muller* on his own behalf.

**Walter Muller (demandeur)**

c.

**La Reine (défenderesse)**

RÉPERTORIÉ: MULLER c. CANADA

Division de première instance, juge Strayer—Vancouver, 17 et 18 octobre 1988.

*Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement par défaut — Défense non déposée dans le délai prescrit par la Règle 402(2)(a) — Requête ex parte en vue d'obtenir un jugement par défaut le premier jour ouvrable après l'expiration du délai de production de la défense — Une demande de jugement par défaut est «faite» lorsqu'elle est entendue par la Cour et non pas lorsqu'un avis de requête est produit — L'interprétation des Règles est influencée par le contexte, c'est-à-dire que le jugement par défaut constitue un recours discrétionnaire — La réussite de l'action est incertaine puisque le litige porte sur d'importantes questions de droit et de fait — Le demandeur n'a subi aucun préjudice en raison du délai si l'on considère qu'il était (1) d'une courte durée et en outre, que le demandeur (2) ne pouvait procéder dans ce litige avant l'audition de la demande d'accès à certains renseignements.*

*Pratique — Dépens — La défenderesse doit payer les dépens de la requête ex parte en jugement par défaut qui a échoué de même que ceux de la demande d'autorisation de déposer une défense en retard — Le retard a donné lieu à la requête ex parte — Retard inexpliqué.*

LOIS ET RÈGLEMENTS

*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*, chap. 11 (R.-U.), art. 15.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 232(4).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, Annexe II.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 402(2)(b)(i), (c), (3), 489(1), (3), 440.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

*Waterside Ocean Navigation Co. Inc. c. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 C.F. 257 (1<sup>re</sup> inst.); *Chinoir c. Le sous-procureur général du Canada*, [1977] 2 C.F. 313 (1<sup>re</sup> inst.); *Vespoli c. La Reine*, [1983] 1 C.F. 337 (1<sup>re</sup> inst.); *R. c. Rhine*, [1979] 2 C.F. 308 (1<sup>re</sup> inst.); *Smith c. La Reine*, [1977] 2 C.F. 481 (1<sup>re</sup> inst.); *Laird c. Ministre du Revenu national* (1987), 9 F.T.R. 121 (1<sup>re</sup> inst.).

A COMPARU:

*Walter Muller* pour son propre compte.

## COUNSEL:

*J. R. Haig, Q.C.* for defendant.

## PLAINTIFF ON HIS OWN BEHALF:

*Walter Muller, Vancouver.*

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

STRAYER J.: I heard together an application by the plaintiff for a default judgment, and an application by the defendant for either a declaration that there should be accepted for filing the statement of defence submitted to the Court on October 7 or in the alternative for leave for the defendant to file a statement of defence now.

The statement of claim was filed in this action on July 4, 1988. It is essentially a claim for unliquidated damages. It then being long vacation, the defendant filed an appearance on July 6, 1988. Therefore, pursuant to Rule 402(3) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], the time for filing a defence did not commence until after long vacation so that the defence was not due until September 30, 1988. No defence was filed as of that date. On October 3, 1988, the first business day after September 30, the plaintiff, without warning to the defendant's counsel, filed this application for default judgment. On October 7 the defendant presented to the Court Registry a letter of that date enclosing a statement of defence. Counsel for the defendant was advised by the District Administrator that he would not file the defence in such circumstances, and that the matter should be raised before the Court on October 17 when the plaintiff's notice of motion for default judgment was returnable. Subsequently on October 12 the defendant filed its notice of motion returnable for the same date, seeking a declaration that the defence should be accepted or, in the alternative, leave to file late pursuant to paragraph 402(2)(c) of the Rules.

## AVOCAT:

*J. R. Haig, c.r.*, pour la défenderesse.

## LE DEMANDEUR POUR SON PROPRE COMPTE:

*Walter Muller, Vancouver.*

## PROCUREUR:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE STRAYER: J'ai entendu conjointement une demande présentée par le demandeur en vue d'obtenir un jugement par défaut et une demande par laquelle la défenderesse vise à obtenir l'acceptation de la défense soumise à la Cour le 7 octobre ou, subsidiairement, l'autorisation de produire une défense ce jour.

La déclaration relative au présent litige a été déposée le 4 juillet 1988. Il s'agit essentiellement d'une demande de dommages-intérêts non déterminés. Comme il s'agissait alors de la période des grandes vacances, la défenderesse a déposé un acte de comparution le 6 juillet 1988. En conséquence, conformément à la Règle 402(3) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] le délai de dépôt d'une défense ne commençait à courir qu'après les grandes vacances, de sorte que la date limite du dépôt était le 30 septembre 1988. Aucune défense n'a été déposée à cette date. Le 3 octobre 1988, le premier jour ouvrable suivant le 30 septembre, le demandeur a produit, sans avertir l'avocat de la défenderesse, la présente demande de jugement par défaut. Le 7 octobre, la défenderesse a présenté au greffe de la Cour une lettre de la même date à laquelle était jointe une défense. L'administrateur de district a avisé l'avocat de la défenderesse qu'il ne produirait pas la défense dans ces circonstances et que la question devrait être soumise à la Cour le 17 octobre, date à laquelle l'avis de demande de jugement par défaut du demandeur devait être présenté. Par la suite, le 12 octobre, la défenderesse a produit son avis de requête qui devait être présenté le même jour; il s'agissait d'une requête visant à obtenir l'acceptation de la défense ou, subsidiairement, l'autorisation de produire la défense en retard conformément à la Règle 402(2)(c).

I will deal first with the defendant's motion because if it is well founded it precludes the success of the plaintiff's motion. The motion for a declaration that the statement of defence tendered on October 7 should have been accepted raises the question as to when an application is considered to have been "made". Subparagraph 402(2)(b)(i) permits a defence to be filed after the expiration of 30 days from the service of the statement of claim if it is filed before "an application has been made for default judgment". The District Administrator, following what appears to be a common practice, rejected the statement of defence for filing on October 7 because it was considered that an application had already been made for default judgment on October 3 with the filing of the notice of motion of the plaintiff. The question is a difficult one but it appears to me that the application should not be considered to have been made until it is actually heard by the Court. It has been held by this Court in somewhat different contexts that an application is not made when a notice of motion is filed but only when the subject-matter of the notice of motion is heard by the Court.<sup>1</sup> It is true that in one case<sup>2</sup> it was held that for the purposes of subsection 232(4) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63], an application is made within fourteen days of a seizure of documents for an order to hold a hearing to determine solicitor-client privilege questions if a notice of motion is filed within those fourteen days even though the returnable date may be some time after that period. In that particular context such an interpretation of the *Income Tax Act* is essential to prevent the taxpayer from having his rights defeated by the mere fact that a hearing of his motion by the Federal Court could not be held prior to the expiry of the fourteen days. The purposes of the Act would be adequately served by requiring the taxpayer to indicate within fourteen days of the seizure whether he is going to be seeking a judicial determination.

J'examinerai d'abord la requête de la défenderesse parce que, si elle est bien fondée, celle du demandeur devra être rejetée. La requête visant à obtenir l'acceptation de la défense présentée le 7 octobre soulève la question de savoir quand une demande est censée avoir été «faite». Le sous-alinéa 402(2)b(i) permet le dépôt d'une défense après l'expiration de 30 jours suivant la signification de la déclaration, si elle est produite avant «qu'une demande de jugement par défaut ne soit faite». Se conformant à ce qui semble être une pratique habituelle, l'administrateur de district a rejeté la défense présentée le 7 octobre, parce qu'il a jugé qu'une demande de jugement par défaut avait déjà été faite le 3 octobre, lorsque l'avis de requête du demandeur a été déposé. Il s'agit d'une question difficile à trancher, mais il me semble que la demande ne saurait être considérée comme une demande qui a été faite avant que la Cour ne l'ait effectivement entendue. Cette Cour a déjà décidé, dans des contextes un peu différents, qu'une demande n'est pas faite lorsqu'un avis de requête est produit, mais uniquement lorsque la Cour entend l'objet de l'avis de requête<sup>1</sup>. Il est vrai que, dans un cas<sup>2</sup>, il a été décidé qu'aux fins du paragraphe 232(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63], une demande est faite dans les quatorze jours de la saisie de documents en vue d'obtenir une décision ordonnant la tenue d'une audience pour résoudre les questions de privilège du secret professionnel de l'avocat, si l'avis de requête est déposé dans ce délai de quatorze jours, même si la date de présentation est postérieure à cette période. Dans ce contexte, cette interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est essentielle afin d'éviter que le contribuable ne perde ses droits du seul fait que la Cour fédérale ne peut entendre cette requête avant l'expiration du délai de quatorze jours. Le but de la Loi serait bien respecté si le contribuable était tenu d'indiquer, dans les quatorze jours de la saisie, s'il soumettra le cas aux tribunaux.

<sup>1</sup> *Waterside Ocean Navigation Co. Inc. v. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 F.C. 257 (T.D.), at p. 263; *Chinois v. Deputy Attorney General of Canada*, [1977] 2 F.C. 313 (T.D.), at p. 317.

<sup>2</sup> *Vespoli v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 337 (T.D.), at pp. 340-341.

<sup>1</sup> *Waterside Ocean Navigation Co. Inc. c. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 C.F. 257 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 263; *Chinois c. Le sous-procureur général du Canada*, [1977] 2 C.F. 313 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 317.

<sup>2</sup> *Vespoli c. La Reine*, [1983] 1 C.F. 337 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 340 et 341.

This indicates the importance of the context of the Rules which are to be interpreted. In the context of default judgment, it must first be underlined that under the Rules of our Court default judgment is never automatic but a matter for the exercise of discretion by the Court.<sup>3</sup> Further, although by Rule 439(1) an application for default judgment may be made *ex parte*, by Rule 439(3) the Court may set aside or vary a default judgment even after it is made, "on such terms as seem just" and this is done most frequently where default judgment has been obtained *ex parte*. In other words, the Rules favour notice to defendants before default judgment is entered. This gives them an opportunity to show cause why default judgment should not be entered or to take steps to file a defence. The interpretation I have given to subparagraph 402(2)(b)(i) means that until the Court actually hears the application for default judgment, the defendant can overcome his procedural lapse. A similar purpose, discouraging final disposition of cases on the grounds of default in procedure, may be found in Rule 440, where a defendant cannot obtain dismissal of a case for want of prosecution unless he has given notice to the plaintiff that unless the plaintiff takes the necessary steps to bring the action on for trial, an application for dismissal will be made. It is surely preferable that cases properly commenced in the Court be disposed of on their merits and after a proper hearing rather than through one party taking advantage of the procedural lapse of the other. In such a context, I would therefore interpret subparagraph 402(2)(b)(i) of the Rules to mean that a statement of defence can be filed at any time prior to the hearing of an application for default judgment whenever the notice of motion may have been filed to bring on that application. In the present case, the statement of defence should be filed *nunc pro tunc* effective October 7, ten days prior to the hearing of the plaintiff's notice of motion for default judgment, thus precluding such default judgment.

<sup>3</sup> See, e.g. *R. v. Rhine*, [1979] 2 F.C. 308 (T.D.), at p. 313.

Le contexte dans lequel les Règles doivent être interprétées a donc une très grande importance. Lorsqu'il s'agit d'un jugement par défaut, il faut d'abord souligner que, en vertu des Règles de notre Cour, le jugement par défaut n'est jamais automatique, mais qu'il relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour<sup>3</sup>. En outre, même si, en vertu du paragraphe 439(1) des Règles, une demande de jugement par défaut peut être faite *ex parte*, la Cour peut, conformément au paragraphe 439(3), annuler ou modifier un jugement par défaut même une fois que celui-ci a été rendu, «aux conditions qui semblent justes», et cela se produit très souvent lorsque le jugement par défaut a été obtenu *ex parte*. En d'autres mots, les Règles favorisent la remise d'un avis au défendeur avant l'inscription du jugement par défaut. Cela permet au défendeur de démontrer pourquoi le jugement par défaut ne devrait pas être inscrit ou de prendre des mesures en vue de déposer une défense. L'interprétation que j'ai donnée au sous-alinéa 402(2)b(i) signifie que, jusqu'à ce que la Cour entende effectivement la demande de jugement par défaut, le défendeur peut remédier à l'erreur de procédure qu'il a commise. Un objectif similaire, soit celui d'éviter qu'un jugement final dans une cause ne soit fondé sur un vice de forme, caractérise la Règle 440, en vertu de laquelle un défendeur ne peut obtenir le rejet d'une action pour défaut de poursuivre, à moins d'avoir avisé la partie demanderesse qu'il présentera une demande en ce sens, sauf si le demandeur fait le nécessaire pour que l'instruction de l'action ait lieu. Il est sûrement préférable que les actions intentées en bonne et due forme devant la Cour soient réglées sur le fonds, après une audience en bonne et due forme, plutôt qu'à la suite d'une irrégularité technique commise par l'une des parties. Dans ce contexte, je suis d'avis que le sous-alinéa 402(2)b(i) des Règles signifie qu'une défense peut être déposée en tout temps avant l'audition d'une demande de jugement par défaut, quelle que soit la date à laquelle l'avis de requête a été produit à l'égard de cette demande. Dans la présente cause, la défense devrait être déposée *nunc pro tunc* et porter la date du 7 octobre, soit dix jours avant l'audience de la demande de jugement par défaut du demandeur, aucun jugement par défaut ne pouvant par le fait même être rendu.

<sup>3</sup> Voir, par ex., *R. c. Rhine*, [1979] 2 C.F. 308 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 313.

Quite apart from this point of law, I would in any event have exercised my discretion against granting default judgment and in favour of allowing the defendant to file its statement of defence at this time. With respect to both questions, it is appropriate that I consider whether there is a serious doubt as to whether the plaintiff would succeed if his action were tried.<sup>4</sup> There appear to be serious issues of fact as to whether certain information was in the plaintiff's personnel records in the Department of National Defence and if so whether such information was disclosed to anyone but himself and the Privacy Coordinator of that department. In part the claim is for damages for libel and slander and there certainly appears to be a potential issue of whether in law any of the publication, if proven, would give rise to liability. In determining whether default judgment should be given or leave granted for late filing of a defence, it is also appropriate to consider the amount of time which has elapsed and the possible prejudice to the plaintiff. In the present case, the defendant was prepared to file the statement of defence within seven days after the time had elapsed. While no explanation for the delay has been provided by the defendant by proper evidence, this is a matter appropriate for consideration in the award of costs but it is difficult to see what prejudice could have been caused to the plaintiff. It is apparent from his statement of claim and from his submissions before me that he cannot readily proceed further with this action until there has been a determination in another proceeding launched by him in this Court, T-484-88, under the *Privacy Act* [S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule II], with respect to access to certain information now being withheld by the defendant. The plaintiff himself submitted to me that the present action should not proceed further until the *Privacy Act* matter is heard, that hearing now having been set for December, 1988. It is therefore impossible to see what prejudice he has suffered by

Indépendamment de ce point de droit, j'aurais, à tout événement, exercé mon pouvoir discrétionnaire de façon à refuser un jugement par défaut et à permettre à la défenderesse de déposer sa défense à la date des présentes. En ce qui a trait aux deux questions, il convient que je me demande s'il y a des doutes sérieux quant aux chances que le demandeur aurait de réussir si sa cause était instruite<sup>4</sup>. Le litige semble porter sur des questions de fait importantes concernant la question de savoir si certains renseignements se trouvaient dans les dossiers personnels du demandeur au ministère de la Défense nationale et si ces renseignements ont été divulgués à d'autres personnes qu'à lui-même et au coordonnateur à la protection des renseignements personnels de ce ministère. Une partie de l'action est une demande de dommages-intérêts pour motifs de diffamation verbale et écrite et une des questions qui se pose est certainement celle de savoir si, en droit, l'une ou l'autre des publications donnerait lieu à une responsabilité, si elle était prouvée. Pour déterminer si un jugement par défaut devrait être rendu ou si une autorisation devrait être accordée en vue de permettre le dépôt tardif d'une défense, il convient également d'examiner le délai qui s'est écoulé et le préjudice possible qu'a subi le demandeur. Dans la présente cause, la défenderesse était prête à déposer la défense dans les sept jours suivant l'expiration du délai. Bien que la défenderesse n'ait fourni aucune explication au sujet du délai à l'aide d'une preuve appropriée, c'est là un point dont il faudra tenir compte lors de l'adjudication des dépens, mais il est difficile de voir en quoi le demandeur aurait pu être lésé. Il est évident, à la lumière de sa déclaration et des commentaires qu'il a formulés devant moi, qu'il ne pourra procéder dans ce litige avant qu'une décision n'ait été rendue dans une autre action qu'il a intentée devant cette Cour, dans le dossier T-484-88, en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe II], laquelle action concerne l'accès à certains renseignements que la défenderesse retient à l'heure actuelle. Le demandeur a dit lui-même que l'instruction de la présente affaire ne devrait pas avoir lieu avant l'audition de

<sup>4</sup> See, e.g. *Smith v. The Queen*, [1977] 2 F.C. 481 (T.D.); *Laird v. Minister of National Revenue* (1987), 9 F.T.R. 121 (T.D.), at p. 122.

<sup>4</sup> Voir, par ex., *Smith c. La Reine*, [1977] 2 C.F. 481 (1<sup>re</sup> inst.); *Laird c. Ministre du Revenu national*, (1987) 9 F.T.R. 121 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 122.

the delay of one week in the filing of the statement of defence.

The plaintiff invoked the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)], but the only section which appears to have any relevance in this matter is section 15 which guarantees equality before the law. As I indicated to the plaintiff in Court, a refusal to him of default judgment in this matter would be consistent with the way in which such applicants are normally treated. Indeed, if he were represented by a lawyer, it is extremely unlikely that his counsel would have applied for default judgment on the first possible business day after the expiry of the time for filing a statement of defence, at least without warning counsel for the defendant in advance. Default judgment is never automatic and the discretion of the Court must be exercised in respect of this plaintiff as it would be in respect of any other plaintiff. Therefore, there appears to be no issue under section 15 of the Charter.

I am therefore ordering that the statement of defence submitted on October 7 be accepted for filing, effective that date and that the application of the plaintiff for default judgment be dismissed. Because these proceedings were only brought about as a result of the defendant's failure to file a statement of defence on time, notwithstanding the fact that he had almost three months in which to prepare a defence, and considering that no evidence has been placed before me explaining this delay, the defendant must pay costs with respect to both applications.

la cause concernant la *Loi sur la protection des renseignements personnels*; la date de l'audition de cette cause a été fixée au mois de décembre 1988. Je ne vois donc pas en quoi le demandeur a été lésé par le retard d'une semaine relativement au dépôt de la défense.

Le demandeur a invoqué la *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.)], mais le seul article qui m'apparaît pertinent en l'espèce est l'article 15, qui garantit l'égalité devant la loi. Comme je l'ai dit au demandeur à l'audience, le refus d'accorder un jugement par défaut dans la présente cause serait compatible avec la façon dont ces demandes sont habituellement traitées. Effectivement, s'il était représenté par un avocat, il est très peu probable que ce dernier aurait demandé un jugement par défaut le tout premier jour ouvrable suivant l'expiration du délai de production de la défense, du moins sans avertir l'avocat de la défenderesse. Le jugement par défaut n'est jamais automatique et la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire à l'égard du demandeur en l'espèce de la même façon qu'elle le ferait pour tout autre demandeur. En conséquence, il ne semble pas y avoir de question en litige en vertu de l'article 15 de la Charte.

J'ordonne donc que la défense présentée le 7 octobre soit acceptée aux fins de dépôt, qu'elle porte cette date et que la demande de jugement par défaut du demandeur soit rejetée. Comme la présente demande résulte uniquement du défaut de la défenderesse de produire une défense dans les délais prescrits, même si elle disposait de près de trois mois à cette fin, et comme aucune explication n'a été donnée au sujet de ce retard, la défenderesse doit payer les dépens qui se rapportent aux deux demandes.