

**Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia, as represented by the Minister of Forests** *Appellant*

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, représentée par le ministre des Forêts** *Appelante*

v.

c.

**Chief Dan Wilson, in his personal capacity and as representative of the Okanagan Indian Band, and all other persons engaged in the cutting, damaging or destroying of Crown Timber at Timber Sale Licence A57614** *Respondents*

**Chef Dan Wilson, à titre personnel et en qualité de représentant de la Bande indienne Okanagan, et toutes les autres personnes qui coupent, endommagent ou détruisent du bois de la Couronne sur la terre publique visée par le permis de vente de bois A57614** *Intimés*

and

et

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, the Songhees Indian Band, the T'Sou-ke First Nation, the Nanoose First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively the "Te'mexw Nations"), and Chief Roger William, on his own behalf and on behalf of all other members of the Xeni Gwet'in First Nations government and on behalf of all other members of the Tsilhqot'in Nation** *Intervenors*

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, Bande indienne des Songhees, Première nation des T'Sou-ke, Première nation de Nanoose et Bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées « Nations des Te'mexw »), et chef Roger William, en son nom, en celui de tous les autres membres du gouvernement des Premières nations Xeni Gwet'in et en celui de tous les autres membres de la Nation des Tsilhqot'in** *Intervenants*

and between

et entre

**Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia, as represented by the Minister of Forests** *Appellant*

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, représentée par le ministre des Forêts** *Appelante*

v.

c.

**Chief Ronnie Jules, in his personal capacity and as representative of the Adams Lake Indian Band, Chief Stuart Lee, in his**

**Chef Ronnie Jules, à titre personnel et en qualité de représentant de la Bande indienne d'Adams Lake, chef Stuart Lee, à titre**

**personal capacity and as representative of the Spallumcheen Indian Band, Chief Arthur Manuel, in his personal capacity and as representative of the Neskonalith Indian Band, and David Anthony Nordquist, in his personal capacity and as representative of the Adams Lake Indian Band, the Spallumcheen Indian Band and the Neskonalith Indian Band, and all other persons engaged in the cutting, damaging or destroying of Crown Timber at Timber Sale Licence A38029, Block 2** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, the Songhees Indian Band, the T'Sou-ke First Nation, the Nanoose First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively the "Te'mexw Nations"), and Chief Roger William, on his own behalf and on behalf of all other members of the Xeni Gwet'in First Nations government and on behalf of all other members of the Tsilhqot'in Nation** *Intervenors*

**INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (MINISTER OF FORESTS) v. OKANAGAN INDIAN BAND**

**Neutral citation: 2003 SCC 71.**

File Nos.: 28988, 28981.

2003: June 9; 2003: December 12.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**personnel et en qualité de représentant de la Bande indienne de Spallumcheen, chef Arthur Manuel, à titre personnel et en qualité de représentant de la Bande indienne de Neskonalith, et David Anthony Nordquist, à titre personnel et en qualité de représentant de la Bande indienne d'Adams Lake, de la Bande indienne de Spallumcheen et de la Bande indienne de Neskonalith, et toutes les autres personnes qui coupent, endommagent ou détruisent du bois de la Couronne sur la terre publique visée par le permis de vente de bois A38029 (bloc 2)** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, Bande indienne des Songhees, Première nation des T'Sou-ke, Première nation de Nanoose et Bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées « Nations des Te'mexw »), et chef Roger William, en son nom, en celui de tous les autres membres du gouvernement des Premières nations Xeni Gwet'in et en celui de tous les autres membres de la Nation des Tsilhqot'in** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE (MINISTRE DES FORÊTS) c. BANDE INDIENNE OKANAGAN**

**Référence neutre : 2003 CSC 71.**

N<sup>os</sup> du greffe : 28988, 28981.

2003 : 9 juin; 2003 : 12 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Costs — Interim costs — Principles governing exercise of court's discretionary power to grant interim costs — Minister of Forests serving Indian Bands with stop-work orders for logging on Crown land without authorization — Bands claiming aboriginal title to lands — Minister applying to have proceedings remitted to trial list — Bands arguing that matter of aboriginal title should not go to trial as they lack financial resources to fund action or in alternative, requesting order that Crown pay interim costs to fund action in advance and in any event of cause — Whether Court of Appeal's decision to grant interim costs should be upheld — Whether Court of Appeal had sufficient grounds to review exercise of chambers judge's discretion — Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, ss. 52(11)(d), 57(9).*

In 1999, members of the four respondent Bands began logging on Crown land in B.C. without authorization under the *Forest Practices Code of British Columbia Act*. The Minister of Forests served the Bands with stop-work orders under the Code, and commenced proceedings to enforce the orders. The Bands claimed that they had aboriginal title to the lands in question and were entitled to log them. They filed a notice of constitutional question challenging the Code as conflicting with their constitutionally protected aboriginal rights. The Minister then applied to have the proceedings remitted to the trial list instead of being dealt with in a summary manner. The Bands argued that the matter should not go to trial, because they lacked the financial resources to fund a protracted and expensive trial. In the alternative, they argued that the court, in the exercise of its powers to attach conditions to a discretionary order and to make orders as to costs, should order a trial only if it also ordered the Crown to pay their legal fees and disbursements in advance and in any event of the cause. The B.C. Supreme Court held that the case should be remitted to the trial list and declined to order the Minister to pay the Bands' costs in advance of the trial. The Court of Appeal allowed the Bands' appeal. The decision to remit the matter of the Bands' aboriginal rights or title to trial was upheld. The court concluded, however, that although the Bands did not have a constitutional right to legal fees funded by the provincial Crown the court did have a discretionary

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Dépens — Provisions pour frais — Principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de statuer sur les dépens — Signification par le ministre des Forêts aux bandes indiennes d'ordonnances de cessation des travaux pour avoir mené des activités d'exploitation forestière sur des terres publiques sans autorisation — Bandes soutenant qu'elles détiennent un titre aborigène sur les terres en question — Demande du ministre que l'instance soit inscrite pour instruction — Bandes plaidant que la question du titre aborigène ne doit pas faire l'objet d'une instruction parce qu'elles n'ont pas les ressources financières voulues pour financer un procès ou que la Couronne leur verse une provision pour frais pour le financement du procès quelle que soit l'issue de la cause — Faut-il confirmer la décision de la Cour d'appel d'attribuer une provision pour frais? — La Cour d'appel avait-elle des motifs suffisants pour réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge en chambre? — Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, art. 52(11)d), 57(9).*

En 1999, des membres des quatre bandes indiennes intimées ont commencé l'exploitation forestière sur des terres publiques en C.-B. sans l'autorisation requise par la *Forest Practices Code of British Columbia Act*. Le ministre des Forêts a signifié aux Bandes des ordonnances de cessation des travaux en vertu du Code et a introduit une instance afin de les faire respecter. Les Bandes ont soutenu qu'elles détenaient un titre aborigène sur les terres en question et qu'elles avaient le droit d'y mener des activités d'exploitation forestière. Elles ont déposé un avis de question constitutionnelle contestant le Code au motif qu'il contrevient à leurs droits ancestraux garantis par la Constitution. Le ministre a alors demandé que l'instance soit inscrite pour instruction au lieu d'être tranchée par procédure sommaire. Les Bandes ont prétendu que l'affaire ne devait pas faire l'objet d'une instruction parce qu'elles n'avaient pas les ressources financières voulues pour financer un procès long et coûteux. Subsidiairement, elles ont prétendu que, dans l'exercice de ses pouvoirs d'assortir de conditions l'ordonnance discrétionnaire et de statuer sur les dépens, la cour ne devait ordonner la tenue d'une instruction que si elle donnait également à la Couronne l'ordre de payer à l'avance leurs honoraires et débours d'avocats, quelle que soit l'issue de la cause. La Cour suprême de la C.-B. confirme que l'affaire doit être inscrite pour instruction et refuse d'ordonner au ministre de payer à l'avance les dépenses des Bandes. La Cour d'appel accueille l'appel des Bandes. La

power to order interim costs. It ordered the Crown to pay such legal costs of the Bands as ordered by the chambers judge from time to time, subject to detailed terms that it imposed so as to encourage the parties to minimize unnecessary steps in the dispute and to resolve as many issues as possible by negotiation.

*Held* (Iacobucci, Major and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.: The Court of Appeal's decision to grant interim costs to the Bands should be upheld. The discretionary power to award interim costs in appropriate cases has been recognized in Canada. Concerns about access to justice and the desirability of mitigating severe inequality between litigants feature prominently in the rare cases where such costs are awarded. The power to order interim costs is inherent in the nature of the equitable jurisdiction as to costs, in the exercise of which the court may determine at its discretion when and by whom costs are to be paid. Several conditions must be present for an interim costs order to be granted. The party seeking the order must be impecunious to the extent that, without such an order, that party would be deprived of the opportunity to proceed with the case; the claimant must establish a *prima facie* case of sufficient merit to warrant pursuit; and there must be special circumstances sufficient to satisfy the court that the case is within the narrow class of cases where this extraordinary exercise of its powers is appropriate.

In public interest litigation special considerations also come into play. Public law cases, as a class, can be distinguished from ordinary civil disputes. They may be viewed as a subcategory where the special circumstances that must be present to justify an award of interim costs are related to the public importance of the questions at issue in the case. It is for the trial court to determine in each instance whether a particular case, which might be classified as special by its very nature as a public interest case, is special enough to rise to the level where the unusual measure of ordering costs

décision d'inscrire pour instruction la question du titre aborigène ou d'autres droits ancestraux des Bandes est confirmée. La cour conclut toutefois que, même si la Constitution ne garantit pas aux Bandes le paiement par la Couronne provinciale des honoraires d'avocats, la cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement d'une provision pour frais. Elle ordonne à la Couronne de payer les honoraires et débours d'avocats des Bandes, selon ce que pourrait ordonner le juge en chambre, sous réserve de conditions détaillées qu'elle impose de manière à encourager les parties à un litige à éviter les démarches inutiles et à régler par la négociation le plus grand nombre possible de questions.

*Arrêt* (les juges Iacobucci, Major et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps : La décision de la Cour d'appel d'accorder une provision pour frais aux Bandes est confirmée. Le pouvoir discrétionnaire d'attribution de provisions pour frais dans certains cas a été reconnu au Canada. Les préoccupations concernant l'accès à la justice et l'opportunité d'atténuer les grandes inégalités entre les parties au litige occupent le premier plan dans les rares cas où de telles provisions pour frais sont accordées. Le pouvoir d'ordonner le paiement de frais provisoires est inhérent à la nature de la compétence en equity de statuer sur les dépens, et le tribunal peut, lorsqu'il l'exerce, décider à son gré à quel moment et par qui les dépens seront payés. Plusieurs conditions doivent être présentes pour qu'une provision pour frais soit accordée. La partie qui sollicite l'ordonnance doit être si dépourvue de ressources qu'elle serait incapable, sans cette ordonnance de faire entendre sa cause; elle doit prouver *prima facie* que sa cause possède un fondement suffisant pour justifier son instruction devant le tribunal et il doit exister des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l'exercice exceptionnel de ses pouvoirs.

Dans les causes d'intérêt public, des considérations particulières entrent également en jeu. Les causes de droit public en tant que catégorie se distinguent des litiges civils ordinaires. Elles peuvent être considérées comme une sous-catégorie dans laquelle les « circonstances particulières » qui sont nécessaires pour que l'on puisse justifier l'octroi de provisions pour frais tiennent à l'importance des questions en jeu pour le public. Il incombe au tribunal de première instance de décider dans chaque cas si une affaire qui peut être qualifiée de « particulière » de par son caractère d'intérêt public est

would be appropriate. The criteria that must be present to justify an award of interim costs in this kind of case are as follows: the party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial; the claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; and the issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases.

Each of these criteria is met in this case. The Bands are impecunious and cannot proceed to trial without an order for interim costs. The case is of sufficient merit that it should go forward; the issues sought to be raised at trial are of profound importance to the people of B.C., both aboriginal and non-aboriginal, and their determination would be a major step towards settling the many unresolved problems in the Crown-aboriginal relationship in that province. In short, the circumstances of this case are indeed special, even extreme. The conditions attached to the costs order by the Court of Appeal ensure that the parties will be encouraged to resolve the matter through negotiation, which remains the ultimate route to achieving reconciliation between aboriginal societies and the Crown, and also that there will be no temptation for the Bands to drag out the process unnecessarily and to throw away costs paid by the Crown.

The Court of Appeal had sufficient grounds to review the exercise of discretion by the trial court. Discretionary decisions are not completely insulated from review. An appellate court may and should intervene where it finds that the trial judge has misdirected himself as to the applicable law or made a palpable error in his assessment of the facts. Two errors in particular vitiate the chambers judge's decision and call for appellate intervention. First, he overemphasized the importance of avoiding any order that involved prejudging the issues and erred when he concluded that his discretion did not extend so far as to empower him to make the order requested. Second, his finding that a contingent fee arrangement might be a viable alternative for funding the litigation does not appear to be supported by any evidence, and the prospect of the Bands' hiring counsel on a contingency basis seems

suffisamment particulière pour s'élever au niveau des causes où l'allocation inhabituelle de dépens constituerait une mesure appropriée. Les conditions qui doivent être réunies pour que l'octroi de provisions pour frais dans ce genre de cause soit justifié sont les suivantes : la partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal; la demande vaut *prima facie* d'être instruite et les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, elles revêtent une importance pour le public et elles n'ont pas encore été tranchées.

Il doit être satisfait à chacune de ces conditions. Les Bandes ne disposent pas de ressources suffisantes et ne peuvent faire entendre leur cause sans ordonnance de paiement d'une provision pour frais. L'affaire vaut d'être instruite. Les questions que l'on cherche à soulever au procès sont d'une importance cruciale pour la population de la C.-B., tant autochtone que non autochtone, et une décision à leur égard constituerait un pas majeur vers le règlement des nombreux problèmes en suspens entre la Couronne et les Autochtones dans cette province. Bref, les circonstances de l'espèce sont effectivement particulières, voire exceptionnelles. Les conditions dont la Cour d'appel a assorti l'ordonnance de paiement des dépens garantissent que les parties seront encouragées à régler le litige par la négociation, qui demeure ultimement la meilleure manière de réconcilier les sociétés autochtones et la Couronne. Elles garantissent également que les Bandes ne seront pas tentées d'étirer le processus inutilement et de dilapider la provision pour frais versée par la Couronne.

La Cour d'appel avait des motifs suffisants pour réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance. Les décisions discrétionnaires ne sont pas entièrement à l'abri de tout contrôle. Une cour d'appel peut et doit intervenir lorsqu'elle estime que le juge de première instance s'est fondé sur des considérations erronées en ce qui concerne le droit applicable ou a commis une erreur manifeste dans son appréciation des faits. Deux erreurs en particulier vicient la décision du juge en chambre et appellent l'intervention en appel. Premièrement, le juge en chambre a trop insisté sur l'importance d'éviter de rendre une ordonnance par laquelle on se trouverait à préjuger des questions en litige et il a commis une erreur lorsqu'il a conclu que son pouvoir discrétionnaire n'allait pas jusqu'à lui permettre de rendre l'ordonnance demandée. Deuxièmement, sa conclusion qu'une entente d'honoraires conditionnels serait peut-être une solution de rechange viable quant

unrealistic in the particular circumstances of this case.

*Per* Iacobucci, Major and Bastarache JJ. (dissenting): The chambers judge interpreted the applicable principles correctly and there is no basis for reversing his discretion. Traditionally, costs are awarded after the ultimate trial or appellate decision and almost always to the successful party. However, the common law on interim costs has been more confined and interim costs have been awarded in two circumstances: in marital cases where some liability is presumed and the indemnificatory purpose of the costs power is fulfilled; and in corporate and trust cases where the court grants advanced costs to be paid by the corporation or trust for whose benefit the action is brought. Courts may also award interim costs in child custody cases. The reason for such restrictive use is apparent since awarding costs in advance could be seen as prejudging the merits and the objectivity of the court making such an order will almost automatically be questioned. The awarding of interim costs in the circumstances of this appeal appears as a form of judicially imposed legal aid. Interim costs should not be expanded to engage the court in essentially funding litigation for impecunious parties and ensuring their access to court. The new criteria endorsed by the majority broaden the scope of interim costs to an undesirable extent and are not supported in the case law. Such developments should be initiated by trial courts properly exercising their discretionary power, not the appellate reversal of that discretion. A case must be exceptional in order to attract interim costs; however, the majority accept that most public interest cases would satisfy this criterion and leave to the discretion of the trial judge the decision as to whether the case is “special enough” to warrant an order. The difficulty for the trial judge is that this does not provide any ascertainable standard or direction. Even if such special circumstances were to be considered, there is nothing to distinguish the present aboriginal land claims from any other. Further, one may not presume that the Bands will establish even partial aboriginal title in the cases under appeal. The *ratio* of the common law dictates the following three guidelines for the discretionary, extraordinary award of interim costs: the party seeking the interim costs cannot afford to fund the litigation, and has no other realistic manner of proceeding with the case; there is a special relationship between the parties such that an award of interim costs or support would be particularly appropriate; and it is presumed that the party seeking

au financement du litige ne paraît étayée par aucun élément de preuve, et la perspective que les Bandes puissent retenir les services d’un avocat sur une base d’honoraires conditionnels semble irréaliste dans les circonstances particulières de l’espèce.

*Les* juges Iacobucci, Major et Bastarache (dissidents) : Le juge en chambre a correctement interprété les principes applicables et il n’y a aucune raison d’infirmier sa décision discrétionnaire. Traditionnellement, les dépens sont attribués après que la décision finale a été rendue en première instance ou en appel et ils le sont presque toujours en faveur de la partie gagnante. Toutefois, les règles de common law en matière de provisions pour frais ont vu leur application restreinte et des provisions pour frais ont été accordées dans deux sortes d’affaires : dans des affaires de droit matrimonial où l’on présume une certaine responsabilité et où l’octroi des dépens répond à l’objectif d’indemnisation; dans des affaires en matière de sociétés ou de fiducie où le tribunal ordonne à la société ou à la fiducie pour laquelle l’action est intentée de payer la provision pour frais. Les tribunaux peuvent également accorder des provisions pour frais dans les affaires de garde d’enfants. La raison de cette application restreinte est apparente vu le risque que l’octroi de dépens avant l’instruction soit perçu comme laissant préjuger de l’issue de la cause et vu que l’objectivité du tribunal qui rend une telle ordonnance sera presque automatiquement remise en question. L’adjudication d’une provision pour frais dans les circonstances de l’espèce apparaît comme une forme d’aide juridique imposée par le tribunal. Il ne faut pas étendre les provisions pour frais pour amener, essentiellement, le tribunal à financer le litige pour les parties sans ressources suffisantes et à garantir leur accès aux tribunaux. Les nouveaux critères approuvés par la majorité élargissent le champ d’application des provisions pour frais dans une mesure qui n’est pas souhaitable et ils ne sont pas étayés par la jurisprudence. Une telle évolution devrait être amorcée par les tribunaux de première instance dans l’exercice judiciaire de leur pouvoir discrétionnaire et non par l’annulation en appel de leurs décisions à cet égard. L’affaire doit être exceptionnelle pour ouvrir droit à une provision pour frais; toutefois, la majorité convient que la plupart des causes d’intérêt public répondraient à ce critère et laisse au juge de première instance le soin de décider si l’affaire est « suffisamment spéciale » pour justifier une ordonnance. La difficulté pour le juge de première instance est que cela ne constitue pas une norme ou une directive identifiable. Même s’il fallait prendre en compte de telles circonstances particulières, rien ne distingue les présentes revendications territoriales autochtones de toute autre revendication. De plus, on

interim costs will win some award from the other party. The chambers judge committed no error of law nor a palpable error in his assessment of the facts. Deference should be given to his decision not to exercise his discretion to grant interim costs.

### Cases Cited

By LeBel J.

**Referred to:** *Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth and Hamilton-Wentworth Save the Valley Committee, Inc.* (1985), 51 O.R. (2d) 23; *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213; *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1997), 37 O.R. (3d) 464; *Skidmore v. Blackmore* (1995), 2 B.C.L.R. (3d) 201; *Kendall v. Hunt (No. 2)* (1979), 16 B.C.L.R. 295; *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada* (1986), 32 D.L.R. (4th) 292; *Re Lavigne and Ontario Public Service Employees Union (No. 2)* (1987), 60 O.R. (2d) 486, rev'd (1989), 67 O.R. (2d) 536, aff'd [1991] 2 S.C.R. 211; *Rogers v. Sudbury (Administrator of Ontario Works)* (2001), 57 O.R. (3d) 467; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, aff'g (1992), 10 O.R. (3d) 321, aff'g [1989] O.J. No. 205 (QL); *Jones v. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642; *Organ v. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210; *McDonald v. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527; *Woloschuk v. Von Amerongen*, [1999] A.J. No. 463 (QL), 1999 ABQB 306; *Roberts v. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL); *Amcan Industries Corp. v. Toronto-Dominion Bank*, [1998] O.J. No. 3014 (QL); *Turner v. Telecommunication Workers Pension Plan* (2001), 197 D.L.R. (4th) 533, 2001 BCCA 76; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)* (1995), 131 D.L.R. (4th) 273, rev'd [1999] 3 S.C.R. 46; *Earl v. Wilhelm* (2000), 199 Sask. R. 21, 2000 SKCA 68; *Benson v. Benson* (1994), 120 Sask. R. 17; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

ne peut présumer que les Bandes prouveront l'existence d'un titre aborigène, même partiel, dans les affaires faisant l'objet du pourvoi. Il faut satisfaire aux trois conditions suivantes pour que l'exception en common law soit justifiée quant à l'octroi discrétionnaire et extraordinaire de provisions pour frais : la partie qui demande une provision pour frais n'a pas les moyens d'agir en justice et ne dispose en réalité d'aucune autre source de financement; il existe entre les parties une relation spéciale telle que l'octroi d'une provision pour frais ou d'un soutien est particulièrement approprié; on présume que la partie qui demande une provision pour frais obtiendra une certaine compensation de la part de l'autre partie. Le juge en chambre n'a pas commis d'erreur en droit ni d'erreur manifeste dans son appréciation des faits. Il faut faire preuve de déférence à l'égard de sa décision de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder des provisions pour frais.

### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth and Hamilton-Wentworth Save the Valley Committee, Inc.* (1985), 51 O.R. (2d) 23; *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213; *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (1997), 37 O.R. (3d) 464; *Skidmore c. Blackmore* (1995), 2 B.C.L.R. (3d) 201; *Kendall c. Hunt (No. 2)* (1979), 16 B.C.L.R. 295; *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada* (1986), 32 D.L.R. (4th) 292; *Re Lavigne and Ontario Public Service Employees Union (No. 2)* (1987), 60 O.R. (2d) 486, inf. par (1989), 67 O.R. (2d) 536, conf. par [1991] 2 R.C.S. 211; *Rogers c. Sudbury (Administrator of Ontario Works)* (2001), 57 O.R. (3d) 467; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, conf. (1992), 10 O.R. (3d) 321, conf. [1989] O.J. No. 205 (QL); *Jones c. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642; *Organ c. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210; *McDonald c. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527; *Woloschuk c. Von Amerongen*, [1999] A.J. No. 463 (QL), 1999 ABQB 306; *Roberts c. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL); *Amcan Industries Corp. c. Toronto-Dominion Bank*, [1998] O.J. No. 3014 (QL); *Turner c. Telecommunication Workers Pension Plan* (2001), 197 D.L.R. (4th) 533, 2001 BCCA 76; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)* (1995), 131 D.L.R. (4th) 273, inf. par [1999] 3 R.C.S. 46; *Earl c. Wilhelm* (2000), 199 Sask. R. 21, 2000 SKCA 68; *Benson c. Benson* (1994), 120 Sask. R. 17; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

By Major J. (dissenting)

*Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *McDonald v. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527; *Randle v. Randle* (1999), 254 A.R. 323, 1999 ABQB 954; *Roberts v. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL); *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925.

### Statutes and Regulations Cited

*Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, ss. 248, 249.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15.  
*Company Act*, R.S.B.C. 1996, c. 62, s. 201.  
*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 131(1).  
*Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159, ss. 96, 123.  
*Queen's Bench Rules*, Man. Reg. 553/88, r. 49.10.  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 49.10, 57.01(1)(d), (2).  
*Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, rr. 1(12), 37(23) to 37(26), 52(11)(d), 57(9).

### Authors Cited

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2002).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 208 D.L.R. (4th) 301, 161 B.C.A.C. 13, 263 W.A.C. 13, 92 C.R.R. (2d) 319 (*sub nom. British Columbia (Ministry of Forests) v. Jules*), [2002] 1 C.N.L.R. 57, [2001] B.C.J. No. 2279 (QL), 2001 BCCA 647, allowing in part an appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court, [2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135. Appeal dismissed, Iacobucci, Major and Bastarache JJ. dissenting.

*Patrick G. Foy, Q.C.*, and *Robert J. C. Deane*, for the appellant.

Citée par le juge Major (dissident)

*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *McDonald c. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527; *Randle c. Randle* (1999), 254 A.R. 323, 1999 ABQB 954; *Roberts c. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL); *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15.  
*Company Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 62, art. 201.  
*Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96, 123.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 248, 249.  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 131(1).  
*Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, règle 49.10.  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 49.10, 57.01(1)d), (2).  
*Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, règles 1(12), 37(23) à 37(26), 52(11)d), 57(9).

### Doctrine citée

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2002).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 208 D.L.R. (4th) 301, 161 B.C.A.C. 13, 263 W.A.C. 13, 92 C.R.R. (2d) 319 (*sub nom. British Columbia (Ministry of Forests) c. Jules*), [2002] 1 C.N.L.R. 57, [2001] B.C.J. No. 2279 (QL), 2001 BCCA 647, qui a accueilli en partie un appel interjeté contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135. Pourvoi rejeté, les juges Iacobucci, Major et Bastarache sont dissidents.

*Patrick G. Foy, c.r.*, et *Robert J. C. Deane*, pour l'appelante.



*Louise Mandell, Q.C., Michael Jackson, Q.C., Clarine Ostrove and Reidar Mogerma*n, for the respondents.

*Cheryl J. Tobias and Brian McLaughlin*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Lori R. Sterling and Mark Crow*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*René Morin, Gilles Laporte and Brigitte Bussières*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Gabriel Bourgeois, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Written submissions only by *George H. Copley, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Margaret Unsworth*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Robert J. M. Janes and Dominique Nouvet*, for the interveners the Songhees Indian Band et al.

*Joseph J. Arvay, Q.C.*, and *David M. Robbins*, for the intervener Chief Roger William.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

These two appeals concern the inherent jurisdiction of the courts to grant costs to a litigant, in rare and exceptional circumstances, prior to the final disposition of a case and in any event of the cause (I will refer to a cost award of this nature as “interim costs”). Such a jurisdiction exists in British Columbia. This discretionary power is subject to stringent conditions and to the observance of

*Louise Mandell, c.r., Michael Jackson, c.r., Clarine Ostrove et Reidar Mogerma*n, pour les intimés.

*Cheryl J. Tobias et Brian McLaughlin*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Lori R. Sterling et Mark Crow*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*René Morin, Gilles Laporte et Brigitte Bussières*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Gabriel Bourgeois, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Argumentation écrite seulement par *George H. Copley, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Margaret Unsworth*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

*Robert J. M. Janes et Dominique Nouvet*, pour les intervenantes la bande indienne des Songhees et autres.

*Joseph J. Arvay, c.r.*, et *David M. Robbins*, pour l’intervenant le chef Roger William.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

Les deux présents pourvois ont trait à la compétence inhérente des tribunaux d’accorder des dépens à une partie au litige, dans des circonstances rares et exceptionnelles, avant le règlement définitif de l’affaire et quelle qu’en soit l’issue (j’appellerai « provision pour frais » l’avance provisoire d’honoraires et de débours de cette nature). Une telle compétence existe en Colombie-Britannique. Ce

appropriate procedural controls. In this case, for the reasons which follow, I would uphold the granting of interim costs to the respondents by the British Columbia Court of Appeal, and I would hold that the Court of Appeal had sufficient grounds to review the exercise of discretion by the trial court.

## II. Background

2

In the fall of 1999, members of the four respondent Indian bands (the “Bands”) began logging on Crown land in British Columbia without authorization under the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159 (the “Code”). The Bands’ respective tribal councils had purportedly authorized the harvesting of the timber, which was to be used to construct housing on the Bands’ reserves. The appellant Minister of Forests served the Bands with stop-work orders under the Code, and commenced proceedings to enforce the orders. The Bands claimed that they had aboriginal title to the lands in question and were entitled to log them. They filed a notice of constitutional question challenging ss. 96 and 123 of the Code as conflicting with their constitutionally protected aboriginal rights.

3

The Minister then applied under Rule 52(11)(d) of the *Rules of Court* of the Supreme Court of British Columbia, B.C. Reg. 221/90, to have the proceedings remitted to the trial list instead of being dealt with in a summary manner. The respondents argued that the matter should not go to trial, because they lacked the financial resources to fund a protracted and expensive trial — which, given the evidentiary challenges of proving a claim of aboriginal title, this would almost undoubtedly be. In the alternative, they argued that the court, in the exercise of its powers to attach conditions to a discretionary order under Rule 52(11)(d) and to make orders as to costs pursuant to Rule 57(9), should order a trial only if

pouvoir discrétionnaire est assujéti à des conditions rigoureuses et au respect de contrôles procéduraux applicables. En l’espèce, pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de confirmer la décision de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique d’attribuer une provision pour frais aux intimés et je conclus que la Cour d’appel avait des motifs suffisants pour réviser l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance.

## II. Le contexte

Au cours de l’automne 1999, des membres des quatre bandes indiennes intimées (les « Bandes ») ont commencé l’exploitation forestière sur des terres publiques en Colombie-Britannique sans l’autorisation requise par la *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159 (le « Code »). Les conseils tribaux respectifs des Bandes avaient prétendument autorisé la coupe du bois qui devait servir à construire des maisons sur les réserves des Bandes. L’appelant, le ministre des Forêts, a signifié aux Bandes des ordonnances de cessation des travaux en vertu du Code et a introduit une instance afin de les faire respecter. Les Bandes ont soutenu qu’elles détenaient un titre aborigène sur les terres en question et qu’elles avaient le droit d’y mener des activités d’exploitation forestière. Elles ont déposé un avis de question constitutionnelle contestant les art. 96 et 123 du Code au motif qu’ils contreviennent à leurs droits ancestraux garantis par la Constitution.

Le ministre a alors demandé, en vertu de l’al. 52(11)d) des *Rules of Court* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90, que l’instance soit inscrite pour instruction au lieu d’être tranchée par procédure sommaire. Les intimés ont prétendu que l’affaire ne devait pas faire l’objet d’une instruction parce qu’ils n’avaient pas les ressources financières voulues pour financer un procès qui, vu la difficulté de faire la preuve d’un titre aborigène, serait certainement long et coûteux. Subsidièrement, ils ont prétendu que, dans l’exercice de ses pouvoirs d’assortir de conditions l’ordonnance discrétionnaire prévue à l’al. 52(11)d) et de statuer sur les dépens en vertu du

it also ordered the Crown to pay their legal fees and disbursements in advance and in any event of the cause. In support of this position, they raised constitutional arguments on three grounds: a general right of access to justice that is implicit in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and flows from the primacy of the rule of law; the protection of aboriginal rights, as affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*; and equality rights under s. 15 of the *Charter*.

The respondents filed affidavit and documentary evidence in support of their claims of aboriginal title and rights. They also submitted evidence demonstrating that it was impossible for them to fund the litigation themselves. The evidence indicated that the Bands were all in extremely difficult financial situations. The chiefs deposed that their communities face grave social problems, including high unemployment rates, lack of housing, inadequate infrastructure, and lack of access to education. Many members of the respondent Bands who live off-reserve would like to return to their communities, but are unable to do so because there are not enough jobs and homes even for those who live on the reserves now. The Bands have been forced to run deficits to finance their day-to-day operations. The chiefs of the Spallumcheen and Neskonlith Bands deposed that they are close to having outside management of their finances imposed by the Department of Indian and Northern Affairs because their working capital deficits are so high.

The Bands' counsel estimated that the cost of a full trial would be \$814,010. The Bands say that they had no way to raise this much money; and that even if they did, there are many more pressing needs which would have to take priority over funding litigation. One of the most urgent needs is new housing — the very purpose for which, they say, they

par. 57(9), la cour ne devait ordonner la tenue d'une instruction que si elle donnait également à la Couronne l'ordre de leur verser une provision pour frais, quelle que soit l'issue de la cause. À l'appui de cette position, ils ont présenté des arguments constitutionnels de trois ordres : un droit général d'accès à la justice, qui est implicite dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui découle de la primauté du droit, la protection des droits ancestraux confirmés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*.

Les intimés ont déposé une preuve par affidavit et une preuve documentaire à l'appui de leur revendication du titre aborigène et d'autres droits ancestraux. Ils ont également déposé une preuve démontrant qu'il leur était impossible de financer le litige à eux seuls. Selon la preuve, les Bandes se trouvaient dans une situation financière extrêmement difficile. Les chefs ont attesté que leurs collectivités étaient aux prises avec de graves problèmes sociaux, notamment des taux de chômage élevés, une pénurie de logements, des infrastructures inadéquates et le manque d'accès à l'éducation. De nombreux membres des Bandes intimées qui vivent à l'extérieur des réserves aimeraient retourner vivre dans leurs collectivités, mais ne peuvent le faire parce qu'il n'y a déjà pas assez d'emplois et de logements pour ceux qui vivent actuellement dans les réserves. Les Bandes ont été obligées d'accumuler des déficits pour financer leurs activités de tous les jours. Les chefs des bandes de Spallumcheen et de Neskonlith ont attesté que le ministère des Affaires indiennes et du Nord était sur le point de leur imposer une gestion externe de leurs finances en raison de l'importance des déficits de leurs fonds de roulement.

Les avocats des Bandes ont estimé à 814 010 \$ le coût d'un procès complet. Les Bandes affirment qu'elles ne peuvent réunir une telle somme et que, même si elles en étaient capables, elles doivent répondre à des besoins plus urgents que le financement d'un litige. L'un des besoins les plus urgents est celui de nouveaux logements — pour

want to harvest timber from the land to which they claim title.

### III. Relevant Legislative Provisions

6 Supreme Court of British Columbia *Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90

1(12) When making an order under these rules the court may impose terms and conditions and give directions as it thinks just.

52(11) On an application the court may

- (d) order a trial of the proceeding, either generally or on an issue, and order pleadings to be filed, and may give directions for the conduct of the trial and of pre-trial proceedings, and for the disposition of the application.

57(9) . . . costs of and incidental to a proceeding shall follow the event unless the court otherwise orders.

### IV. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court*, [2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135

7 Sigurdson J. held that the case could not be decided on the basis of documentary and affidavit evidence alone, and should therefore be remitted to the trial list. The evidence submitted by the Bands of their historical connection to the land was not sufficient in itself to dispose of the issue. Proving the Bands' aboriginal rights claims, which were contested by the Crown, would require historical, anthropological and archaeological evidence to be given by live witnesses and subjected to the detailed and rigorous testing of the trial process. The just resolution of the dispute required a trial and pleadings.

8 Sigurdson J. went on to consider whether he should impose a condition that the Minister pay the Bands' legal fees and disbursements. He began with the question of whether the court retained a general

la construction même desquels, disent-elles, elles veulent couper du bois sur les terres qu'elles revendiquent.

### III. Les dispositions législatives pertinentes

*Rules of Court* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90

[TRADUCTION]

1(12) La cour peut assortir toute ordonnance qu'elle rend en vertu des présentes règles des conditions et directives qu'elle juge équitables.

52(11) Sur demande la cour peut :

- d) ordonner l'instruction de l'instance, d'une façon générale ou sur un point particulier et ordonner le dépôt d'actes de procédure; elle peut aussi donner des directives relatives au déroulement du procès et des instances préparatoires à l'instruction, ainsi qu'au règlement de la demande.

57(9) . . . les dépens de l'instance ou d'une mesure prise dans le cadre de celle-ci suivent, sauf ordonnance contraire de la cour, le sort de l'affaire.

### IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135

Le juge Sigurdson conclut que l'affaire ne peut être tranchée sur la seule base de la preuve documentaire et de la preuve par affidavit, et qu'elle doit donc être inscrite pour instruction. La preuve qu'ont soumise les Bandes pour démontrer leur lien historique avec la terre en question ne suffit pas en soi pour régler le litige. La preuve du bien-fondé des revendications des Bandes en matière de droits ancestraux, que conteste la Couronne, exigerait des témoignages d'experts en histoire, en anthropologie et en archéologie et leur vérification détaillée et rigoureuse au cours de l'instruction. Le règlement équitable du litige requiert la tenue d'un procès et des plaidoiries.

Le juge Sigurdson s'interroge ensuite sur l'opportunité d'imposer comme condition que le ministre paye les honoraires et débours d'avocats des Bandes. Il se demande d'abord si la cour possède la

jurisdiction to award interim costs in a proceeding. He noted that costs usually follow the event and are awarded at the conclusion of the proceedings. Referring to a line of Ontario cases where a narrow jurisdiction to award interim costs has been recognized, Sigurdson J. held that such a discretion also existed in British Columbia in exceptional circumstances. He noted that he was unaware of any cases where substantial amounts had been awarded prior to trial where a liability or right was seriously in issue.

Turning to the Bands' argument that constitutional norms applied to the exercise of his discretion over costs, Sigurdson J. held that those norms did not require an order of interim costs to be made in the Bands' favour. He acknowledged that the Bands would need to retain experienced counsel and experts, and that a trial would be complex and expensive. He also recognized that the Bands' poverty would make it difficult for them to put their case forward. In his view, however, these obstacles resulted from the nature of the case and from the Bands' financial circumstances, not from any interference with their constitutional rights. The Bands' s. 35 argument failed, he held, because there were no specific circumstances giving rise to a fiduciary obligation on the part of the Crown to negotiate with the Bands or to fund the litigation of their land claim.

Sigurdson J. declined to order the Minister to pay the Bands' costs in advance of the trial. He found that his jurisdiction to make such an order was very narrow and was limited by the principle that he could not prejudge the outcome of the case. In this case, liability was still in issue, and Sigurdson J. held that ordering the payment of costs in advance would involve prejudging the case on the merits. For this reason, he was of the view that he was precluded from making such an order. Sigurdson J. added a recommendation that the federal and provincial Crown consider providing funding to ensure that the cases, which had elements of test cases, would

compétence générale d'accorder une provision pour frais en cours d'instance. Il souligne que les dépens suivent habituellement le sort de l'affaire et qu'ils sont attribués au terme de l'instance. Citant des décisions ontariennes dans lesquelles on a reconnu l'existence d'une compétence limitée quant à l'attribution de provisions pour frais, le juge Sigurdson conclut qu'un pouvoir discrétionnaire semblable existe aussi en Colombie-Britannique dans des cas exceptionnels. Il rappelle qu'il ne connaît aucune affaire dans laquelle on a accordé une somme importante avant le procès et où une obligation ou un droit était sérieusement en litige.

Pour ce qui est de la prétention des Bandes que l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens est soumis à des normes constitutionnelles, le juge Sigurdson conclut que ces normes n'exigent pas une ordonnance de paiement d'une provision pour frais en faveur des Bandes. Il reconnaît que les Bandes devraient retenir les services d'experts et d'avocats chevronnés et qu'un procès serait complexe et onéreux. Il admet également qu'en raison de leur état d'indigence, les Bandes auraient de la difficulté à faire valoir leur cause. À son avis, toutefois, ces obstacles découlent de la nature de l'affaire et de la situation financière des Bandes, non d'une atteinte à leurs droits constitutionnels. Il conclut alors que la prétention des Bandes fondée sur l'art. 35 ne peut être retenue en l'absence de circonstances spécifiques imposant à la Couronne une obligation fiduciaire de négociation avec les Bandes ou de financement de la défense de leurs revendications territoriales.

Le juge Sigurdson refuse d'ordonner au ministre de payer à l'avance les honoraires et débours d'avocats des Bandes. Il estime que sa compétence pour rendre une telle ordonnance demeure très restreinte et qu'elle se trouve limitée par le principe qu'il ne peut préjuger de l'issue de la cause. En l'espèce, la question de la responsabilité n'est pas réglée et le juge Sigurdson conclut que, s'il ordonnait le versement d'une provision pour frais, il se trouverait à préjuger de l'affaire quant au fond. C'est pourquoi il estime qu'il ne peut rendre une telle ordonnance. Cependant, il recommande aussi que la Couronne, aussi bien fédérale que provinciale, envisage de

be properly resolved at trial. He also suggested that the litigation might be able to proceed if the Bands could work out a contingent fee arrangement with counsel.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001 BCCA 647

11 Newbury J.A., writing for a unanimous panel, allowed the Bands' appeal of Sigurdson J.'s decision.

12 At the outset, Newbury J.A. noted that the Bands' claims, if they went to trial, would be the first to try aboriginal claims to title and other rights in respect of logging in British Columbia. She also summarized some of the affidavit evidence setting out the dire financial circumstances of the Bands.

13 Newbury J.A. upheld the chambers judge's decision to remit the matter of the Bands' aboriginal rights or title to trial. She agreed with him that the just determination of these issues required a trial. This holding was not raised on appeal to this Court.

14 On the question of funding the litigation, Newbury J.A. distinguished between a constitutional right to full funding of legal fees and disbursements, on the one hand, and on the other, the court's discretion to make orders as to "costs" as that term is used in the rules of court and in general legal parlance — meaning a payment to offset legal expenses, usually in an amount set by statutory guidelines, rather than payment of the actual amount owed by the client to his or her solicitor.

15 As far as a constitutional right to funding of the Bands' legal expenditures was concerned, Newbury J.A. substantially agreed with the reasons of the

fournir un appui financier de sorte que ces affaires, qui s'apparentent à des causes types, soient tranchées comme il se doit dans le cadre d'un procès. Il semble également indiquer que le litige pourrait être entendu si les Bandes pouvaient conclure une entente d'honoraires conditionnels avec leurs avocats.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001 BCCA 647

La juge Newbury, au nom d'une formation unanime, accueille l'appel des Bandes contre la décision du juge Sigurdson.

Dès le départ, la juge Newbury souligne que, si les revendications des Bandes faisaient l'objet d'un procès, il s'agirait du premier procès sur la revendication d'un titre aborigène et d'autres droits ancestraux à l'égard de l'exploitation forestière en Colombie-Britannique. Elle résume aussi certains affidavits exposant la situation financière précaire des Bandes.

La juge Newbury confirme la décision du juge en chambre d'inscrire pour instruction la question du titre aborigène ou d'autres droits ancestraux. Elle convient avec lui qu'un règlement équitable de ces questions nécessite la tenue d'un procès. Cette décision n'a pas été remise en cause lors du pourvoi devant notre Cour.

À propos de la question du financement du litige, la juge Newbury établit une distinction entre, d'une part, un droit constitutionnel au paiement intégral des honoraires et débours et, d'autre part, le pouvoir discrétionnaire du tribunal de statuer sur les « dépens » au sens où ce terme est employé dans les règles de procédure et dans la langue juridique en général — c'est-à-dire le versement d'une somme destinée à couvrir les frais du recours à la justice, habituellement selon des lignes directrices prévues par la loi, et non le paiement de la somme réelle que le client doit à son avocat.

Au sujet de la question d'un droit constitutionnel des Bandes au paiement des honoraires et débours d'avocats, la juge Newbury souscrit pour l'essentiel

chambers judge. She held that the principle of access to justice did not extend so far as to oblige the government to fund litigants who could not afford to pay for legal representation in a civil suit. She also agreed with Sigurdson J. that s. 35 of the *Constitution Act, 1982* did not place an affirmative obligation on the government to provide funding for legal fees of an aboriginal band attempting to prove asserted aboriginal rights. Nothing in the specific circumstances of this case gave rise to a fiduciary expectation on the Bands' part that their legal fees would be funded. (She did not address the Bands' s. 15 arguments, which were not raised on appeal.) Newbury J.A. concluded that the Bands did not have a constitutional right to legal fees funded by the provincial Crown.

Newbury J.A. came to a different conclusion, however, on the matter of the court's discretion to order interim costs in favour of the Bands. She agreed with Sigurdson J. that this discretion existed, and that it was narrow in scope and restricted to narrow and exceptional circumstances. In her view, however, the circumstances of this case were indeed exceptional. Newbury J.A. held that the chambers judge had placed too much emphasis on concerns about prejudging the outcome, which in her view were diminished in light of the special circumstances of the case and the public interest in a proper resolution of the issues. She held that constitutional principles and the unique nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples were background factors that should inform the exercise of the court's discretion to order costs. Newbury J.A. held that the chambers judge had erred in failing to recognize that the case involved exceptional and unique circumstances which outweighed concerns about prejudging the outcome of the case.

aux motifs du juge en chambre. Elle conclut que le principe de l'accès à la justice ne va pas jusqu'à obliger le gouvernement à soutenir financièrement les parties qui n'ont pas les moyens de payer leur représentation par avocat dans une poursuite civile. Elle convient également avec le juge Sigurdson que l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'impose pas au gouvernement l'obligation positive de payer les honoraires d'avocats d'une bande autochtone qui tente de prouver l'existence de droits ancestraux. Rien dans les circonstances particulières de l'espèce ne permet aux Bandes d'invoquer l'existence d'une obligation fiduciaire relativement au paiement des honoraires d'avocats (la juge n'a pas examiné les prétentions fondées sur l'art. 15, lesquelles n'ont pas été soulevées en appel). La juge Newbury décide ainsi que la Constitution ne garantit pas aux Bandes le paiement par la Couronne provinciale de tels honoraires.

Cela dit, la juge Newbury arrive à une conclusion différente sur la question du pouvoir discrétionnaire de la cour d'ordonner le versement d'une provision pour frais aux Bandes. Elle convient avec le juge Sigurdson que ce pouvoir discrétionnaire existe, qu'il a une portée limitée et qu'on ne peut y recourir que dans des circonstances exceptionnelles bien précises. À son avis, toutefois, les circonstances de l'espèce sont effectivement exceptionnelles. La juge Newbury estime que le juge en chambre a trop insisté sur les préoccupations concernant le danger de préjuger de l'issue de la cause; selon elle, ces préoccupations se trouvent atténuées en raison des circonstances spéciales de l'espèce et de l'intérêt du public à ce que les questions en litige soient réglées comme il se doit. Elle conclut que les principes constitutionnels et le caractère unique de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones sont des facteurs fondamentaux qui doivent guider la cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de statuer sur les dépens. Selon son opinion, le juge en chambre a commis une erreur en ne reconnaissant pas que l'affaire présente des circonstances uniques et exceptionnelles qui doivent prévaloir sur toute préoccupation relative au danger de préjuger de l'issue de la cause.

17

Newbury J.A. held that, although the court had no discretion to order full funding of the Bands' case by the Crown, the chambers judge did have a discretionary power to order interim costs. She held that such an order should be made with conditions designed to provide concrete assistance to the Bands without exposing the Minister to unreasonable or excessive costs. She ordered the Crown to pay such legal costs of the Bands as ordered by the chambers judge from time to time, subject to detailed terms that she imposed so as to encourage the parties to minimize unnecessary steps in the dispute and to resolve as many issues as possible by negotiation. These terms, as found in the Court of Appeal Order dated November 5, 2001, are best stated in full:

AND THIS COURT FURTHER ORDERS that the Crown, in any event of the cause, pay such legal costs of the Bands, as that term is used and as the Chambers judge orders from time to time in accordance with the following:

- (a) Costs, as is referenced in paragraph [10] of the *Reasons for Judgment*;
- (b) Unless the Chambers judge concludes that special costs are warranted in this case, costs are to be calculated on the appropriate scale in light of the complexity and difficulty of the litigation;
- (c) Counsel are to consider whether costs could be saved by trying one of the four cases rather than all four at the same time. If counsel are unable to agree on that issue, they should seek directions from the Chambers judge. Counsel are also to use all other reasonable measures to minimize costs, and the Chambers judge may impose restrictions for this purpose;
- (d) The Province and the Bands are to attempt to agree on a procedure whereby the Bands upon incurring taxable costs and disbursements from time to time up to the end of the trial, will so advise the respondent, and provide such other 'backup' material as the Chambers judge may order. Such costs would be paid by the respondent within a given time-frame, unless the

La juge Newbury estime que, même si la cour ne possède pas le pouvoir discrétionnaire d'ordonner à la Couronne de financer au complet la cause des Bandes, le juge en chambre a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement d'une provision pour frais. Elle conclut qu'une telle ordonnance ne devrait être rendue que si elle est assortie de conditions visant à fournir une aide concrète aux Bandes sans pour autant exposer le ministre à des dépenses excessives ou déraisonnables. Elle ordonne alors à la Couronne de payer les honoraires et débours d'avocats des Bandes, selon ce que pourrait ordonner le juge en chambre, sous réserve de conditions détaillées qu'elle impose de manière à encourager les parties à un litige à éviter les démarches inutiles et à régler par la négociation le plus grand nombre possible de questions. Il est utile de reproduire intégralement ces conditions, qui figurent dans l'ordonnance du 5 novembre 2001 de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE EN OUTRE que la Couronne, quelle que soit l'issue de la cause, paye les honoraires et débours d'avocats des Bandes, au sens où ce terme est employé et selon ce que pourrait ordonner le juge en chambre, en conformité avec ce qui suit :

- a) Les dépens, au sens du par. [10] des *Motifs du jugement*.
- b) Sauf si le juge en chambre conclut que l'octroi d'honoraires et de débours spéciaux est justifié en l'espèce, ces derniers seront calculés selon le barème applicable compte tenu de la complexité et de la difficulté du litige.
- c) Les avocats devront examiner la possibilité de diminuer les coûts en ne faisant instruire qu'une seule des causes au lieu des quatre à la fois. S'ils n'arrivent pas à s'entendre sur cette question, ils devront demander des directives au juge en chambre. Ils prendront également toutes les autres mesures raisonnables pour réduire au minimum les dépenses et le juge en chambre pourra imposer des restrictions à cette fin.
- d) La Province et les Bandes devront tenter de s'entendre sur une procédure valide pour toute la durée de l'instruction en vertu de laquelle les Bandes, au fur et à mesure qu'elles engageront des frais et des débours taxables, aviseront l'intimée et fourniront toute pièce justificative que le juge en chambre pourra exiger. Ces honoraires et débours seront payés par l'intimée dans un délai



Province objects, in which case it shall refer the matter to the Chambers judge, who may order the taxation of the bill in the ordinary way;

- (e) If counsel are unable to agree on such procedures, the matter shall be taken back to the Chambers judge, who shall make directions in accordance with the spirit of these *Reasons*.

#### V. Issues

This case raises two issues: first, the nature of the court's jurisdiction in British Columbia to grant costs on an interim basis and the principles that govern its exercise; and second, appellate review of the trial court's discretion as to costs. The issue of a constitutional right to funding does not arise, as it was not relied on by the respondents in this appeal.

#### VI. Analysis

##### A. *The Court's Discretionary Power to Grant Interim Costs*

###### (1) Traditional Costs Principles — Indemnifying the Successful Party

The jurisdiction of courts to order costs of a proceeding is a venerable one. The English common law courts did not have inherent jurisdiction over costs, but beginning in the late 13th century they were given the power by statute to order costs in favour of a successful party. Courts of equity had an entirely discretionary jurisdiction to order costs according to the dictates of conscience (see M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 1-1). In the modern Canadian legal system, this equitable and discretionary power survives, and is recognized by the various provincial statutes and rules of civil procedure which make costs a matter for the court's discretion.

In the usual case, costs are awarded to the prevailing party after judgment has been given. The

prescrit, sauf si la Province s'y oppose, auquel cas elle devra renvoyer l'affaire au juge en chambre, qui pourra ordonner la taxation du mémoire de frais de la manière habituelle.

- e) Si les avocats n'arrivent pas à s'entendre sur une telle procédure, l'affaire devra être renvoyée au juge en chambre, qui donnera des directives en conformité avec l'esprit des présents *Motifs*.

#### V. Les questions en litige

La présente affaire soulève deux questions : premièrement, la nature de la compétence des cours de la Colombie-Britannique d'accorder des provisions pour frais et les principes qui régissent l'exercice de cette compétence; deuxièmement, l'examen en appel du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance de statuer sur les dépens. La question d'un droit constitutionnel au financement ne se pose pas, car elle n'a pas été soulevée par les intimés en l'espèce.

#### VI. Analyse

##### A. *Le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'accorder des provisions pour frais*

###### (1) Les principes traditionnels relatifs à l'attribution de dépens — L'indemnisation de la partie ayant obtenu gain de cause

La compétence des tribunaux d'ordonner le paiement des dépens afférents à une procédure judiciaire existe depuis fort longtemps. Les cours anglaises de common law n'avaient pas de compétence inhérente pour statuer sur les dépens mais, dès la fin du 13<sup>e</sup> siècle, la loi leur a conféré le pouvoir d'adjuger les dépens à la partie gagnante. De plus, les cours d'equity détenaient une compétence entièrement discrétionnaire pour accorder les dépens au gré de leur conscience (voir M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 1-1). Dans le système juridique canadien moderne, ce pouvoir discrétionnaire fondé sur l'equity existe toujours et est reconnu par les diverses lois et règles de procédure civile provinciales, qui laissent la question des dépens à la discrétion de la cour.

Normalement, les dépens sont accordés à la partie gagnante après le prononcé du jugement. Dans

18

19

20

standard characteristics of costs awards were summarized by the Divisional Court of the Ontario High Court of Justice in *Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth and Hamilton-Wentworth Save the Valley Committee, Inc.* (1985), 51 O.R. (2d) 23, at p. 32, as follows:

- (1) They are an award to be made in favour of a successful or deserving litigant, payable by the loser.
- (2) Of necessity, the award must await the conclusion of the proceeding, as success or entitlement cannot be determined before that time.
- (3) They are payable by way of indemnity for allowable expenses and services incurred relevant to the case or proceeding.
- (4) They are *not* payable for the purpose of assuring participation in the proceedings. [Emphasis in original.]

21

The characteristics listed by the court reflect the traditional purpose of an award of costs: to indemnify the successful party in respect of the expenses sustained either defending a claim that in the end proved unfounded (if the successful party was the defendant), or in pursuing a valid legal right (if the plaintiff prevailed). Costs awards were described in *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (App. Div.), at p. 216, as being “in the nature of damages awarded to the successful litigant against the unsuccessful, and by way of compensation for the expense to which he has been put by the suit improperly brought”.

(2) Costs as an Instrument of Policy

22

These background principles continue to govern the law of costs in cases where there are no special factors that would warrant a departure from them. The power to order costs is discretionary, but it is a discretion that must be exercised judicially, and accordingly the ordinary rules of costs should be followed unless the circumstances justify a different approach. For some time, however, courts have recognized that indemnity to the successful party is

*Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth and Hamilton-Wentworth Save the Valley Committee, Inc.* (1985), 51 O.R. (2d) 23, p. 32, la Cour divisionnaire de la Haute Cour de justice de l’Ontario résume ainsi les caractéristiques habituelles de l’octroi des dépens :

[TRADUCTION]

- (1) Les dépens sont alloués à la partie victorieuse ou méritoire et sont payables par la partie qui succombe.
- (2) Par la force des choses, les dépens ne sont accordés qu’à la fin de l’instance étant donné qu’on ne peut savoir d’avance qui aura gain de cause.
- (3) Ils sont payables à titre d’indemnité pour les dépenses et les services admissibles afférents à l’instance.
- (4) Ils *ne* sont *pas* versés dans le but de garantir la participation à l’instance. [En italique dans l’original.]

Les caractéristiques énumérées par la cour traduisent le but traditionnel de l’octroi des dépens : indemniser la partie gagnante des dépenses qu’elle a engagées soit pour se défendre contre une action qui, en fin de compte, s’est révélée sans fondement (si le défendeur a obtenu gain de cause), soit pour faire reconnaître un droit valide (si le demandeur a obtenu gain de cause). L’attribution des dépens est décrite dans *Ryan c. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (Div. app.), p. 216, comme [TRADUCTION] « participant de la nature des dommages-intérêts accordés au gagnant contre le perdant, à titre de compensation des dépenses qu’il a dû engager en raison de la poursuite non fondée ».

(2) L’attribution de dépens comme instrument de politique juridique

Ces principes fondamentaux continuent à régir les règles de droit relatives à l’attribution de dépens dans les affaires où aucun facteur particulier ne justifierait qu’on y déroge. Le pouvoir d’adjudication de dépens demeure discrétionnaire, mais c’est un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé de façon judiciaire et il faut donc suivre les règles ordinaires relatives à cette question à moins que les circonstances ne justifient une approche différente. Depuis

not the sole purpose, and in some cases not even the primary purpose, of a costs award. Orkin, *supra*, at p. 2-24.2, has remarked that:

The principle of indemnification, while paramount, is not the only consideration when the court is called on to make an order of costs; indeed, the principle has been called “outdated” since other functions may be served by a costs order, for example to encourage settlement, to prevent frivolous or vexatious [*sic*] litigation and to discourage unnecessary steps.

The indemnification principle was referred to as “outdated” in *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1997), 37 O.R. (3d) 464 (Gen. Div.), at p. 475. In this case the successful party was a law firm, one of whose partners had acted on its behalf. Traditionally, courts applying the principle of indemnification would allow an unrepresented litigant to tax disbursements only and not counsel fees, because the litigant could not be indemnified for counsel fees it had not paid. Macdonald J. held that the principle of indemnity remained a paramount consideration in costs matters generally, but was “outdated” in its application to a case of this nature. The court should also use costs awards so as to encourage settlement, to deter frivolous actions and defences, and to discourage unnecessary steps in the litigation. These purposes could be served by ordering costs in favour of a litigant who might not be entitled to them on the view that costs should be awarded purely for indemnification of the successful party.

Similarly, in *Skidmore v. Blackmore* (1995), 2 B.C.L.R. (3d) 201, the British Columbia Court of Appeal stated at para. 28 that “the view that costs are awarded solely to indemnify the successful litigant for legal fees and disbursements incurred is now outdated”. The court held that self-represented lay litigants should be allowed to tax

un certain temps, toutefois, les tribunaux reconnaissent que l’indemnisation de la partie victorieuse ne constitue pas le seul objectif et, dans certains cas, pas même l’objectif principal de l’attribution de dépens. Voici ce qui est écrit dans Orkin, *op. cit.*, p. 2-24.2 :

[TRADUCTION] Le principe de l’indemnisation, bien que primordial, n’est pas la seule considération retenue par le tribunal appelé à rendre une ordonnance de paiement des dépens; ce principe a même été qualifié de « désuet » puisqu’une telle ordonnance peut servir d’autres fins, par exemple encourager les règlements, prévenir les litiges futiles ou vexatoires et décourager les démarches inutiles.

Le principe de l’indemnisation a été qualifié de « désuet » dans la décision *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (1997), 37 O.R. (3d) 464 (Div. gén.), p. 475. Dans cette affaire, la partie victorieuse était un cabinet d’avocats. L’un de ses associés avait agi pour le compte de ce dernier. Traditionnellement, les tribunaux qui appliquent le principe de l’indemnisation permettent à une partie non représentée de taxer uniquement les débours et non les honoraires d’avocats, la partie ne pouvant être indemnisée des honoraires d’avocats qu’elle n’a pas payés. La juge Macdonald a estimé que, d’une manière générale, le principe de l’indemnisation demeurerait toujours une considération primordiale en matière de dépens, mais que son application était « désuète » dans une affaire de cette nature. La cour devrait également recourir à l’attribution des dépens afin d’encourager les règlements, de prévenir les actions et les défenses frivoles et de décourager les démarches futiles dans le cadre du litige. Ces objectifs pourraient être atteints au moyen d’une ordonnance de paiement de dépens en faveur d’une partie qui n’y aurait peut-être pas droit selon le seul principe de l’indemnisation de la partie victorieuse.

De même, dans *Skidmore c. Blackmore* (1995), 2 B.C.L.R. (3d) 201, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a affirmé au par. 28 que [TRADUCTION] « le principe selon lequel les dépens sont accordés dans le seul but d’indemniser la partie gagnante des honoraires et débours d’avocats est maintenant périmé ». La cour a conclu que

legal fees, overruling its earlier decision in *Kendall v. Hunt (No. 2)* (1979), 16 B.C.L.R. 295. This change in the common law was described by the court as an incremental one “when viewed in the larger context of the trend towards awarding costs to encourage or deter certain types of conduct, and not merely to indemnify the successful litigant” (para. 44).

25

As the *Fellowes* and *Skidmore* cases illustrate, modern costs rules accomplish various purposes in addition to the traditional objective of indemnification. An order as to costs may be designed to penalize a party who has refused a reasonable settlement offer; this policy has been codified in the rules of court of many provinces (see, e.g., Supreme Court of British Columbia *Rules of Court*, Rules 37(23) to 37(26); Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 49.10; Manitoba *Queen’s Bench Rules*, Man. Reg. 553/88, Rule 49.10). Costs can also be used to sanction behaviour that increases the duration and expense of litigation, or is otherwise unreasonable or vexatious. In short, it has become a routine matter for courts to employ the power to order costs as a tool in the furtherance of the efficient and orderly administration of justice.

26

Indeed, the traditional approach to costs can also be viewed as being animated by the broad concern to ensure that the justice system works fairly and efficiently. Because costs awards transfer some of the winner’s litigation expenses to the loser rather than leaving each party’s expenses where they fall (as is done in jurisdictions without costs rules), they act as a disincentive to those who might be tempted to harass others with meritless claims. And because they offset to some extent the outlays incurred by the winner, they make the legal system more accessible to litigants who seek to vindicate a legally sound position. These effects of the traditional rules can be connected to the court’s concern with overseeing its own process and ensuring

le profane non représenté par avocat devrait avoir le droit de taxer les frais du recours à la justice, écartant ainsi sa décision dans *Kendall c. Hunt (No. 2)* (1979), 16 B.C.L.R. 295. Selon la cour, il s’agissait là d’un changement progressif en common law [TRADUCTION] « lorsqu’on l’examine dans le contexte global de la tendance à accorder des dépens pour encourager ou décourager certains types de comportement et non simplement pour indemniser la partie gagnante » (par. 44).

Comme l’illustrent les décisions *Fellowes* et *Skidmore*, les règles modernes d’attribution des dépens visent des objectifs divers outre le traditionnel objectif de l’indemnisation. Une ordonnance d’adjudication des dépens peut viser à pénaliser la partie qui a refusé une offre de règlement raisonnable; cette politique a été codifiée dans les règles de pratique des tribunaux de plusieurs provinces (voir, p. ex., les *Rules of Court* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, par. 37(23) à 37(26); les *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 49.10; les *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, règle 49.10). L’attribution des dépens peut également servir à sanctionner des conduites qui ont prolongé la durée du litige, ou en ont augmenté le coût ou qui sont par ailleurs déraisonnables ou vexatoires. Bref, les tribunaux utilisent maintenant couramment le pouvoir d’adjudication des dépens comme un instrument destiné à favoriser l’administration efficace et ordonnée de la justice.

À vrai dire, on peut aussi considérer que la règle traditionnelle d’adjudication des dépens est dictée par le souci général d’assurer le fonctionnement équitable et efficace du système judiciaire. Comme l’attribution des dépens transfère au perdant une partie des dépenses assumées par le gagnant au lieu de laisser à chaque partie le soin de supporter ses frais (comme c’est la pratique dans les ressorts où il n’existe pas de règles à cet égard), elle agit comme moyen dissuasif sur ceux qui pourraient être tentés d’en harceler d’autres par des demandes non fondées. Comme elle réduit dans une certaine mesure les dépenses du gagnant, elle rend le système juridique plus accessible aux parties qui cherchent à défendre une position valable en droit.

that litigation is conducted in an efficient and just manner. In this sense it is a natural evolution in the law to recognize the related policy objectives that are served by the modern approach to costs.

(3) Public Interest Litigation and Access to Justice

Another consideration relevant to the application of costs rules is access to justice. This factor has increased in importance as litigation over matters of public interest has become more common, especially since the advent of the *Charter*. In special cases where individual litigants of limited means seek to enforce their constitutional rights, courts often exercise their discretion on costs so as to avoid the harshness that might result from adherence to the traditional principles. This helps to ensure that ordinary citizens have access to the justice system when they seek to resolve matters of consequence to the community as a whole.

Courts have referred to the importance of this objective on numerous occasions. In *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada* (1986), 32 D.L.R. (4th) 292 (Ont. H.C.J.), Osler J. opined that “it is desirable that *bona fide* challenge is not to be discouraged by the necessity for the applicant to bear the entire burden” (pp. 305-6), while at the same time cautioning that “the Crown should not be treated as an unlimited source of funds with the result that marginal applications would be encouraged” (p. 306). In *Re Lavigne and Ontario Public Service Employees Union (No. 2)* (1987), 60 O.R. (2d) 486 (H.C.J.), White J. held that “it is desirable that *Charter* litigation not be beyond the reach of the citizen of ordinary means” (p. 526). He awarded costs to the successful *Charter* applicant in spite of the fact that his representation had been paid for by a third-party organization (so that he would not, on the

Ces effets des règles traditionnelles peuvent être rattachés au souci de la cour d’exercer un contrôle sur sa propre procédure et de voir au déroulement efficace et juste de l’instance. En ce sens, ce souci se situe dans la ligne de l’évolution naturelle du droit de reconnaître les objectifs connexes d’intérêt public que favorise l’approche moderne de l’attribution des dépens.

(3) Poursuites d’intérêt public et accès à la justice

Autre considération pertinente pour l’application des règles d’attribution des dépens : l’accès à la justice. Ce facteur a pris de l’importance avec l’augmentation du nombre de poursuites d’intérêt public, surtout depuis l’avènement de la *Charte*. Dans des cas spéciaux où des parties aux ressources limitées cherchent à faire respecter leurs droits constitutionnels, les tribunaux exercent souvent leur pouvoir discrétionnaire d’adjudication des dépens de façon à ne pas les mettre dans une situation difficile que pourrait causer l’application des règles traditionnelles. Ils contribuent ainsi à aider les citoyens ordinaires à avoir accès au système juridique lorsqu’ils cherchent à régler des questions qui revêtent de l’importance pour l’ensemble de la collectivité.

Les tribunaux ont souligné à maintes reprises l’importance de cet objectif. Dans *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada* (1986), 32 D.L.R. (4th) 292 (H.C.J. Ont.), le juge Osler a déclaré qu’il est [TRADUCTION] « souhaitable qu’une contestation de bonne foi ne soit pas découragée par le fait que le requérant doit assumer tout le fardeau » (p. 305-306), tout en précisant qu’[TRADUCTION] « il ne faut pas traiter le ministère public comme une source de fonds intarissable de manière à encourager les demandes marginales » (p. 306). Dans *Re Lavigne and Ontario Public Service Employees Union (No. 2)* (1987), 60 O.R. (2d) 486 (H.C.J.), le juge White a conclu que [TRADUCTION] « les personnes aux ressources ordinaires devraient pouvoir participer à un litige intéressant la Charte » (p. 526). Il a adjugé les dépens à la partie qui revendiquait avec succès un droit fondé sur la *Charte*, et ce, malgré le fait

27

28

traditional approach, have been entitled to any indemnity). This case was overturned on the merits on appeal (*Lavigne v. O.P.S.E.U.* (1989), 67 O.R. (2d) 536 (C.A.), aff'd [1991] 2 S.C.R. 211), but neither the Ontario Court of Appeal nor this Court expressed any disapproval of White J.'s remarks on costs. Referring to both *Canadian Newspapers* and *Lavigne* in *Rogers v. Sudbury (Administrator of Ontario Works)* (2001), 57 O.R. (3d) 467 (S.C.J.), Epstein J. concluded at para. 19 that "costs can be used as an instrument of policy and . . . making *Charter* litigation accessible to ordinary citizens is recognized as a legitimate and important policy objective".

que les frais de sa représentation juridique avaient été payés par une organisation tierce (selon la règle traditionnelle, il n'aurait eu droit à aucune indemnité). Cette décision a été infirmée sur le fond en appel (*Lavigne c. O.P.S.E.U.* (1989), 67 O.R. (2d) 536 (C.A.), conf. par [1991] 2 R.C.S. 211), mais ni la Cour d'appel de l'Ontario ni notre Cour n'ont exprimé leur désaccord avec les remarques du juge White sur la question des frais. Citant les décisions *Canadian Newspapers* et *Lavigne* dans *Rogers c. Sudbury (Administrator of Ontario Works)* (2001), 57 O.R. (3d) 467 (C.S.J.), le juge Epstein a conclu au par. 19 que [TRADUCTION] « l'octroi des dépens peut être utilisé comme instrument de politique juridique et [. . .] donner aux citoyens ordinaires la possibilité d'intenter des poursuites fondées sur la *Charte* est reconnu comme un objectif d'intérêt public légitime et important ».

29

In *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, the applicants, who were Jehovah's Witnesses, unsuccessfully argued that their *Charter* rights had been violated when a blood transfusion was administered to their baby daughter over their objections. Instead of granting costs in the cause, the District Court judge directed the intervening Attorney General to pay the applicants' costs. Whealy Dist. Ct. J. cited Osler J.'s statement in *Canadian Newspapers*, *supra*, that *bona fide* challenges should not be deterred, and observed that the case before him was an unusual one involving a matter of province-wide importance (see [1989] O.J. No. 205 (QL) (Dist. Ct.)). His costs order, although unconventional, was upheld on appeal by the Ontario Court of Appeal, and subsequently by this Court. At the Court of Appeal, Tarnopolsky J.A. noted that this case, in which "the parents rose up against state power because of their religious beliefs", was one of national, even international significance ((1992), 10 O.R. (3d) 321, at pp. 354-55). La Forest J. stated at para. 122 of this Court's judgment that the costs award against the Attorney General was "highly unusual" and something that should be permitted "only in very rare cases", but that the case "raised special and peculiar

Dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, les demandeurs, des témoins de Jéhovah, avaient plaidé sans succès qu'on avait porté atteinte aux droits que leur reconnaît la *Charte* en pratiquant contre leur gré une transfusion sanguine sur leur fillette. Au lieu d'accorder les dépens suivant le sort de l'affaire, le juge de la Cour de district avait ordonné à l'intervenant, le procureur général, de payer les frais des demandeurs. Le juge Whealy de la Cour de district a cité la déclaration du juge Osler dans *Canadian Newspapers*, précité, qu'il ne faut pas décourager les contestations de bonne foi, et il a fait remarquer que l'affaire dont il était saisi était une affaire inhabituelle soulevant une question importante pour l'ensemble de la province (voir [1989] O.J. No. 205 (QL) (C. dist.)). Son ordonnance de paiement des frais a été confirmée en appel par la Cour d'appel de l'Ontario et ultérieurement par notre Cour, malgré son caractère novateur. À la Cour d'appel, le juge Tarnopolsky a fait remarquer que cette cause, dans laquelle [TRADUCTION] « les parents se sont élevés contre le pouvoir de l'État en raison de leurs convictions religieuses », était d'importance nationale, voire internationale ((1992), 10 O.R. (3d) 321, p. 354-355). Le juge La Forest a écrit, au par. 122 du jugement de la Cour, que la condamnation du procureur général aux dépens était « fort

problems”. He allowed Whealy Dist. Ct. J.’s order to stand.

The *B. (R.)* case illustrates that in highly exceptional cases involving matters of public importance the individual litigant who loses on the merits may not only be relieved of the harsh consequence of paying the other side’s costs, but may actually have its own costs ordered to be paid by a successful intervenor or party. It should be noted that Whealy Dist. Ct. J. applied Rule 57.01(2), a provision of Ontario’s *Rules of Civil Procedure* that expressly authorized the court to award costs against a successful litigant and specified that the importance of the issues was a factor to be considered (see Rule 57.01(1)(d)). Although these principles are not spelled out in the Supreme Court of British Columbia *Rules of Court*, in my view they are generally relevant in guiding the exercise of a court’s discretion as to costs. They form part of the background against which a British Columbia court exercises its inherent equitable jurisdiction, confirmed by Rule 57(9), to depart from the usual rule that costs follow the event.

#### (4) Interim Costs

Concerns about access to justice and the desirability of mitigating severe inequality between litigants also feature prominently in the rare cases where interim costs are awarded. An award of costs of this nature forestalls the danger that a meritorious legal argument will be prevented from going forward merely because a party lacks the financial resources to proceed. That costs orders can be used in this way in a narrow class of exceptional cases was recognized early on by the English courts. In *Jones v. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642 (Ch.), the Lord Chancellor found that “the poverty of the person will not allow her to carry on the cause, unless the court will direct the defendant to pay something to the plaintiff in the mean time”. Invoking the “intirely discretionary” equitable jurisdiction to order costs, he ordered costs to be paid

inhabituelle » et ne devrait être permise que « dans des cas très rares », mais que la cause a « soulevé des problèmes spéciaux et particuliers ». Il a confirmé l’ordonnance du juge Whealy.

L’arrêt *B. (R.)* illustre le fait que, dans des affaires vraiment exceptionnelles mettant en cause des questions d’intérêt public, la partie qui perd sur le fond peut non seulement être dispensée du paiement des frais de la partie adverse, mais aussi voir ses propres frais payés par l’intervenant ou la partie victorieuse. Il convient de signaler que le juge Whealy a appliqué le par. 57.01(2) des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, qui autorise expressément le tribunal à condamner aux dépens la partie gagnante et qui précise qu’il faut prendre en considération l’importance des questions en litige (voir al. 57.01(1)d)). Bien que ces principes ne soient pas énoncés expressément dans les *Rules of Court* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, ils sont, à mon avis, généralement pertinents pour guider les tribunaux dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire d’adjudication des dépens. Ils font partie du contexte dans lequel les tribunaux de la Colombie-Britannique exercent leur compétence inhérente en equity, confirmée par le par. 57(9), pour déroger à la règle habituelle voulant que les dépens suivent l’issue de la cause.

#### (4) La provision pour frais

Les préoccupations concernant l’accès à la justice et l’opportunité d’atténuer les grandes inégalités entre les parties au litige occupent également le premier plan dans les rares cas où des provisions pour frais sont accordées. L’octroi d’une telle provision permet d’éviter qu’une argumentation juridique fondée ne soit pas entendue parce qu’une des parties ne dispose pas des ressources financières nécessaires. Les cours de justice anglaises ont reconnu très tôt cette possibilité de statuer sur les dépens de cette façon dans une catégorie restreinte de cas exceptionnels. Dans *Jones c. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642 (Ch.), le lord chancelier a conclu que, [TRADUCTION] « en raison de sa pauvreté, la personne ne pourra pas faire entendre sa cause à moins que la cour n’ordonne au défendeur de payer entre-temps une certaine somme à la

to the plaintiff “to empower her to go on with the cause” (p. 642).

32 The discretionary power to award interim costs in appropriate cases has also been recognized in Canada. An extensive discussion of this power is found in *Organ v. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210 (Gen. Div.). Macdonald J. reviewed the authorities, including *Jones, supra*, and concluded that “the court *does* have a general jurisdiction to award interim costs in a proceeding” (p. 215 (emphasis in original)). She also found that that jurisdiction was “limited to very exceptional cases and ought to be narrowly applied, especially when the court is being asked to essentially pre-determine an issue” (p. 215).

33 As Macdonald J. recognized in *Organ, supra*, at p. 215, the power to order interim costs is perhaps most typically exercised in, but is not limited to, matrimonial or family cases. In *McDonald v. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527 (Alta. C.A.), Russell J.A. observed that the wife in divorce proceedings could traditionally obtain “anticipatory costs” to enable her to present her position (para. 18). This was because husbands usually controlled all the matrimonial property. Since the wife had “no means to pay lawyers, her side of the litigation would not be advanced, and this position was patently unfair” (para. 20). Interim costs will still be granted in family cases where one party is at a severe financial disadvantage that may prevent his or her case from being put forward. See, e.g., *Woloschuk v. Von Amerongen*, [1999] A.J. No. 463 (QL), 1999 ABQB 306, where the Alberta Court of Queen’s Bench ordered a lump sum payment of \$10,000 to the mother in a custody action by way of interim costs, finding that the father’s financial position was “significantly better than that of the [mother] in terms of funding this protracted lawsuit” (para. 16); and *Roberts v. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL) (S.C.J.), also a custody case, where

demanderesse ». Invoquant la [TRADUCTION] « nature purement discrétionnaire » de la compétence en equity d’ordonner le paiement des dépens, il les a adjugés à la demanderesse [TRADUCTION] « afin qu’elle puisse poursuivre l’instance » (p. 642).

Le pouvoir discrétionnaire d’attribution de provisions pour frais dans certains cas a également été reconnu au Canada. On retrouve un examen approfondi de ce pouvoir dans *Organ c. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210 (Div. gén.). La juge Macdonald a passé en revue la jurisprudence, dont l’arrêt *Jones*, précité, et a conclu que [TRADUCTION] « la cour possède *bel et bien* une compétence générale lui permettant d’accorder des provisions pour frais en cours d’instance » (p. 215 (en italique dans l’original)). Elle a également conclu que cette compétence [TRADUCTION] « se limitait à des cas vraiment exceptionnels et qu’elle devait être appliquée avec restriction, en particulier lorsque le tribunal est appelé essentiellement à préjuger d’une question » (p. 215).

Comme l’a reconnu la juge Macdonald dans *Organ*, précité, p. 215, c’est peut-être surtout dans les affaires relevant du droit matrimonial ou du droit de la famille que s’exerce le pouvoir d’adjudication de provisions pour frais, mais il ne se limite pas à ces domaines. Dans *McDonald c. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527 (C.A. Alb.), le juge Russell a fait remarquer que, dans une action en divorce, l’épouse pouvait normalement obtenir des « frais estimatifs » qui lui permettent de faire valoir sa position (par. 18). Cette situation s’expliquait par le fait que les maris étaient habituellement maître de l’ensemble du patrimoine familial. Comme l’épouse n’avait [TRADUCTION] « pas les moyens de payer les avocats, elle ne pouvait pas présenter sa version de l’affaire, ce qui était manifestement injuste » (par. 20). Des provisions pour frais continueront d’être accordées dans les affaires touchant le droit de la famille où une partie est fortement désavantagée sur le plan financier au point qu’elle risque de ne pouvoir faire valoir sa cause. Voir, p. ex., *Woloschuk c. Von Amerongen*, [1999] A.J. No. 463 (QL), 1999 ABQB 306, où la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a ordonné le versement à la mère d’une somme forfaitaire de 10 000 \$ à titre de



the court held that the father was unlikely to succeed at trial and that the mother lacked the resources to pay her legal fees and disbursements, and ordered the father to pay \$15,000 as interim costs. Orkin, *supra*, at p. 2-23, observes that in the modern context “the *raison d’être* [sic] of such awards is to assist the financially needy party pending the trial; they are made where the spouse is without resources and would otherwise be unable to obtain relief in court” (citations omitted).

Interim costs are also potentially available in certain trust, bankruptcy and corporate cases, where they are awarded for essentially the same reason — to avoid unfairness by enabling impecunious litigants to pursue meritorious claims with which they would not otherwise be able to proceed. *Organ* was a corporate case involving, among other causes of action, an action under the oppression remedy set out in s. 248 of the Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16. The statute also provided in s. 249(4) that interim costs could be awarded in an oppression case. Macdonald J. held that, in addition to this express statutory power, the court also had an inherent jurisdiction to award interim costs. In the particular circumstances of this case, however, she held that the order should not be granted, because by their own admission the plaintiffs were not impecunious and would be able to proceed to trial without it. In *Amcan Industries Corp. v. Toronto-Dominion Bank*, [1998] O.J. No. 3014 (QL) (Gen. Div.), a bankruptcy case, Macdonald J. acknowledged “the inherent unfairness that arises in choking a plaintiff’s action if access to funds is not permitted” (para. 39); in this case, again, interim costs were not awarded because impecuniosity was not established. In *Turner v. Telecommunication Workers Pension Plan* (2001), 197 D.L.R. (4th) 533, 2001 BCCA 76, an action for breach of fiduciary duty in respect of a pension fund, the British Columbia

provision pour frais dans le cadre d’une demande de garde d’enfant, ayant conclu que le père se trouvait dans [TRADUCTION] « une situation financière bien meilleure que la mère pour financer ce long litige » (par. 16); et *Roberts c. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL) (C.S.J.), une autre affaire concernant la garde d’enfant où la cour, ayant conclu que le père n’aurait probablement pas gain de cause au procès et que la mère n’avait pas les moyens de payer les frais et débours d’avocats, a ordonné au père de payer 15 000 \$ à titre de provision pour frais. Orkin, *op. cit.*, p. 2-23, fait remarquer que dans le contexte moderne [TRADUCTION] « la raison d’être de l’octroi de ces frais est de soutenir financièrement la partie indigente pendant le procès; ils sont adjugés dans les cas où le conjoint est sans ressources et serait autrement incapable d’obtenir réparation en cour » (citations omises).

Des provisions pour frais peuvent également être accordées dans certaines affaires en matière de fiducie, de faillite et de sociétés, et ce, essentiellement pour la même raison — éviter les injustices en permettant aux parties sans ressources suffisantes de faire entendre des demandes fondées, ce qu’elles ne pourraient autrement pas faire. Dans *Organ*, il s’agissait d’une affaire relevant du droit des sociétés où il est question, entre autres causes d’action, du recours en cas d’abus prévu à l’art. 248 de la *Loi sur les sociétés par actions* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16. La loi prévoyait également au par. 249(4) que des frais provisoires pouvaient être adjugés en matière d’abus. La juge Macdonald a conclu alors qu’outre ce pouvoir exprès conféré par la loi, la cour avait également une compétence inhérente pour accorder des frais provisoires. Dans les circonstances particulières de l’espèce, toutefois, elle a décidé qu’il n’y avait pas lieu de rendre l’ordonnance parce que les demandeurs avaient eux-mêmes reconnu qu’ils n’étaient pas indigents et qu’ils pouvaient faire instruire leur cause sans l’ordonnance. Dans *Amcan Industries Corp. c. Toronto-Dominion Bank*, [1998] O.J. No. 3014 (QL) (Div. gén.), une affaire de faillite, la juge Macdonald a reconnu [TRADUCTION] « l’injustice intrinsèque qui est créée lorsque le demandeur ne peut faire instruire sa cause faute de fonds » (par. 39); dans cette affaire, encore là, la cour n’a pas accordé de frais provisoires parce

Court of Appeal recognized that the court had the power to award interim costs, but held that the interests of justice did not require it to do so on the facts of the case. Newbury J.A. noted that the financial position or impecuniosity of a party is not in itself reason enough to depart from the usual rules as to costs (para. 18).

que le manque de ressources nécessaires n'a pas été établi. Dans *Turner c. Telecommunication Workers Pension Plan* (2001), 197 D.L.R. (4th) 533, 2001 BCCA 76, une action pour manquement à une obligation fiduciaire relativement à un régime de retraite, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a admis que le tribunal avait le pouvoir d'accorder des frais provisoires, mais a conclu que les intérêts de la justice ne nécessitaient pas qu'il le fasse eu égard aux faits de l'espèce. La juge Newbury a souligné que la situation financière ou le manque de ressources nécessaires d'une partie ne constitue pas en soi un motif suffisant pour s'écarter des règles habituelles d'attribution des dépens (par. 18).

35 Based on the foregoing overview of the case law, the following general observations can be made. The power to order interim costs is inherent in the nature of the equitable jurisdiction as to costs, in the exercise of which the court may determine at its discretion when and by whom costs are to be paid. This broad discretion may be expressly referred to in a statute, as in s. 131(1) of the Ontario *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, which provides that costs "are in the discretion of the court, and the court may determine by whom and to what extent the costs shall be paid". Indeed, the power to order interim costs may be specifically stipulated, as in the Ontario *Business Corporations Act* or similar legislation in other jurisdictions. Even absent explicit statutory authorization, however, the power to award interim costs is implicit in courts' jurisdiction over costs as it is set out in statutes such as the Supreme Court of British Columbia *Rules of Court*, which provides that the court may make orders varying from the usual rule that costs follow the event.

Compte tenu de l'analyse de la jurisprudence qui précède, on peut dégager les observations générales suivantes. Le pouvoir d'ordonner le paiement de frais provisoires est inhérent à la nature de la compétence en equity de statuer sur les dépens, et le tribunal peut, lorsqu'il l'exerce, décider à son gré à quel moment et par qui les dépens seront payés. Ce large pouvoir discrétionnaire peut être expressément mentionné dans une loi, comme au par. 131(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.43, qui prévoit, s'agissant des dépens, que « ceux qui les paient et la part qui incombe à chacun relèvent du pouvoir discrétionnaire du tribunal ». Le pouvoir d'ordonner le paiement de frais provisoires peut donc être expressément prévu, comme dans la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, ou une loi semblable dans les autres ressorts. Toutefois, même en l'absence d'habilitation législative explicite, le pouvoir d'attribution de frais provisoires découle implicitement de la compétence des tribunaux de statuer sur les dépens comme c'est le cas dans les *Rules of Court* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui prévoient que la cour peut rendre des ordonnances qui dérogent à la règle habituelle voulant que les dépens suivent le sort de l'affaire.

36 There are several conditions that the case law identifies as relevant to the exercise of this power, all of which must be present for an interim costs order to be granted. The party seeking the order must be impecunious to the extent that, without such an order, that party would be deprived of the

La jurisprudence pose plusieurs conditions à l'exercice de ce pouvoir, toutes devant être présentes pour qu'une provision pour frais soit accordée. La partie qui sollicite l'ordonnance doit être si dépourvue de ressources qu'elle serait incapable, sans cette ordonnance, de faire entendre sa cause. Elle doit

opportunity to proceed with the case. The claimant must establish a *prima facie* case of sufficient merit to warrant pursuit. And there must be special circumstances sufficient to satisfy the court that the case is within the narrow class of cases where this extraordinary exercise of its powers is appropriate. These requirements might be modified if the legislature were to set out the conditions on which interim costs are to be granted, or where courts develop criteria applicable to a particular situation where interim costs are authorized by statute (as is the case in relation to s. 249(4) of the Ontario *Business Corporations Act*; see *Organ, supra*, at p. 213). But in the usual case, where the court exercises its equitable jurisdiction to make such costs orders as it concludes are in the interests of justice, the three criteria of impecuniosity, a meritorious case and special circumstances must be established on the evidence before the court.

Although a litigant who requests interim costs must establish a case that is strong enough to get over the preliminary threshold of being worthy of pursuit, the order will not be refused merely because key issues remain live and contested between the parties. If the court does decide to award interim costs in such circumstances, it will in a sense be predetermining triable issues, since it will have to decide that one side will receive its costs before it is known who will win on the merits (and since the winner is usually entitled to costs). As a result, concerns may arise about fettering the discretion of the trial judge who will eventually be called upon to adjudicate the merits of the case. This in itself should not, however, preclude the granting of interim costs if the relevant criteria are met. As Macdonald J. noted in *Organ, supra*, the court's discretion must be exercised with particular caution where it is being asked to predetermine an issue in this sense, but it does not follow that the court would be going beyond the limits of its discretion if it were to grant the order. I therefore disagree with the conclusion of the New Brunswick Court of Queen's Bench in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)* (1995), 131 D.L.R. (4th) 273,

prouver *prima facie* que sa cause possède un fondement suffisant pour justifier son instruction devant le tribunal. De plus, il doit exister des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l'exercice exceptionnel de ses pouvoirs. Ces exigences pourraient être modifiées si le législateur définissait les conditions d'octroi des provisions pour frais ou si les tribunaux établissaient des critères applicables à une situation particulière où l'attribution de provisions pour frais est autorisée par la loi (comme c'est le cas avec le par. 249(4) de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario; voir *Organ, précité*, p. 213). Mais normalement, lorsque le tribunal exerce sa compétence en equity pour ordonner de telles provisions pour frais parce qu'il conclut qu'il y va de l'intérêt de la justice, il doit ressortir de la preuve que les trois conditions sont réunies : le manque de ressources nécessaires, une cause qui vaut d'être instruite et des circonstances spéciales.

Bien que la partie qui demande une provision pour frais doive établir une preuve suffisamment solide pour répondre à la condition préliminaire de l'existence d'une cause méritant d'être instruite, le tribunal ne refusera pas de rendre l'ordonnance simplement parce que les parties n'ont pas fini de débattre des questions en litige importantes. Si le tribunal décide d'accorder une provision pour frais dans de telles circonstances, il se trouvera en un sens à préjuger des questions qui peuvent faire l'objet d'un procès puisqu'il devra décider quelle partie obtiendra paiement de ses dépens avant que l'on sache qui gagnera la cause sur le fond (et puisque le gagnant a habituellement droit aux dépens). On peut donc se demander si cette situation n'affecte pas le pouvoir discrétionnaire du juge qui devra éventuellement se prononcer sur le bien-fondé de la cause. Un tel état de chose ne devrait toutefois pas empêcher l'octroi de provisions pour frais si les conditions pertinentes sont respectées. Comme l'a souligné la juge Macdonald dans *Organ, précité*, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire avec une prudence particulière lorsqu'on lui demande de préjuger d'une question litigieuse en ce sens, mais il ne s'ensuit pas qu'il excéderait les limites de son

that costs cannot be ordered at the commencement of a proceeding in the absence of express statutory authority to award costs regardless of the outcome of the proceeding (p. 283) (this case was eventually overturned by this Court in [1999] 3 S.C.R. 46, but the interim costs issue was a secondary one that was not dealt with on appeal). As I stated above, the power to order costs contrary to the cause is always implicit in the court's discretionary jurisdiction as to costs, as is the power to order interim costs.

(5) Interim Costs in Public Interest Litigation

38 The present appeal raises the question of how the principles governing interim costs operate in combination with the special considerations that come into play in cases of public importance. In cases of this nature, as I have indicated above, the more usual purposes of costs awards are often superseded by other policy objectives, notably that of ensuring that ordinary citizens will have access to the courts to determine their constitutional rights and other issues of broad social significance. Furthermore, it is often inherent in the nature of cases of this kind that the issues to be determined are of significance not only to the parties but to the broader community, and as a result the public interest is served by a proper resolution of those issues. In both these respects, public law cases as a class can be distinguished from ordinary civil disputes. They may be viewed as a subcategory where the "special circumstances" that must be present to justify an award of interim costs are related to the public importance of the questions at issue in the case. It is for the trial court to determine in each instance whether a particular case, which might be classified as "special" by its very nature as a public interest case, is special enough

pouvoir discrétionnaire s'il rendait l'ordonnance. Je ne souscris donc pas à la conclusion de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)* (1995), 131 D.L.R. (4th) 273, selon laquelle on ne peut ordonner le paiement de dépens au début d'une instance en l'absence d'un pouvoir expressément prévu par la loi d'accorder des frais sans égard à l'issue de l'instance (p. 283) (cette décision a été finalement infirmée par la Cour dans [1999] 3 R.C.S. 46, mais la question des provisions pour frais était secondaire et n'a pas été examinée en appel). Je le répète, le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens contrairement au résultat de la cause découle toujours implicitement du pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens du tribunal, comme d'ailleurs le pouvoir d'accorder des provisions pour frais.

(5) Les provisions pour frais dans le cadre de poursuites d'intérêt public

Le présent pourvoi soulève la question de l'interaction entre les principes régissant l'octroi des provisions pour frais et les considérations particulières qui entrent en jeu dans les causes d'intérêt public. Dans les causes de ce genre, comme je l'ai mentionné précédemment, des objectifs de politique juridique différents, notamment celui de garantir que les citoyens ordinaires auront accès aux tribunaux afin de faire préciser leurs droits constitutionnels et faire trancher d'autres questions sociales de portée générale, l'emportent souvent sur les objectifs traditionnels de l'attribution des dépens. De plus, de par leur nature, les causes de ce type soulèvent des questions importantes non seulement pour les parties au litige mais aussi pour la collectivité en général, de sorte que leur règlement adéquat sert l'intérêt public. Sous ces deux aspects, les causes de droit public en tant que catégorie se distinguent des litiges civils ordinaires. Elles peuvent être considérées comme une sous-catégorie dans laquelle les « circonstances particulières » qui sont nécessaires pour que l'on puisse justifier l'octroi de provisions pour frais tiennent à l'importance des questions en jeu pour le public. Il incombe au tribunal de première

to rise to the level where the unusual measure of ordering costs would be appropriate.

One factor to be borne in mind by the court in making this determination is that in a public law case costs will not always be awarded to the successful party if, for example, that party is the government and the opposing party is an individual *Charter* claimant of limited means. Indeed, as the *B. (R.)* case demonstrates, it is possible (although still unusual) for costs to be awarded in favour of the unsuccessful party if the court considers that this is necessary to ensure that ordinary citizens will not be deterred from bringing important constitutional arguments before the courts. Concerns about prejudging the issues are therefore attenuated in this context since costs, even if awarded at the end of the proceedings, will not necessarily reflect the outcome on the merits. Another factor to be considered is the extent to which the issues raised are of public importance, and the public interest in bringing those issues before a court.

With these considerations in mind, I would identify the criteria that must be present to justify an award of interim costs in this kind of case as follows:

1. The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made.
2. The claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means.

instance de décider dans chaque cas si une affaire qui peut être qualifiée de « particulière » de par son caractère d'intérêt public est suffisamment particulière pour s'élever au niveau des causes où l'allocation inhabituelle de dépens constituerait une mesure appropriée.

Lorsqu'il tranche cette question, le tribunal ne doit pas perdre de vue que, dans une affaire relevant du droit public, les dépens ne sont pas toujours accordés à la partie gagnante si, par exemple, cette partie est le gouvernement et que la partie adverse est une personne aux ressources limitées qui invoque un droit en vertu de la *Charte*. Comme l'illustre l'affaire *B. (R.)*, il est possible (bien qu'encore inhabituel) que les dépens soient accordés à la partie perdante si le tribunal estime que cela est nécessaire pour ne pas dissuader les citoyens ordinaires de soumettre d'importants arguments constitutionnels à l'examen des tribunaux. Les préoccupations concernant le danger de préjuger des questions en litige sont par conséquent atténuées dans ce contexte, car, même s'ils sont adjugés à la fin de l'instance, les dépens ne refléteront pas nécessairement le résultat quant au fond. Un autre facteur dont on doit tenir compte est la mesure dans laquelle les questions soulevées revêtent une importance pour le public, et l'intérêt qu'a celui-ci à ce que ces questions soient tranchées en justice.

Compte tenu de ces considérations, je résumerais ainsi les conditions qui doivent être réunies pour que l'octroi de provisions pour frais dans ce genre de cause soit justifié :

1. La partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance.
2. La demande vaut *prima facie* d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu'il n'en a pas les moyens financiers.

3. The issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases.

3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées.

41 These are necessary conditions that must be met for an award of interim costs to be available in cases of this type. The fact that they are met in a particular case is not necessarily sufficient to establish that such an award should be made; that determination is in the discretion of the court. If all three conditions are established, courts have a narrow jurisdiction to order that the impecunious party's costs be paid prospectively. Such orders should be carefully fashioned and reviewed over the course of the proceedings to ensure that concerns about access to justice are balanced against the need to encourage the reasonable and efficient conduct of litigation, which is also one of the purposes of costs awards. When making these decisions courts must also be mindful of the position of defendants. The award of interim costs must not impose an unfair burden on them. In the context of public interest litigation judges must be particularly sensitive to the position of private litigants who may, in some ways, be caught in the crossfire of disputes which, essentially, involve the relationship between the claimants and certain public authorities, or the effect of laws of general application. Within these parameters, it is a matter of the trial court's discretion to determine whether the case is such that the interests of justice would be best served by making the order.

Ce sont là les conditions à remplir pour avoir recours aux provisions pour frais dans ce type de causes. Le fait qu'elles soient remplies dans une espèce donnée n'établit pas automatiquement la nécessité d'une telle ordonnance; cette décision relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Si les trois conditions sont remplies, les tribunaux disposent d'une compétence limitée pour ordonner que les dépenses de la partie sans ressources suffisantes soient payées préalablement. De telles ordonnances doivent être formulées avec soin et révisées en cours d'instance de façon à assurer l'équilibre entre les préoccupations concernant l'accès à la justice et la nécessité de favoriser le déroulement raisonnable et efficace de la poursuite, qui est également l'un des objectifs de l'attribution de dépens. Lorsqu'ils rendent ces décisions, les tribunaux doivent également tenir compte de la position des défendeurs. Il ne faut pas que l'octroi de provisions pour frais leur impose un fardeau inéquitable. Dans le contexte des poursuites d'intérêt public, les juges doivent prêter une attention toute particulière à la position des justiciables privés qui, d'une certaine manière, peuvent faire les frais de litiges qui mettent essentiellement en cause la relation entre les demandeurs et certaines autorités publiques ou l'effet de lois d'application générale. À l'intérieur de ces paramètres, il appartient au tribunal de première instance de décider si l'affaire est telle qu'il est dans l'intérêt de la justice que l'ordonnance soit rendue.

#### B. *Appellate Review of Discretionary Decisions*

#### B. *Examen en appel des décisions discrétionnaires*

42 The discretion of a trial court to decide whether or not to award costs has been described as unfettered and untrammelled, subject only to any applicable rules of court and to the need to act judicially on the facts of the case (*Earl v. Wilhelm* (2000), 199 Sask. R. 21, 2000 SKCA 68, at para. 7, citing *Benson v. Benson* (1994), 120 Sask. R. 17 (C.A.)). Sigurdson J.'s decision in the present case was based on his judicial experience, his view of what justice

On a qualifié d'absolu et d'illimité le pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance de décider s'il y a lieu d'adjuger des dépens, sous la seule réserve des règles de pratique applicables et de la nécessité d'agir de façon judiciaire selon les faits de l'espèce (*Earl c. Wilhelm* (2000), 199 Sask. R. 21, 2000 SKCA 68, par. 7, citant *Benson c. Benson* (1994), 120 Sask. R. 17 (C.A.)). En l'espèce, le juge Sigurdson a rendu sa décision en se fondant

required, and his assessment of the evidence; it is not to be interfered with lightly.

As I observed in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, however, discretionary decisions are not completely insulated from review (para. 118). An appellate court may and should intervene where it finds that the trial judge has misdirected himself as to the applicable law or made a palpable error in his assessment of the facts. As this Court held in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 814-15, the criteria for the exercise of a judicial discretion are legal criteria, and their definition as well as a failure to apply them or a misapplication of them raise questions of law which are subject to appellate review.

Two errors in particular vitiate the chambers judge's decision and call for appellate intervention. First, he overemphasized the importance of avoiding any order that involved prejudging the issues. In a case of this kind, as I have indicated, this consideration is of less weight than in the ordinary case; in fact, the allocation of the costs burden may, in certain cases, be determined independently of the outcome on the merits. Sigurdson J. erred when he concluded that his discretion did not extend so far as to empower him to make the order requested. Secondly, Sigurdson J.'s finding that a contingent fee arrangement might be a viable alternative for funding the litigation does not appear to be supported by any evidence, and I agree with Newbury J.A. that the prospect of the Bands' hiring counsel on a contingency basis seems unrealistic in the particular circumstances of this case.

### C. *Application to the Facts of this Case*

It is unnecessary to send this case back to the chambers judge to apply the criteria set out here,

sur son expérience judiciaire, sa perception des exigences de la justice et son appréciation de la preuve; cette décision ne doit pas être modifiée à la légère.

Comme je l'ai fait remarquer dans *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, toutefois, les décisions discrétionnaires ne sont pas entièrement à l'abri de tout contrôle (par. 118). Une cour d'appel peut et doit intervenir lorsqu'elle estime que le juge de première instance s'est fondé sur des considérations erronées en ce qui concerne le droit applicable ou a commis une erreur manifeste dans son appréciation des faits. Comme la Cour l'a dit dans *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, p. 814-815, les conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge constituent des critères juridiques et leur définition, tout comme leur non-application ou leur mauvaise application, pose des questions de droit susceptibles de révision en appel.

Deux erreurs en particulier vicient la décision du juge en chambre et appellent l'intervention en appel. Premièrement, le juge en chambre a trop insisté sur l'importance d'éviter de rendre une ordonnance par laquelle on se trouverait à préjuger des questions en litige. Dans une affaire de ce type, comme je l'ai mentionné, cette considération revêt moins d'importance que dans une affaire ordinaire; en fait, la répartition du fardeau des frais peut, dans certains cas, être établie indépendamment de l'issue quant au fond. Le juge Sigurdson a commis une erreur lorsqu'il a conclu que son pouvoir discrétionnaire n'allait pas jusqu'à lui permettre de rendre l'ordonnance demandée. Deuxièmement, sa conclusion qu'une entente d'honoraires conditionnels serait peut-être une solution de rechange viable quant au financement du litige ne paraît étayée par aucun élément de preuve, et je conviens avec la juge Newbury que la perspective que les Bandes puissent retenir les services d'un avocat sur une base d'honoraires conditionnels semble irréaliste dans les circonstances particulières de l'espèce.

### C. *Application aux faits de l'espèce*

Il n'est pas nécessaire de renvoyer la présente affaire au juge en chambre pour qu'il applique les

43

44

45

because it is apparent from his reasons that, had he done so, he would have ordered interim costs in favour of the respondents. Sigurdson J. found as a fact that the Bands were in extremely difficult financial circumstances and could not afford to pay for legal representation. The only alternative which he suggested might be available for funding the litigation was a contingent fee arrangement, which, as I have stated, was not feasible. He found the Bands' claims of aboriginal title and rights to be *prima facie* plausible and supported by extensive documentary evidence; although the claim was not so clearly valid that there was no need for it to be tested through the trial process, it was certainly strong enough to warrant pursuit. Finally, Sigurdson J. found the case to be one of great public importance, raising novel and significant issues resolution of which through the trial process was very much in the interests of justice. He even went so far as to urge the executive branches of the federal and provincial governments to provide funding so that the respondents' claims could be addressed.

conditions énoncées en l'espèce, parce qu'il ressort de ses motifs que, s'il l'avait fait, il aurait ordonné le paiement d'une provision pour frais aux intimés. Le juge Sigurdson a conclu que, de fait, les Bandes éprouvaient de très grandes difficultés financières et n'avaient pas les moyens d'être représentées par avocat. Selon lui, la seule solution de rechange qui leur était offerte pour le financement de la poursuite se résumerait à une entente d'honoraires conditionnels, qui, comme je l'ai dit, n'était pas réaliste. Il a estimé que les revendications des Bandes au sujet de leur titre aborigène et d'autres droits ancestraux étaient plausibles *prima facie* et étayées par une preuve documentaire abondante; même si la revendication n'était pas clairement valide au point de rendre inutile son examen dans le cadre d'un procès, elle était certainement assez solide pour justifier l'institution d'une poursuite. Enfin, le juge Sigurdson a admis que l'affaire revêtait une très grande importance pour le public et qu'elle soulevait des questions nouvelles et importantes dont le règlement judiciaire était tout à fait dans l'intérêt de la justice. Il est même allé jusqu'à suggérer aux pouvoirs exécutifs des gouvernements fédéral et provincial de fournir un appui financier afin que les revendications des intimés puissent être tranchées.

46 Applying the criteria I have set out to the evidence in this case as assessed by the chambers judge, it is my view that each of them is met. The respondents are impecunious and cannot proceed to trial without an order for interim costs. The case is of sufficient merit that it should go forward. The issues sought to be raised at trial are of profound importance to the people of British Columbia, both aboriginal and non-aboriginal, and their determination would be a major step towards settling the many unresolved problems in the Crown-aboriginal relationship in that province. In short, the circumstances of this case are indeed special, even extreme.

Si j'applique les conditions que j'ai énoncées à la preuve en l'espèce telle que le juge en chambre l'a appréciée, je suis d'avis qu'il est satisfait à chacune d'elles. Les intimés ne disposent pas de ressources suffisantes et ne peuvent faire entendre leur cause sans ordonnance de paiement d'une provision pour frais. L'affaire vaut d'être instruite. Les questions que l'on cherche à soulever au procès sont d'une importance cruciale pour la population de la Colombie-Britannique, tant autochtone que non autochtone, et une décision à leur égard constituerait un pas majeur vers le règlement des nombreux problèmes en suspens entre la Couronne et les Autochtones dans cette province. Bref, les circonstances de l'espèce sont effectivement particulières, voire exceptionnelles.

47 The conditions attached to the costs order by Newbury J.A. ensure that the parties will be encouraged to resolve the matter through

Les conditions dont la juge Newbury a assorti l'ordonnance de paiement des dépens garantissent que les parties seront encouragées à régler le



negotiation, which remains the ultimate route to achieving reconciliation between aboriginal societies and the Crown (see *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 186), and also that there will be no temptation for the Bands to drag out the process unnecessarily and to throw away costs paid by the appellant. I would uphold her disposition of the case.

#### VII. Disposition

The appeal is dismissed with costs to the respondents.

The reasons of Iacobucci, Major and Bastarache JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — At issue in this appeal is how trial courts should be guided in their award of interim costs. When are these advance costs appropriate? How much deference should appellate courts give to the trial judge's discretion in the matter?

Four Indian bands are suing the Crown in right of British Columbia, to establish aboriginal title over land they wish to log. Because this litigation will be expensive, they seek interim costs — that is, advance costs awarded whether or not they are successful at trial. By any standard, this is an extraordinary remedy.

The chambers judge could not find a supporting precedent and in the exercise of his discretion he chose not to grant interim costs. The British Columbia Court of Appeal, and now my colleague LeBel J., reversed the chambers judge on what appears to be a new rule for interim costs. With respect for the contrary view, I conclude that Sigurdson J. interpreted the applicable principles correctly and can find no basis for

litige par la négociation, qui demeure ultimement la meilleure manière de réconcilier les sociétés autochtones et la Couronne (voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 186). Ces conditions garantissent également que les Bandes ne seront pas tentées d'étirer le processus inutilement et de dilapider la provision pour frais versée par l'appelante. Je suis d'avis de confirmer la décision de la juge Newbury.

#### VII. Dispositif

Le pourvoi est rejeté, avec dépens en faveur des intimés.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major et Bastarache rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Il s'agit en l'espèce de déterminer sur quels paramètres les tribunaux de première instance peuvent se fonder pour octroyer des provisions pour frais. Dans quels cas l'adjudication de provisions pour frais est-elle opportune? Jusqu'à quel point les tribunaux d'appel doivent-ils faire preuve de retenue à l'égard du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en la matière?

Quatre bandes indiennes poursuivent la Couronne du chef de la province de la Colombie-Britannique pour établir l'existence d'un titre aborigène sur des terres sur lesquelles elles veulent mener des activités d'exploitation forestière. Comme ce litige sera coûteux, elles demandent que leur soit allouée une provision pour frais — c'est-à-dire des frais qui leur seraient accordés à l'avance peu importe l'issue du litige. Il s'agit incontestablement d'une mesure extraordinaire.

Le juge en chambre ne trouve aucune jurisprudence à l'appui et, usant de son pouvoir discrétionnaire, choisit de ne pas attribuer de provision pour frais. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'abord, puis mon collègue le juge LeBel ont infirmé la décision du juge en chambre en se fondant sur ce qui semble être une nouvelle règle d'adjudication des provisions pour frais. Avec égards pour l'opinion contraire, je conclus que le juge Sigurdson

48

49

50

51

reversing his discretion. I would therefore allow the appeal.

52 The appeal raises difficult questions. In particular, how may impoverished parties sue to establish what is submitted to be constitutionally supported rights? Constitutional issues, however, were not pursued in this appeal. The respondents rely solely on the common law rules on costs.

53 Traditionally, costs — usually party and party costs — are awarded after the ultimate trial or appellate decision and almost always to the successful party. Party and party costs in all Canadian jurisdictions are only partial indemnification of the litigants' legal costs. In certain cases, interim costs may be awarded to a spouse suing for the division of property as a consequence of separation or divorce. The *ratio* of the matrimonial cases is clear: a spouse usually owns or is entitled to part of the matrimonial property; some success on the merits is practically assured. Thus, the traditional purpose of costs — indemnification of the prevailing party — is preserved.

54 But to award interim costs when liability remains undecided would be a dramatic extension of the precedent. Furthermore, to do so in a case with serious constitutional considerations where the Crown is the defending party would be an unusual extension of highly exceptional private law precedent into an area fraught with other implications.

55 The common law is said to evolve to adapt prevailing principles to modern circumstances. But the common law of costs should develop through the discretion of trial judges. This equitable trial-level discretion, developed over centuries, is essential

a correctement interprété les principes applicables et je ne vois aucune raison d'infirmier sa décision discrétionnaire. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Le pourvoi soulève des questions difficiles. En particulier, comment des parties démunies peuvent-elles intenter une poursuite pour faire valoir ce qu'elles allèguent être des droits fondés du point de vue constitutionnel? Aucune question constitutionnelle n'a cependant été invoquée en l'espèce. Les intimés se fondent uniquement sur les règles de common law régissant l'octroi des dépens.

Traditionnellement, les dépens — habituellement les dépens entre parties — sont attribués après que la décision finale a été rendue en première instance ou en appel et ils le sont presque toujours en faveur de la partie gagnante. Dans l'ensemble des ressorts canadiens, les dépens entre parties ne représentent qu'une indemnisation partielle des frais de justice des plaideurs. Dans certains cas, une provision pour frais peut être accordée à un conjoint qui intente un procès au sujet du partage des biens, par suite d'une séparation ou d'un divorce. En droit matrimonial, la justification de telles provisions pour frais est claire : habituellement un conjoint a droit en tout ou en partie au patrimoine familial; il est presque assuré d'obtenir en partie gain de cause sur le fond. Ainsi, le but traditionnel de l'adjudication des dépens — l'indemnisation de la partie gagnante — est préservé.

Cependant, ce serait étendre considérablement la portée de la jurisprudence que d'accorder des provisions pour frais alors que la question de la responsabilité n'a pas encore été tranchée. De plus, agir de la sorte dans une affaire qui présente des considérations constitutionnelles importantes et dans laquelle la Couronne est la partie défenderesse constituerait une transposition inhabituelle d'une jurisprudence de droit privé très exceptionnelle dans un domaine lourd d'implications.

La common law est censée évoluer de façon à adapter les principes applicables à la réalité moderne. Cependant, en matière d'adjudication des dépens, l'évolution de la common law devrait se faire par l'exercice du pouvoir discrétionnaire

to the primary traditional use of the discretionary costs power by courts: to manage litigation and case loads. It may be that there are public law questions where access to justice can be provided through the discretionary award of interim costs. Even so, such cases must lie closer to the heart of the interim costs case law. Such developments should be initiated by trial courts properly exercising their discretionary power, not the appellate reversal of that discretion.

#### I. Background

My colleague has fairly characterized the facts of this litigation. However, some highlighting of those facts may be useful.

In 1999, the four respondent Indian bands (the “Bands”) began logging Crown land. Funds from that activity were to be used for housing and other desperately needed social services. The British Columbia Minister of Forests served the Bands with stop-work orders and commenced proceedings to prevent further logging. The Bands challenged the orders and claimed aboriginal title to the lands.

At the British Columbia Supreme Court, Sigurdson J. ruled that the question of aboriginal title was sufficiently complex that a trial was necessary. The Bands stated that they could not afford to litigate and even if they could, they would have preferred to use such funds to provide social services. The Bands claimed that they had been unable to find any governmental or *pro bono* sources of aid. They therefore petitioned for interim costs — costs in advance of trial. The Bands’ motions were originally grounded in the constitutional question of title. They now seek interim costs on the

du juge de première instance. Ce pouvoir discrétionnaire, qui est fondé sur l’équité et qui résulte de siècles d’évolution, est un aspect essentiel de la principale fonction traditionnelle du pouvoir discrétionnaire d’adjudication des dépens des tribunaux : la gestion des instances et du rôle. Il se peut que des questions de droit public justifient l’octroi discrétionnaire de provisions pour frais afin de permettre l’accès à la justice. Mais de tels cas doivent être largement comparables à ceux que reconnaît la jurisprudence en matière d’attribution de provisions pour frais. Une telle évolution devrait être amorcée par les tribunaux de première instance dans l’exercice judiciaire de leur pouvoir discrétionnaire et non par l’annulation en appel de leurs décisions à cet égard.

#### I. Historique

Mon collègue a caractérisé avec justesse les faits du présent litige. Il serait toutefois utile d’en dégager quelques points saillants.

En 1999, les quatre bandes indiennes intimées (les « Bandes ») ont commencé l’exploitation forestière sur des terres publiques. Les fonds générés par cette activité devaient servir à la construction de logements et à la prestation d’autres services sociaux dont les Bandes ont désespérément besoin. Le ministre des Forêts de la Colombie-Britannique a signifié aux Bandes des ordonnances de cessation des travaux et a introduit une instance visant à faire arrêter l’exploitation forestière. Les Bandes ont contesté les ordonnances et ont prétendu qu’elles détenaient un titre aborigène sur les terres en question.

À la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge Sigurdson conclut que la question du titre aborigène est suffisamment complexe pour que l’on tienne une instruction. Les Bandes déclarent qu’elles n’ont pas les moyens d’agir en justice et que, même si elles les avaient, elles préféreraient utiliser ces fonds pour dispenser des services sociaux. Elles prétendent n’avoir pas pu trouver de l’aide de source gouvernementale ou bénévole. Elles sollicitent donc une provision pour frais — frais accordés avant l’instruction. Leurs requêtes se fondaient initialement sur la question constitutionnelle du titre.

56

57

58

basis of the trial court's inherent and statutory cost power.

59 The chambers judge conducted a thorough examination of the case law on interim costs and, in the exercise of his discretion, concluded:

I find that the respondents' argument that its trial costs be paid in advance must fail. The issue of liability is very much in dispute and the trial costs are substantial. To order the payment of trial costs would require prejudging the case on the merits which, of course, I cannot do. Although I have a limited discretion in appropriate circumstances to award interim costs this case falls far outside that area. I recognize that these respondents are in a difficult position. However, counsel may be prepared to represent them on a contingency basis and, if successful, the respondents will undoubtedly receive significant indemnity for their costs. I recommend, however, that the Federal and Provincial Crown consider providing some funding so that these disputes, which have some elements of test cases, if they cannot be settled, can be properly resolved at trial.

([2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135, at para. 129)

## II. Analysis

### A. *The Law of Costs*

60 The standard rule on party and party costs is that they are generally awarded to the successful litigant at the end of litigation. These costs are a contribution to the successful party's actual expense. Full indemnification by way of solicitor-client costs is infrequently ordered in Canada. Such costs require unusual and egregious conduct by the losing party. On rare occasions the court may award solicitor-client costs where equity is met by doing so.

61 My colleague points to what he describes as a modern trend in the law on costs — its use as an instrument to encourage litigation in the public interest. With respect, I think this proposition

Elles demandent maintenant une provision pour frais en invoquant le pouvoir inhérent et attribué du tribunal de première instance à cet égard.

Après avoir fait une étude approfondie de la jurisprudence relative à l'attribution de provisions pour frais, le juge en chambre, usant de son pouvoir discrétionnaire, conclut :

[TRADUCTION] À mon avis, l'argument des intimés que leurs frais d'instruction devraient leur être payés à l'avance doit être rejeté. La question de la responsabilité est très contestée et les frais de l'instruction sont élevés. Si j'ordonnais leur paiement, je préjugerais de l'affaire quant au fond, ce que je ne peux évidemment pas faire. Bien que je possède un pouvoir discrétionnaire limité dans les circonstances appropriées d'accorder des provisions pour frais, la présente affaire relève d'un tout autre domaine. Je reconnais que les intimés se trouvent dans une situation difficile. Toutefois, leurs avocats sont peut-être disposés à les représenter sur une base d'honoraires conditionnels et, si elles ont gain de cause, elles recevraient sans aucun doute une indemnité importante pour leurs frais. Toutefois, je recommande que la Couronne, aussi bien fédérale que provinciale, envisage la possibilité de fournir un appui financier de sorte que ces affaires, qui s'apparentent à des causes types, soient tranchées comme il se doit dans le cadre d'un procès si elles ne peuvent faire l'objet d'un règlement.

([2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135, par. 129)

## II. Analyse

### A. *Les règles de droit en matière de dépens*

Selon la règle habituelle d'adjudication des dépens entre parties, ceux-ci sont généralement accordés à la partie gagnante à la fin du litige. Ils représentent une contribution aux dépenses réelles de la partie gagnante. Au Canada, il est rare que l'on ordonne une pleine indemnisation par l'octroi de dépens sur la base avocat-client. De tels dépens ne sont attribués que lorsque la partie perdante s'est comportée d'une manière singulière et inacceptable. Dans de rares cas, eu égard à l'équité, la cour peut allouer des dépens sur la base avocat-client.

Mon collègue souligne ce qu'il décrit comme étant une tendance moderne en ce qui concerne les règles d'adjudication des dépens — soit à titre d'appui aux litiges d'intérêt public. En toute déférence, je

mistakes public funding to pursue *Charter* claims as an exercise in awarding costs. It is a separate function. Although the trial judge retains a discretion on the question of costs in such cases, they have always been awarded at the conclusion of the litigation.

#### B. *The Law of Interim Costs*

As a matter of public policy as reflected in federal and provincial rules of court, costs are usually awarded at the conclusion of trial as a contribution to the successful party's legal expenses. However, the common law on interim costs — costs in advance of trial — has been more confined and almost exclusively restricted to family law litigation to allow the impecunious spouse and children access to the court. The reason for such restrictive use is apparent since awarding costs in advance could be seen as prejudging the merits. While there is limited jurisdiction to award interim costs, it is logical that the party who must pay them and informed members of society might, in the absence of compelling reasons, have a reasonable apprehension of bias in favour of the recipient. The objectivity of the court making such an order will almost automatically be questioned.

The award of costs before trial is a more potent incentive to litigation than the possibility of costs after the trial. The awarding of interim costs in the circumstances of this appeal appears as a form of judicially imposed legal aid. Interim costs are useful in family law, but should not be expanded to engage the court in essentially funding litigation for impecunious parties and ensuring their access to court. As laudable as that objective may be, the remedy lies with the legislature and law societies, not the judiciary.

crois que cet argument confond la notion de financement public des revendications fondées sur la *Charte* avec celle de l'adjudication des dépens. Il s'agit de deux fonctions distinctes. Même si le juge de première instance conserve un pouvoir discrétionnaire pour l'attribution des dépens dans de telles affaires, ceux-ci ont toujours été accordés à l'issue du litige.

#### B. *Les règles de droit en matière de provisions pour frais*

Pour des raisons d'intérêt public, comme le confirment les règles de pratique fédérales et provinciales, les dépens sont habituellement alloués à l'issue de l'instruction comme contribution aux honoraires et débours d'avocats de la partie gagnante. Toutefois, les règles de common law en matière de provisions pour frais — frais accordés avant l'instruction — ont vu leur application restreinte presque exclusivement aux affaires de droit de la famille pour permettre à l'époux sans ressources suffisantes et aux enfants d'avoir accès au tribunal. La raison de cette application restreinte est apparente vu le risque que l'octroi de dépens avant l'instruction soit perçu comme laissant préjuger de l'issue de la cause. Bien que les tribunaux disposent d'un pouvoir d'adjudication de provisions pour frais, quoique limité, il est logique que la partie condamnée à les payer et les membres bien renseignés de la société puissent, en l'absence de raisons sérieuses, craindre raisonnablement qu'il y ait partialité en faveur du bénéficiaire. L'objectivité du tribunal qui rend une telle ordonnance sera presque automatiquement remise en question.

L'octroi de dépens avant l'instruction est plus susceptible d'encourager les procès que leur éventuelle attribution après l'instruction. L'adjudication d'une provision pour frais dans les circonstances particulières de l'espèce apparaît comme une forme d'aide juridique imposée par le tribunal. Les provisions pour frais sont utiles en droit de la famille mais on ne doit pas étendre leur utilisation pour amener, essentiellement, le tribunal à financer le litige pour les parties sans ressources suffisantes et à garantir leur accès aux tribunaux. Si louable que puisse être cet objectif, la solution relève du législateur et des ordres professionnels des avocats et non de la magistrature.

62

63

64 LeBel J. concludes from his review of the case law on interim costs that they may be granted when (i) the party seeking the costs would be unable to pursue the litigation otherwise; (ii) there is a *prima facie* case of sufficient merit; and (iii) there are present “special circumstances sufficient to satisfy the court that the case is within the narrow class of cases where this extraordinary exercise of its powers is appropriate” (para. 36). He finds that such special circumstances may exist if the case is in the public interest and is a test case. With respect, I come to a different result.

65 I agree that the case must be exceptional in order to attract interim costs. Of necessity, the proposition that extraordinary circumstances practically always exist where the public interest is invoked is too broad to meet the exceptional requirement. LeBel J. accepts that most public interest cases would satisfy this criterion (para. 38). This is why he leaves to the discretion of the trial judge the decision as to whether the case is “special enough” to warrant an order. The difficulty for the trial judge is that this does not provide any ascertainable standard or direction. To say simply that the issues transcend the individual interests in the case and have not yet been resolved (para. 40) does not assist the trial judge in deciding what is “special enough”. An examination of past *Charter* cases will demonstrate that dilemma.

66 Test cases are referred to by LeBel J. and involve situations where important precedents are sought. In my view, the proposition that “it [would be] contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means” (para. 40), without more, is not sufficient. A trial judge can draw no direction from this proposal.

67 But even if such special circumstances were to be considered, there is nothing to distinguish the present aboriginal land claims from any other. On the contrary, the litigation here is likely to involve

Le juge LeBel conclut de son examen de la jurisprudence relative à l’octroi de provisions pour frais qu’elles peuvent être accordées dans les cas suivants : (i) la partie demanderesse ne serait autrement pas en mesure de poursuivre l’instance; (ii) la cause vaut *prima facie* d’être instruite; (iii) il existe « des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l’exercice exceptionnel de ses pouvoirs » (par. 36). Il conclut que ces circonstances spéciales peuvent exister si la cause est d’intérêt public et s’il s’agit d’une cause type. J’arrive à une conclusion différente.

Je reconnais que l’affaire doit être exceptionnelle pour ouvrir droit à une provision pour frais. Mais la proposition que les causes où l’on invoque l’intérêt public font presque toujours intervenir des circonstances extraordinaires est forcément trop large pour satisfaire à l’exigence du caractère exceptionnel. Le juge LeBel convient que la plupart des causes d’intérêt public répondraient à ce critère (par. 38). C’est pourquoi il laisse au juge de première instance le soin de décider si l’affaire est « suffisamment spéciale » pour justifier une ordonnance. La difficulté pour le juge de première instance est que cela ne constitue pas une norme ou une directive vérifiable. Dire simplement que les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts individuels en cause et qu’elles n’ont pas encore été tranchées (par. 40) n’aide pas le juge de première instance à décider de ce qui est « suffisamment spécial ». Un examen de la jurisprudence où les dispositions de la *Charte* ont été invoquées illustrera ce dilemme.

Le juge LeBel renvoie à des causes types où l’on cherchait à créer d’importants précédents. À mon avis, la proposition selon laquelle « il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu’il n’en a pas les moyens financiers » (par. 40) est, à elle seule, insuffisante. Un juge de première instance ne peut en tirer aucune indication susceptible de l’éclairer.

Même s’il fallait prendre en compte de telles circonstances particulières, rien ne distingue les présentes revendications territoriales autochtones de toute autre revendication. Au contraire,

the application of principles enunciated by this Court in cases such as *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, and *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. There is no evidence to establish that these land claims should be considered exceptional. Nor is there anything to establish how the new criteria would apply in a different way between one impecunious aboriginal party and another.

It is worth noting that the honour of the Crown is not at stake in this appeal and that there is no reason to distinguish the aboriginal claimants from any other impecunious persons claiming rights under the Constitution with regard to the availability of costs. The new definition of extraordinary circumstances must therefore apply generally and its impact measured accordingly. There is no doubt that the conclusions of LeBel J. will result in an increase of interim costs applications while offering little in the way of guidance to trial judges.

The interim costs case law suggests narrow guidelines. Interim costs have been awarded in two circumstances: (i) in marital cases where some liability is presumed and the indemnificatory purpose of the costs power is fulfilled; and (ii) in corporate and trust cases where the court grants advanced costs to be paid by the corporation or trust for whose benefit the action is brought. In those cases it is still necessary that the party seeking advanced costs show that they would otherwise be unable to proceed with litigation.

The matrimonial cases involving the division of assets upon divorce comprise the oldest line of interim costs jurisprudence. At common law, a wife could be awarded interim costs to help her maintain her divorce action. This rule has been generally recognized in statute and Canadian case law. See *McDonald v. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th)

il est vraisemblable que le litige en l'espèce nécessite l'application de principes énoncés par la Cour dans des arrêts comme *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, et *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Rien dans la preuve ne démontre le caractère exceptionnel des présentes revendications territoriales. Rien non plus ne permet d'établir comment l'application des nouveaux critères varierait selon la partie autochtone sans ressources suffisantes dont il est question.

Il convient de signaler que le présent pourvoi ne met pas en cause l'honneur de la Couronne et qu'il n'y a aucune raison, pour ce qui est du paiement des dépens, d'établir une distinction entre les revendicateurs autochtones et toutes autres personnes sans ressources suffisantes revendiquant des droits en vertu de la Constitution. La nouvelle définition de circonstances extraordinaires doit être d'application générale et son incidence mesurée en conséquence. Il ne fait aucun doute que les conclusions du juge LeBel entraîneront une augmentation de demandes de provisions pour frais en donnant aux juges de première instance peu d'indications susceptibles de les guider.

La jurisprudence relative à l'adjudication des provisions pour frais propose des lignes directrices étroites. Des provisions pour frais ont été accordées dans deux sortes d'affaires : (i) dans des affaires de droit matrimonial où l'on présume une certaine responsabilité et où l'octroi des dépens répond à l'objectif d'indemnisation; (ii) dans des affaires en matière de sociétés ou de fiducie où le tribunal ordonne à la société ou à la fiducie pour laquelle l'action est intentée de payer la provision pour frais. Dans ces affaires, il demeure néanmoins nécessaire que la partie demanderesse démontre qu'elle serait autrement incapable de poursuivre l'instance.

La jurisprudence la plus ancienne concernant l'octroi de provision pour frais est issue des affaires de droit matrimonial où il est question de partage de biens lors d'un divorce. En common law, une épouse pouvait se voir attribuer une provision pour frais afin de poursuivre son action en divorce. Cette règle a été généralement reconnue dans les lois et la

68

69

70

527 (Alta. C.A.). See also *Randle v. Randle* (1999), 254 A.R. 323, 1999 ABQB 954, where interim costs were granted in an action concerning the division of property between common law spouses.

jurisprudence canadienne. Voir *McDonald c. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527 (C.A. Alb.). Voir également *Randle c. Randle* (1999), 254 A.R. 323, 1999 ABQB 954, dans laquelle une provision pour frais a été adjugée dans le cadre d'une action concernant le partage de biens entre conjoints de fait.

71 There are three legal characteristics that explain why the post-marital contest serves as the exception to the standard rule that costs “follow the event”. These three characteristics are guidelines for the exercise of discretion in the award of interim costs.

Trois caractéristiques juridiques expliquent pourquoi les affaires de droit matrimonial constituent une exception à la règle habituelle voulant que les dépens « suivent l'issue de la cause ». Ces trois caractéristiques constituent des lignes directrices pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'adjudication des provisions pour frais.

72 First, at common law, husbands usually had control and legal ownership of the marital purse and property, ensuring in most cases that wives did not have the financial resources to pursue litigation. See *McDonald, supra*, at para. 20. Therefore, the first required element of an interim cost award is that the party seeking the award is impoverished, and would not be able to pursue the litigation without such an award. It is acknowledged in this appeal that each of the bands are without funds.

Premièrement, en common law, du fait que l'argent et les autres biens de la famille étaient légalement la propriété du mari, qui en assurait également la maîtrise, l'épouse n'avait souvent pas les ressources financières nécessaires pour faire valoir ses droits devant les tribunaux. Voir l'affaire *McDonald*, précitée, par. 20. Par conséquent, le premier élément exigé pour que l'on accorde des provisions pour frais est que la partie demanderesse soit sans ressources suffisantes et qu'elle serait autrement incapable de poursuivre l'instance. Il est reconnu en l'espèce que chacune des Bandes n'a pas de moyens financiers.

73 Second, the marital relationship is perhaps unique in the mutual support owed between spouses. Thus, generalizing beyond the marital context, there must be a special relationship between the parties such that the cost award would be particularly appropriate. Where, as in this appeal, no right under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* is implicated and the matter involves the provincial Crown rather than the federal Crown, this special relationship cannot automatically be presumed.

Deuxièmement, le lien conjugal est peut-être un élément spécifique du soutien mutuel que se doivent les époux. Par conséquent, si on généralise au-delà du contexte matrimonial, la relation entre les parties doit être telle que l'adjudication de dépens serait particulièrement appropriée. Dans les cas, comme en l'espèce, où aucun droit fondé sur l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est en cause et où l'affaire concerne la Couronne provinciale plutôt que la Couronne fédérale, cette relation spéciale ne peut être automatiquement présumée.

74 But third, and dispositive to this appeal, in the marital cases there is a presumption that the property that is the subject of the dispute is to be shared in some way. See *Randle, supra*, at para. 22. Generally, it is the distribution of assets and extent of support that are at issue in a divorce action, not

Troisièmement, mais élément déterminant en l'espèce, dans les affaires de droit matrimonial il existe la présomption que le bien faisant l'objet du litige sera partagé d'une façon ou d'une autre. Voir *Randle*, précité, par. 22. Généralement, c'est le partage des biens et le degré de soutien qui sont



whether such a division and such support are owed. In a sense, some liability is assumed; all that is to be litigated is the extent of the liability. LeBel J. blunts the bite of this element, reducing it to the modest requirement that “[t]he claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means” (para. 40). The traditional roots of the costs power require more than *prima facie* merit. The costs power originally provided indemnification — the prevailing party won costs. In a divorce action, however, it was assumed that the spouse, usually the wife, would be awarded something; the question was how much.

The matrimonial cases can therefore be seen as exceptional not because they dispensed with the rule that the prevailing party won costs (and the related principle that judges not predetermine the merits of the case), but because they dispensed with the need to wait for the end of trial to decide which party prevailed, for some liability was presumed.

In this appeal, Sigurdson J.’s reluctance to “prejudg[e] the case on the merits” was appropriate. Unlike the divorce cases, one may not presume that the Bands will establish even partial aboriginal title in the cases under appeal.

In summary, in my opinion the *ratio* of the common law dictates the following three guidelines for the discretionary, extraordinary award of interim costs:

1. The party seeking the interim costs cannot afford to fund the litigation, and has no other realistic manner of proceeding with the case.

en litige dans une action en divorce et non pas la question de savoir si un tel partage et un tel soutien sont dus. En un sens, le tribunal présume une certaine responsabilité; la seule chose à débattre, c’est l’étendue de cette responsabilité. Le juge LeBel atténue la portée de cet élément, la réduisant à la simple exigence que « [l]a demande vaut *prima facie* d’être instruite, c’est-à-dire qu’elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu’il n’en a pas les moyens financiers » (par. 40). La justification traditionnelle du pouvoir d’adjudication des dépens exige davantage que le bien-fondé *prima facie* de l’affaire. Ce pouvoir visait à l’origine à procurer une indemnité — la partie gagnante se voyait accorder les dépens. Toutefois, dans une action en divorce, on présumait que le conjoint, habituellement l’épouse, se verrait accorder une certaine somme, la question était de savoir combien.

Les affaires de droit matrimonial peuvent donc être considérées comme exceptionnelles, non pas parce qu’elles écartent la règle voulant que ce soit la partie gagnante qui se voit accorder les dépens (et le principe connexe que les juges ne doivent pas préjuger de l’affaire quant au fond), mais parce qu’elles éliminent la nécessité d’attendre la fin de l’instruction pour décider quelle partie a gagné, car on présume une certaine responsabilité.

En l’espèce, les réticences du juge Sigurdson à [TRADUCTION] « préjuge[r] de l’affaire quant au fond » sont justifiées. À la différence des affaires de divorce, on ne peut présumer que les Bandes prouveront l’existence d’un titre aborigène, même partiel, dans les affaires faisant l’objet du pourvoi.

En résumé, selon moi, il faut satisfaire aux trois conditions suivantes pour que l’exception en common law soit justifiée quant à l’octroi discrétionnaire et extraordinaire de provisions pour frais :

1. La partie qui demande une provision pour frais n’a pas les moyens d’agir en justice et ne dispose en réalité d’aucune autre source de financement.

75

76

77

- |    |   |    |   |
|----|---|----|---|
| 2. | There is a special relationship between the parties such that an award of interim costs or support would be particularly appropriate. | 2. | Il existe entre les parties une relation spéciale telle que l'octroi d'une provision pour frais ou d'un soutien est particulièrement approprié. |
| 3. | It is presumed that the party seeking interim costs will win some award from the other party.   | 3. | On présume que la partie qui demande une provision pour frais obtiendra une certaine compensation de la part de l'autre partie.                 |

78

In my view, a court should be particularly careful in the exercise of its inherent powers on costs in cases involving the resolution of controversial public questions. Not only was such precedent not required at common law, but by incorporating such an amorphous concept without clearly defining what constitutes "special circumstances", the distinction between the traditional purpose of awarding costs and concerns over access to justice has been blurred.

Selon moi, un tribunal doit se montrer particulièrement prudent dans l'exercice de son pouvoir inhérent d'adjudication des dépens dans les affaires où l'on doit résoudre des questions d'intérêt public controversées. Non seulement un tel précédent n'était pas exigé par la common law, mais l'adoption d'une notion aussi nébuleuse sans définition claire de ce que l'on entend par « circonstances spéciales » estompe la distinction entre l'objectif traditionnel de l'adjudication des dépens et les préoccupations quant à l'accès à la justice.

79

As noted earlier, certain corporate and trust actions form another line of interim costs cases with a different *ratio*. In those cases, a litigant sues on behalf of a corporation or trust, and seeks interim costs. Such cases are an exception to the general rule on costs because the court makes the costs order on behalf of the corporation or trust. For example, where a shareholder sues directors on behalf of the corporation, it is presumed that the corporation, which in many ways is owned by the shareholders, although under the control of the directors, consents to the paying of the interim costs. It is important to note that in the corporate context, interim costs are specifically addressed by legislation. See *British Columbia Company Act*, R.S.B.C. 1996, c. 62, s. 201; *Ontario Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 249.

Comme je l'ai mentionné précédemment, certaines actions en matière de droit des sociétés ou de droit de fiducie constituent un autre courant jurisprudentiel où il est question de frais provisoires mais où la justification est différente. Dans ces affaires, le justiciable poursuit au nom d'une société ou d'une fiducie et demande des frais provisoires. De telles affaires constituent une exception à la règle générale d'adjudication des dépens parce que le tribunal ordonne le paiement des dépens à la société ou à la fiducie. Par exemple, lorsqu'un actionnaire poursuit des administrateurs au nom d'une société, on présume que la société, qui, à bien des égards, appartient aux actionnaires, bien qu'elle soit contrôlée par les administrateurs, consente à payer les frais provisoires. Il importe de noter que, dans le contexte du droit des sociétés, la loi traite expressément de la question des frais provisoires. Voir la *Company Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 62, art. 201; la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 249.

80

Courts may also award interim costs in child custody cases. See *Roberts v. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL) (S.C.J.). Child custody litigation focuses on the best interests of the child for whose welfare both parents are responsible. The purpose of the interim costs award is not merely to aid one side or the other in funding their litigation but,

Les tribunaux peuvent également accorder des provisions pour frais dans les affaires de garde d'enfants. Voir *Roberts c. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL) (C.S.J.). Les litiges en matière de garde d'enfants sont axés sur l'intérêt de l'enfant dont le bien-être relève de la responsabilité des deux parents. L'octroi de provision pour frais ne vise

commensurate with the parents' duty, to help the court find the result most beneficial to the child.

The value in considering the derivative and related child custody cases is simply to concede that there are circumstances beyond the matrimonial cases in which interim costs may be appropriate. The cases on appeal do not fit these exceptions.

### C. *The Trial Judge's Discretion*

I agree with LeBel J. that a trial judge's discretionary decision on interim costs is owed great deference, and should be disturbed only if "the trial judge has misdirected himself as to the applicable law or made a palpable error in his assessment of the facts" (para. 43). I also agree that a misapplication of the criteria relevant to an exercise of discretion constitutes an error of law.

LeBel J. concludes that because Sigurdson J. failed to apply the newly enunciated criteria of impecuniosity, *prima facie* merit, and public importance, an error of law was (understandably) committed. LeBel J. saw no need to return the case to the chambers judge, and held that Sigurdson J. would have exercised his discretion to grant the award had he had the benefit of what is described as new criteria.

If this Court enlarges the scope for interim costs it should be seen as a new rule and not an adaptation of existing law. On the basis of the law on costs at the time of this application the chambers judge properly exercised his discretion.

pas uniquement à aider une partie ou une autre à financer son litige mais, dans le respect de l'obligation des parents, également à aider le tribunal à trouver la solution qui soit la meilleure pour l'enfant.

L'intérêt d'examiner les affaires invoquant un droit dérivé et celles concernant la garde d'enfants est simplement de nous rendre compte qu'il existe des affaires autres que les affaires de droit matrimonial où l'adjudication de provisions pour frais est appropriée. Les affaires faisant l'objet du pourvoi ne cadrent pas avec ces exceptions.

### C. *Le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance*

Je conviens avec le juge LeBel qu'il faut faire preuve de grande déférence à l'égard du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'accorder des provisions pour frais et n'intervenir que si « le juge de première instance s'est fondé sur des considérations erronées en ce qui concerne le droit applicable ou a commis une erreur manifeste dans son appréciation des faits » (par. 43). Je reconnais également qu'une mauvaise application des critères relatifs à l'exercice du pouvoir discrétionnaire constitue une erreur de droit.

Le juge LeBel conclut que, parce que le juge Sigurdson n'a pas appliqué les critères récemment énoncés de ressources insuffisantes, de bien-fondé *prima facie* et d'importance pour le public, une erreur de droit (et cela est compréhensible) a été commise. Le juge LeBel n'a pas jugé nécessaire de renvoyer l'affaire au juge en chambre et a conclu que le juge Sigurdson aurait usé de son pouvoir discrétionnaire pour attribuer les dépens s'il avait eu l'avantage de connaître ce qu'il décrit comme étant de nouveaux critères.

Si la Cour élargit le champ d'application des provisions pour frais, il faudra interpréter cela comme une nouvelle règle et non pas comme une adaptation des règles de droit existantes. Le juge en chambre a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en fonction des règles de droit qui existaient en matière de dépens à l'époque où la demande a été présentée.

81

82

83

84

85 Sigurdson J. was correct in his assessment that liability remains an open question in this appeal and that ordering interim costs would inappropriately require prejudging the case. Accordingly, he was justified in concluding that “[a]lthough [he had] a limited discretion in appropriate circumstances to award interim costs this case falls far outside that area” (para. 129).

### III. Conclusion

86 The common law is to advance by increments while generally staying true to the purposes behind its rules. The new criteria endorsed by my colleague broaden the scope of interim costs to an undesirable extent and are not supported in the case law. In my view, the common law rules on interim costs should not be advanced through an appellate court ignoring and overturning the trial judge’s correctly guided discretion. This is more appropriately a question for the legislature. See *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; and *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925.

87 Since Sigurdson J. committed no error of law and did not commit a “palpable error” in his assessment of the facts, I would defer to his decision not to exercise his discretion to make the extraordinary grant of interim costs.

88 I would allow the appeal, with each side to bear its own costs.

*Appeal dismissed with costs, IACOBUCCI, MAJOR and BASTARACHE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: Mandell Pinder, Vancouver.*

Le juge Sigurdson a eu raison de conclure que la question de la responsabilité demeure entière en l’espèce et que, s’il ordonnait le paiement de provisions pour frais, il se trouverait à préjuger de façon inopportune de l’issue de l’affaire. Il a donc eu raison de conclure que [TRADUCTION] « [b]ien qu’[il] possède un pouvoir discrétionnaire limité dans les circonstances appropriées d’accorder des provisions pour frais, la présente affaire relève d’un tout autre domaine » (par. 129).

### III. Conclusion

La common law doit évoluer graduellement tout en respectant d’une manière générale les objets sous-jacents à ses règles. Les nouveaux critères approuvés par mon collègue élargissent le champ d’application des provisions pour frais dans une mesure qui n’est pas souhaitable et ils ne sont pas étayés par la jurisprudence. Selon moi, les règles de common law en matière de provisions pour frais ne devraient pas être modifiées par l’intervention d’une cour d’appel infirmant la décision que le juge de première instance a rendue en usant judicieusement de son pouvoir discrétionnaire. Une telle modification relève davantage du législateur. Voir *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925.

Comme le juge Sigurdson n’a pas commis d’erreur de droit ni d’« erreur manifeste » dans son appréciation des faits, je suis d’avis de m’en remettre à la décision qu’il a prise de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder exceptionnellement des provisions pour frais.

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, chacune des parties devant assumer ses propres dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges IACOBUCCI, MAJOR et BASTARACHE sont dissidents.*

*Procureurs de l’appelante : Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Procureurs des intimés : Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice of Canada, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of Attorney General, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners the Songhees Indian Band et al.: Cook, Roberts, Victoria.*

*Solicitors for the intervener Chief Roger William: Woodward & Company, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice du Canada, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice Alberta, Edmonton.*

*Procureurs des intervenantes la bande indienne des Songhees et autres : Cook, Roberts, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le chef Roger William : Woodward & Company, Victoria.*