

**Porto Seguro Companhia De Seguros
Gerais** *Appellant*

v.

**Belcan S.A., Fednav Limited, Ubem S.A.,
the Owners and All Others Interested in the
Vessel *Federal Danube* and the Vessel
*Federal Danube*** *Respondents*

INDEXED AS: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS
GERAIS v. BELCAN S.A.

File No.: 25340.

1997: October 14; 1997: December 18.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka,* Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Maritime law — Procedure — Expert evidence — Assessors — Insurer bringing action against owners of ship involved in collision — Trial judge refusing to permit expert evidence because assessors had been appointed to assist her — Whether rule against expert evidence where judge sits with assessors in admiralty cases violates audi alteram partem principle — Whether rule should be revised.

A vessel loaded with cargo collided with an anchored ship in the St. Lawrence Seaway. The collision allowed water to enter the holds and damage the cargo of the first vessel. The appellant, the insurer of the cargo, made good the loss. Its action against the owners of the anchored ship was dismissed. The appellant appealed on the ground that the trial was unfair because the trial judge refused to hear the evidence of three expert witnesses it sought to call and because the advice that the two assessors appointed to sit with the trial judge gave her was not disclosed. The trial judge was following settled Federal Court practice in refusing to permit expert evidence where assessors have been appointed to assist the judge in maritime matters. The Federal Court of Appeal dismissed the appellant's appeal.

*Sopinka J. took no part in the judgment.

**Porto Seguro Companhia De Seguros
Gerais** *Appelante*

c.

**Belcan S.A., Fednav Limited, Ubem S.A., les
propriétaires du navire *Federal Danube* et
toutes autres personnes ayant un droit sur
le navire et le navire *Federal
Danube*** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS
GERAIS c. BELCAN S.A.

N° du greffe: 25340.

1997: 14 octobre; 1997: 18 décembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka*,
Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit maritime — Procédure — Témoignage d'experts — Assesseurs — Action de l'assureur contre les propriétaires du navire impliqué dans l'abordage — Le juge de première instance a refusé d'autoriser le témoignage d'experts parce que des assesseurs ont été nommés pour l'assister — La règle interdisant le témoignage d'experts lorsque le juge est assisté d'assesseurs dans les affaires d'amirauté viole-t-elle le principe audi alteram partem? — La règle devrait-elle être modifiée?

Un navire transportant un chargement a abordé un navire au mouillage dans la Voie maritime du Saint-Laurent. À la suite de l'abordage, l'eau est entrée dans la cale du premier navire et a endommagé sa cargaison. L'appelante, l'assureur de la cargaison, a versé une indemnité. Son action contre les propriétaires du navire au mouillage a été rejetée. L'appelante a formé un appel pour le motif qu'elle n'a pas obtenu un procès équitable parce que le juge de première instance a refusé d'entendre le témoignage des trois experts qu'elle voulait citer et parce que les avis donnés au juge de première instance par les deux assesseurs nommés pour siéger avec elle n'ont pas été divulgués. Le juge de première instance a suivi une pratique bien établie de la Cour fédérale qui consiste à exclure le témoignage d'experts lorsque des assesseurs ont été nommés afin d'assister le juge en matière maritime. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de l'appelante.

*Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The rule against expert evidence where assessors sit with a judge is based on a long line of English and Canadian jurisprudence and finds its origin in English practice. As it is a rule about how the trial should be conducted, it is one of procedure. There is a strong argument that the statutory provisions incorporating English admiralty law into Canadian law distinguish between substantive and procedural law and did not carry forward English procedural law, notwithstanding the transitional provisions in the 1970 *Federal Court Act*. Moreover, even if English practices and procedures in admiralty were held to be incorporated by statute into Canadian law, a mutable common law rule is not transformed into an immutable statutory rule simply because it has been made applicable in Canada by statute. Regardless of how the rule here at issue was incorporated into Canadian common law, Canadian courts possess the same power to modify the rule as they would to modify a Canadian common law rule of practice.

Courts may change common law rules where this is necessary to achieve justice and fairness by bringing the law into harmony with social, moral and economic changes in society, and where the change will not have complex and unforeseeable consequences. A major change is likely to have wide and unforeseeable ramifications that are better left to the legislature or Parliament, while incremental changes are more likely to have confined and foreseeable ramifications. Changes to rules of court procedure are more easily made than changes to the substantive law, since court procedures fall directly within the domain and expertise of the courts, which are in a good position to know what changes are required to make the court system fairer and what the consequences of the changes will be. A change in the rule against expert evidence where a judge sits with assessors in admiralty cases is required for reasons of justice and fairness. The rule violates the *audi alteram partem* principle and is out of step with modern trial practice, which permits expert evidence on matters of opinion at issue on a trial. Abolishing the prohibition on expert evidence

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

La règle interdisant le témoignage d'experts lorsque des assesseurs siègent avec le juge se fonde sur une jurisprudence anglaise et canadienne constante et tire son origine d'une pratique anglaise. Comme c'est une règle portant sur la conduite du procès, il s'agit d'une règle de procédure. Des raisons solides permettent d'avancer que les dispositions législatives incorporant le droit anglais en matière d'amirauté établissent une distinction entre le droit substantiel et le droit de la procédure et n'ont pas introduit les règles de droit anglaises en matière de procédure, malgré les dispositions transitoires de la *Loi sur la Cour fédérale* de 1970. Au surplus, même si les pratiques et procédures anglaises en matière d'amirauté étaient reconnues comme étant incorporées par voie législative au droit canadien, une règle de common law susceptible de modification n'est pas transformée en règle législative immuable pour la simple raison qu'une disposition législative en prévoit l'application au Canada. Indépendamment de la façon dont la règle en cause a été incorporée à la common law canadienne, les tribunaux canadiens exercent à l'égard de la règle le même pouvoir de modification que s'il s'agissait d'une règle de pratique de la common law canadienne.

Les tribunaux peuvent modifier les règles de common law lorsque cela est nécessaire pour rendre justice et respecter l'équité en harmonisant le droit avec les changements sociaux, moraux et économiques qui se produisent dans la société et lorsque la modification n'entraînera pas de conséquences complexes et imprévisibles. Une modification importante est susceptible d'avoir des répercussions étendues et imprévisibles qui relèvent du législateur provincial ou fédéral, tandis que des modifications apportées progressivement sont plus susceptibles d'avoir des répercussions limitées et prévisibles. Il est plus facile d'apporter des modifications aux règles de procédure des tribunaux qu'aux règles de droit substantiel, parce que la procédure relève directement de la compétence et du champ de spécialisation des tribunaux, qui sont bien placés pour savoir quelles modifications il faut apporter pour rendre le système judiciaire plus équitable et quelles conséquences entraîneront les modifications. Une modification de la règle interdisant le témoignage d'experts dans les affaires où un juge siège avec des assesseurs en matière d'amirauté est nécessaire à des fins de justice et d'équité. La règle viole le principe *audi alteram partem* et va à l'encontre de la pratique judiciaire moderne, qui permet le témoignage d'experts sur des questions d'opinion soulevées dans un procès. L'abolition de l'interdiction frappant le

will not have adverse and unforeseeable consequences, such that its reform is better left to Parliament.

Assessors should be permitted to assist judges in understanding technical evidence. They may go further and advise the judge on matters of fact in dispute between the parties, but only on condition of disclosure and a right of response sufficient to comply with the requirements of natural justice. In all cases, the parties are entitled to call expert evidence subject to common law exclusionary rules, the limits and procedures set out in the *Evidence Act* and the rules of practice. These propositions are stated as general guidelines; it may be necessary or useful for the judge in a particular case, upon consultation with the parties, to vary how assessors are used and what procedures should be followed, depending on the nature of the trial and the issues to be determined. What is essential is that the principles of natural justice that protect a fair trial should in all cases be preserved. In this case the trial judge declined to hear expert evidence and made no disclosure of the questions she asked the assessors and the responses she received. The result was a trial that violated the principles of natural justice. Since the violations may have affected the outcome, the appellant is entitled to a new trial.

Cases Cited

Not followed: *Egmont Towing & Sorting Ltd. v. The Ship "Telendos"* (1982), 43 N.R. 147; **referred to:** *"Neptun" (Owners) v. Humber Conservancy Board* (1937), 59 Ll.L.R. 158; *The "Antares II" and "Victory"*, [1996] 2 Lloyd's Rep. 482; *Oy Nokia Ab v. The Ship "Martha Russ"*, [1973] F.C. 394; *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"*, [1977] 2 F.C. 274; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *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; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Owners of S.S. Australia v. Owners of Cargo of S.S. Nautilus*, [1927] A.C. 145; *Owners of the Ship "Sun Diamond" v. The Ship "Erawan"* (1975), 55 D.L.R. (3d) 138.

témoignage d'experts n'aura pas de conséquences néfastes et imprévisibles telles qu'il serait préférable de laisser au législateur la tâche de la modifier.

Les assesseurs devraient être autorisés à aider les juges à comprendre les éléments de preuve techniques. Ils peuvent faire davantage et conseiller le juge sur des questions de fait opposant les parties, mais à la condition seulement que leurs avis soient divulgués et qu'un droit de réplique suffisant soit prévu conformément aux exigences de la justice naturelle. Dans tous les cas, les parties ont le droit de citer des experts sous réserve des règles d'exclusion prévues par la common law et des limites ainsi que des règles de procédure fixées par la *Loi sur la preuve au Canada* et les règles de pratique. Ces propositions sont formulées à titre de lignes directrices générales; il peut être nécessaire ou utile, dans un cas particulier, que le juge, en consultation avec les parties, modifie la mission des assesseurs et la procédure à suivre, en fonction de la nature du procès et des questions à trancher. L'essentiel est que les principes de justice naturelle qui protègent la tenue d'un procès équitable soient sauvegardés dans tous les cas. En l'espèce, le juge de première instance a refusé d'entendre le témoignage d'experts et n'a pas divulgué les questions qu'elle a posées aux assesseurs ni les réponses qu'elle en a reçues. Il en a résulté un procès qui violait les principes de justice naturelle. Comme ces violations peuvent avoir influé sur l'issue du procès, l'appelante a droit à un nouveau procès.

Jurisprudence

Arrêt non suivi: *Egmont Towing & Sorting Ltd. c. Le navire «Telendos»* (1982), 43 N.R. 147; **arrêts mentionnés:** *«Neptun» (Owners) c. Humber Conservancy Board* (1937), 59 Ll.L.R. 158; *The «Antares II» and «Victory»*, [1996] 2 Lloyd's Rep. 482; *Oy Nokia Ab c. Le navire «Martha Russ»*, [1973] C.F. 394; *Antares Shipping Corp. c. Le navire «Capricorn»*, [1977] 2 C.F. 274; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *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; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Owners of S.S. Australia c. Owners of Cargo of S.S. Nautilus*, [1927] A.C. 145; *Les propriétaires du navire «Sun Diamond» c. Le navire «Erawan»* (1975), 55 D.L.R. (3d) 138.

Statutes and Regulations Cited

Admiralty Act, R.S.C. 1970, c. A-1, s. 18(1), (7).
 Alberta Rules of Court, r. 235.
 British Columbia Rules of Court, r. 39(28).
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 7.
Civil Evidence Act 1972 (U.K.), 1972, c. 30.
Exchequer Court Act, R.S.C. 1970, c. E-11, s. 35.
Federal Court Act, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), s. 62(6).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 “Canadian maritime law”, 42.
Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, rr. 482 [am. SOR/90-846, s. 18], 492.
 New Brunswick Rules of Court, r. 54.11.
 Nova Scotia Civil Procedure Rules, r. 28.03(2).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1996] 2 F.C. 751, 195 N.R. 241, affirming a decision of the Trial Division (1994), 82 F.T.R. 127, dismissing the appellant’s action. Appeal allowed.

George J. Pollack and Andrew Ness, for the appellant.

Richard Gaudreau and Yves Derôme, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. — On December 11, 1984, the MV *Beograd*, loaded with pinto beans en route to Brazil, collided with an anchored ship, the MV *Federal Danube*, in the St. Lawrence Seaway. The collision allowed water to enter the holds and damage the cargo of the MV *Beograd*. Porto Seguro, the insurer of the cargo, made good the loss. Porto Seguro then sued the owners of the two vessels to recover its loss. Before trial, it discontinued its action against the owners of the MV *Beograd*. Porto Seguro’s action against the anchored ship, the MV *Federal Danube*, was dismissed: (1994), 82 F.T.R. 127.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, r. 235.
Civil Evidence Act 1972 (R.-U.), 1972, ch. 30.
 Colombie-Britannique, *Rules of Court*, r. 39(28).
Loi sur l’Amirauté, S.R.C. 1970, ch. A-1, art. 18(1), (7).
Loi sur la Cour de l’Échiquier, S.R.C. 1970, ch. E-11, art. 35.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 «droit maritime canadien», 42.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e suppl.), art. 62(6).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 7.
 Nouveau-Brunswick, *Règles de procédure*, r. 54.11.
 Nouvelle-Écosse, *Civil Procedure Rules*, r. 28.03(2).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663, r. 482 [mod. DORS/90-846, art. 18], 492.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale, [1996] 2 C.F. 751, 195 N.R. 241, qui a confirmé la décision de la Section de première instance (1994), 82 F.T.R. 127, qui avait rejeté l’action de l’appelante. Pourvoi accueilli.

George J. Pollack et Andrew Ness, pour l’appelante.

Richard Gaudreau et Yves Derôme, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Le 11 décembre 1984, le NM *Beograd*, qui transportait un chargement de haricots Pinto vers le Brésil, a abordé un navire au mouillage, le NM *Federal Danube*, dans la Voie maritime du Saint-Laurent. À la suite de l’abordage, l’eau est entrée dans la cale du NM *Beograd* et a endommagé la cargaison. La société Porto Seguro, qui est l’assureur de la cargaison, a versé une indemnité et elle a ensuite poursuivi les propriétaires des deux navires afin d’être dédommée. Avant le procès, elle a abandonné son action contre les propriétaires du NM *Beograd*. L’action qu’elle a intentée contre le navire au mouillage, le NM *Federal Danube*, a été rejetée: (1994), 82 F.T.R. 127.

² Porto Seguro appealed the dismissal of its action against the *MV Federal Danube* on the ground that it did not receive a fair trial. The trial was unfair, it submits, because the trial judge refused to hear the evidence of three expert witnesses Porto Seguro sought to call and because the advice that the two assessors appointed to sit with the trial judge gave her was not disclosed. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal, MacGuigan J.A. dissenting: [1996] 2 F.C. 751, 195 N.R. 241. Porto Seguro now appeals to this Court.

La société Porto Seguro a formé un appel à l'encontre du rejet de l'action visant le *NM Federal Danube* pour le motif qu'elle n'a pas obtenu un procès équitable. Elle a prétendu que le procès était inéquitable parce que le juge de première instance a refusé d'entendre le témoignage des trois experts qu'elle voulait citer et parce que les avis donnés au juge de première instance par les deux assesseurs nommés pour siéger avec elle n'ont pas été divulgués. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel, le juge MacGuigan étant dissident: [1996] 2 C.F. 751, 195 N.R. 241. La société Porto Seguro se pourvoit maintenant devant notre Cour.

³ The trial judge was following settled Federal Court practice in refusing to permit expert evidence where assessors have been appointed to assist the judge in maritime matters. The issue is whether that practice is compatible with a fair trial or natural justice. If not, a new trial must be ordered.

Le juge de première instance a suivi une pratique bien établie de la Cour fédérale qui consiste à exclure le témoignage d'experts lorsque des assesseurs ont été nommés afin d'assister le juge en matière maritime. La question est de savoir si cette pratique est compatible avec un procès équitable ou les principes de justice naturelle. Dans le cas contraire, un nouveau procès doit être ordonné.

Relevant Statutory Provisions

Dispositions législatives pertinentes

⁴ The following statutory provisions are relevant to the disposition of the case at bar.

Les dispositions suivantes sont pertinentes pour trancher le présent pourvoi:

Admiralty Act, R.S.C. 1970, c. A-1

Loi sur l'Amirauté, S.R.C. 1970, ch. A-1

18. (1) The jurisdiction of the Court on its Admiralty side extends to and shall be exercised in respect of all navigable waters, tidal and non-tidal, whether naturally navigable or artificially made so, and although such waters are within the body of a county or other judicial district, and, generally, such jurisdiction shall, subject to this Act, be over the like places, persons, matters and things as the Admiralty jurisdiction now possessed by the High Court of Justice in England, whether existing by virtue of any statute or otherwise, and be exercised by the Court in like manner and to as full an extent as by such High Court.

18. (1) La juridiction de la Cour en sa juridiction d'amirauté s'étend et doit s'exercer relativement à toutes les eaux navigables, à marée et sans marée, qu'elles soient naturellement navigables ou qu'elles le soient artificiellement devenues, et bien que ces eaux soient dans les limites d'un corps de comté ou autre district judiciaire, et, en général, cette juridiction embrasse, sous réserve de la présente loi, les mêmes endroits, personnes, matières et choses que la juridiction d'amirauté actuellement possédée par la Haute Cour de Justice en Angleterre, qu'elle existe en vertu de quelque loi ou autrement, et elle doit être exercée par la Cour de la même manière et dans la même mesure que par cette Haute Cour.

(7) The jurisdiction of the Court on its Admiralty side shall, so far as regards procedure and practice, be exercised in the manner provided by this Act or by general rules and orders, and where no special provision is con-

(7) La juridiction de la Cour en sa juridiction d'amirauté doit, en ce qui concerne la procédure et la pratique, être exercée de la manière prescrite par la présente loi ou par des règles et ordonnances générales, et lorsque la

tained in this Act or in general rules and orders with reference thereto any such jurisdiction shall be exercised as nearly as may be in the same manner as that in which it may now be exercised by the Court.

Exchequer Court Act, R.S.C. 1970, c. E-11

35. The practice and procedure in suits, actions and matters in the Exchequer Court, shall, so far as they are applicable, and unless it is otherwise provided for by this Act, or by general rules made in pursuance of this Act, be regulated by the practice and procedure in similar suits, actions and matters in Her Majesty's High Court of Justice in England on the 1st day of January 1928.

Federal Court Act, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)

62. . . .

(6) All provisions of law and rules and orders regulating the practice and procedure in the Exchequer Court of Canada existing and in force on the 1st day of June 1971 shall, to the extent that they are not inconsistent with the provisions of this Act, remain in force until altered or rescinded or otherwise determined.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7

2. In this Act,

. . . .

“Canadian maritime law” means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament;

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

présente loi ou les règles et ordonnances générales ne contiennent aucune disposition particulière à cet égard, cette juridiction est, autant que possible, exercée de la même manière qu'elle peut l'être actuellement par la Cour.

Loi sur la Cour de l'Échiquier, S.R.C. 1970, ch. E-11

35. À la Cour de l'Échiquier, la pratique et la procédure dans les poursuites, actions et affaires sont régies par la pratique et la procédure suivies dans les poursuites, actions et affaires analogues, à la Haute Cour de Justice de Sa Majesté, en Angleterre, le 1^{er} janvier 1928, dans la mesure où elles sont applicables et à moins qu'il ne soit autrement prescrit par la présente loi ou par des règles générales édictées en exécution de la présente loi.

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e suppl.)

62. . . .

(6) Toutes les dispositions existantes du droit et des règles et ordonnances réglementant la pratique et la procédure devant la Cour de l'Échiquier du Canada et qui sont en vigueur le 1^{er} juin 1971 demeurent en vigueur, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi, jusqu'à ce qu'elles soient modifiées, annulées ou qu'il en ait été autrement réglé.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . . .

«droit maritime canadien» Droit — compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale — dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

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

Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5

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

Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

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

The Rule

The *Federal Court Rules* provide for assessors to be appointed to assist the trial judge: Rule 492. They also provide for expert evidence: Rule 482. They are silent, however, on whether expert evidence may be called in cases where assessors have been appointed. The practice of disallowing such evidence is based not on the wording of the rules, but on a long line of English and Canadian jurisprudence.

The rule against expert evidence where assessors sit with a judge finds its origin in English practice. The practice was for the judge to sit with two Elder Brethren of Trinity House, who would give their advice on technical matters of navigation and seamanship. That advice, although not binding, was usually followed. In such cases, expert evidence was not permitted.

This rule has been affirmed in Canada, most recently in *Egmont Towing & Sorting Ltd. v. The Ship "Telendos"* (1982), 43 N.R. 147. As noted at p. 155 of the Federal Court of Appeal decision, the trial judge in that case had refused to accept expert evidence on the ground that "when the court is assisted by nautical assessors, whose duty it is to advise on matter[s] of nautical skills and knowledge, the evidence of witnesses tendered for expert testimony on those very matters is not to be received". The Federal Court of Appeal upheld this ruling. Thurlow C.J. opined, at p. 165, that "whatever its faults, the system will not be improved by departing from the rule that expert evidence is not admissible on matters within the expertise of the assessors". He agreed, however, that certain "features of the system may indicate that the system itself is anomalous and capable of being unfair. If so, that may be a matter for the legislature or perhaps for consideration and review at the highest judicial level if and when an appropriate case for such a review arises". That time has now come.

La règle

Les *Règles de la Cour fédérale* prévoient la nomination d'assesseurs pour assister le juge de première instance: règle 492. Elles prévoient également le témoignage d'experts: règle 482. Cependant, elles n'abordent pas la question de savoir si des experts peuvent être cités dans les affaires où des assesseurs ont été nommés. La pratique voulant que ce genre de témoignage ne soit pas admis est fondée non pas sur le texte des règles mais sur une jurisprudence anglaise et canadienne constante.

La règle interdisant le témoignage d'experts lorsque des assesseurs siègent avec le juge a son origine dans une pratique anglaise. D'après celle-ci, le juge siégeait avec deux Elder Brethren de la Trinity House, qui donnaient leur avis sur les aspects techniques de la navigation et de la science nautique. Sans s'imposer au tribunal, ces avis étaient habituellement suivis. Dans ces cas, le témoignage d'experts n'était pas autorisé.

Cette règle a été confirmée la dernière fois au Canada dans l'arrêt *Egmont Towing & Sorting Ltd. c. Le navire «Telendos»* (1982), 43 N.R. 147. Comme il est mentionné à la p. 155 de cette décision de la Cour d'appel fédérale, le juge de première instance avait refusé d'admettre le témoignage d'experts pour le motif que, «lorsque la Cour bénéficie de l'aide d'assesseurs maritimes, dont le devoir est de la conseiller en matière de connaissances maritimes, le témoignage de personnes présentées comme experts en ces matières n'est pas admissible». La Cour d'appel fédérale a maintenu cette décision. Le juge Thurlow était d'avis que «le système, quelles que soient ses failles, ne saurait être amélioré par un abandon de la règle voulant que le témoignage d'experts ne soit pas admissible sur des questions relevant de la compétence des assesseurs» (p. 165). Il était d'accord pour dire, cependant, que certains «aspects du système en démontrent les anomalies et aussi qu'il pourrait se révéler injuste. Mais alors c'est l'affaire du législateur, ou encore la juridiction du degré de plus élevé pourrait-elle éventuellement s'en saisir, advenant une affaire où cela s'imposerait». Ce moment est maintenant venu.

5

6

7

⁸ The rule was originally applied to issues of navigation and seamanship. However, it appears to have been extended to any matters on which the assessors have expertise. The justification for the rule is that it is the task of the assessors to assist the judge on technical matters involving special expertise. To permit expert evidence on the same matters would render the assessors redundant, it is argued. It has also been suggested that the use of assessors instead of expert witnesses promotes shorter, less expensive litigation: *The Telendos*, *supra*.

⁹ The rule is not absolute. Even in England, judges sitting with assessors have sometimes permitted expert evidence. This may happen where the expertise of the witnesses surpasses that of the assessors (*“Neptun” (Owners) v. Humber Conservancy Board* (1937), 59 Ll.L.R. 158 (Adm.), at p. 167), or where the parties have prepared their case on the basis of an exchange of experts’ reports (*The “Antares II” and “Victory”*, [1996] 2 Lloyd’s Rep. 482 (Q.B. (Adm. Ct.)), at pp. 491-93). Departure from the rule in England is assisted since 1972 by the *Civil Evidence Act* (U.K.), 1972, c. 30, which makes expert evidence admissible: *The Victory*, *supra*.

Is the Rule a Procedural Rule or a Legal Rule?

¹⁰ The Federal Court of Appeal took different views of the status of the rule. The majority, *per Pratte J.A.*, treated it as a substantive legal rule. MacGuigan J.A., dissenting, argued that it is a mere rule of procedure, or adjectival law. This is important, because rules of procedure are less strictly applied and more easily changed than rules of substantive law, and because of the argument that Canada incorporated the English substantive law on maritime matters, but not necessarily its procedural law.

¹¹ In my view, the rule is one of procedure. It is a rule about how the trial should be conducted, not

La règle s’appliquait à l’origine aux questions de navigation et de science nautique. Elle paraît toutefois avoir été étendue à tous les domaines dans lesquels les assesseurs peuvent apporter leurs connaissances d’expert. La règle se justifie par la mission confiée aux assesseurs qui est d’assister le juge sur les questions techniques impliquant des connaissances spécialisées. L’on a fait valoir que l’admission du témoignage d’experts sur les mêmes questions rendrait redondant le recours aux assesseurs. On a également affirmé que le recours à des assesseurs plutôt qu’à des témoins experts entraînait une économie de temps et d’argent pour les justiciables: *Le Telendos*, précité.

La règle n’est pas absolue. Même en Angleterre, des juges siégeant avec des assesseurs ont parfois permis le témoignage d’experts. Cela peut arriver lorsque les témoins possèdent des connaissances plus étendues que les assesseurs (*«Neptun» (Owners) c. Humber Conservancy Board* (1937), 59 Ll.L.R. 158 (Adm.), à la p. 167) ou lorsque les parties se sont préparées en fonction d’un échange de rapports d’experts (*The «Antares II» and «Victory»*, [1996] 2 Lloyd’s Rep. 482 (Q.B. (Adm. Ct.)), aux pp. 491 à 493). Il est plus facile de déroger à la règle en Angleterre depuis 1972 puisque la *Civil Evidence Act* (R.-U.), 1972, ch. 30, rend le témoignage d’experts admissible: *The Victory*, précité.

S’agit-il d’une règle de procédure ou d’une règle de droit?

La Cour d’appel fédérale est divisée sur la nature de la règle. Le juge Pratte, au nom de la majorité, l’a traitée comme une règle de droit substantiel. Le juge MacGuigan, lui, estime dans ses motifs dissidents que c’est une simple règle de procédure. C’est important parce que les règles de procédure sont appliquées moins strictement et modifiées plus facilement que les règles de droit substantiel et parce que l’on fait valoir qu’en matière maritime, le Canada a incorporé le droit substantiel anglais, mais pas nécessairement le droit anglais de la procédure.

À mon avis, il s’agit d’une règle de procédure. C’est une règle portant sur la conduite du procès et

about the issues at stake between the parties in the action. As procedural law, it can be made by judicial order and regulation, as opposed to laws passed in the legislature.

The Federal Court has held the Admiralty rules, including the rule here at issue, to be procedural. In *Oy Nokia Ab v. The Ship "Martha Russ"*, [1973] F.C. 394 (T.D.), at p. 402, Collier J. stated: "The Admiralty Rules were not, in my view, substantive law administered by the Exchequer Court, but adjective law, a code of procedure to regulate the mode in which successive steps in Admiralty litigation were taken". The Federal Court of Appeal, *per Le Dain J.A.*, took the same view in *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"*, [1977] 2 F.C. 274, at pp. 277-78. I agree.

The Status of the Rule in Canada

The respondents argue that the rule against expert evidence where the judge sits with assessors has been adopted into Canadian maritime law by statute. Pratte J.A., for the majority in the Federal Court of Appeal, accepted this argument and seems to have found that it precluded the judiciary from making changes to the rule. With respect, I cannot agree.

The argument goes as follows. Section 42 of the present *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, provides that "Canadian maritime law as it was immediately before June 1, 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this Act or any other Act of Parliament". "Canadian maritime law" is defined in s. 2 as "the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970 . . .". The law administered by the Exchequer Court of Canada was English admiralty law. In addition, the transitional provisions of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1970, c. E-11, and of the *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1 (consolidated in R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)), provided for continuance of English

non sur les questions litigieuses opposant les parties. La règle de procédure peut avoir pour origine une ordonnance judiciaire ou un règlement, par opposition à la loi qui est votée par une assemblée législative.

La Cour fédérale a statué que les règles en matière d'amirauté, dont la règle visée en l'espèce, sont de nature procédurale. Dans la décision *Oy Nokia Ab c. Le navire «Martha Russ»*, [1973] C.F. 394 (1^{re} inst.), le juge Collier a déclaré, à la p. 402: «À mon sens, les règles d'amirauté ne constituaient pas des règles de fond appliquées par la Cour de l'Échiquier mais plutôt des règles de procédure réglant les diverses étapes des litiges en amirauté». La Cour d'appel fédérale a adopté, sous la plume du juge Le Dain, la même opinion dans l'arrêt *Antares Shipping Corp. c. Le navire «Capricorn»*, [1977] 2 C.F. 274, aux pp. 277 et 278. J'y souscris.

La nature de la règle au Canada

Les intimés soutiennent que la règle interdisant le témoignage d'experts lorsque le juge siège avec des assesseurs a été incorporée en droit maritime canadien par voie législative. Au nom de la majorité, le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale a accepté cette thèse et il semble avoir conclu que cela empêchait les tribunaux d'apporter des modifications à la règle. Je ne puis être d'accord.

Les arguments invoqués sont les suivants. L'article 42 de l'actuelle *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, prévoit que «[l]e droit maritime canadien en vigueur au 31 mai 1971 continue à s'appliquer, sous réserve des modifications éventuelles par la présente loi ou toute autre loi». L'expression «droit maritime canadien» est définie à l'art. 2 comme étant le «[d]roit [. . .] dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970 . . .». Le droit dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada était le droit anglais en matière d'amirauté. De plus, les dispositions transitoires de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1970, ch. E-11, et celles de la *Loi sur la*

12

13

14

practices and procedures in all matters before the Exchequer Court and the Federal Court unless stated otherwise. It follows, the argument concludes, that the Federal Court of Canada is compelled to apply English rules of evidence and procedure.

15 In my view, this argument cannot be accepted. First, there is a strong argument that the statutory provisions incorporating English admiralty law distinguish between substantive and procedural law and did not carry forward English procedural law, notwithstanding the transitional provisions in the 1970 *Federal Court Act*. Second, even if this view were wrong and English practices and procedures in Admiralty were held to be incorporated by statute into Canadian law, the assumption is mistaken that a mutable common law rule is transformed into an immutable statutory rule simply because it has been made applicable in Canada by statute.

16 The Federal Court's jurisdiction over maritime matters may be traced to the *Admiralty Act*, R.S.C. 1970, c. A-1, s. 18, which conferred jurisdiction on its predecessor, the Exchequer Court. Section 18 of the *Admiralty Act* distinguished between substantive law and procedural practices. Section 18(1) conferred on the Exchequer Court the admiralty "jurisdiction now possessed by the High Court of Justice in England", to "be exercised by the Court in like manner and to as full an extent as by such High Court". This provision addresses what powers the Court possessed and what substantive law it should apply.

17 Section 18(7), by contrast, addressed procedure. It provided that the jurisdiction conferred by s. 18(1) should be exercised "so far as regards procedure and practice . . . in the manner provided by this Act or by general rules and orders". It went on

Cour fédérale, S.C. 1970-71-72, ch. 1 (codifiées dans S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e suppl.)), prévoyaient que les pratiques et procédures anglaises continuaient de s'appliquer devant la Cour de l'Échiquier et la Cour fédérale, sauf disposition contraire. Il s'ensuit, selon cette thèse, que la Cour fédérale du Canada est tenue d'appliquer les règles anglaises en matière de preuve et de procédure.

À mon avis, cette thèse ne peut être acceptée. En premier lieu, des raisons solides permettent d'avancer que les dispositions législatives incorporant le droit anglais en matière d'amirauté établissent une distinction entre le droit substantiel et le droit de la procédure et n'ont pas introduit les règles de droit anglaises en matière de procédure, malgré les dispositions transitoires de la *Loi sur la Cour fédérale* de 1970. En second lieu, même si cette opinion était erronée et que les pratiques et procédures anglaises en matière d'amirauté étaient reconnues comme étant incorporées par voie législative au droit canadien, il est incorrect de tenir pour établi qu'une règle de common law susceptible de modification s'est transformée en règle législative immuable pour la simple raison qu'une disposition législative en prévoit l'application au Canada.

On peut faire remonter la compétence de la Cour fédérale en matière maritime à la *Loi sur l'Amirauté*, S.R.C. 1970, ch. A-1, art. 18, qui l'avait conférée au tribunal qu'elle a remplacé, soit la Cour de l'Échiquier. L'article 18 de la *Loi sur l'Amirauté* établissait une distinction entre le droit substantiel et les pratiques en matière de procédure. Le paragraphe 18(1) a conféré à la Cour de l'Échiquier la «juridiction d'amirauté actuellement possédée par la Haute Cour de Justice en Angleterre» laquelle «doit être exercée par la Cour de la même manière et dans la même mesure que par cette Haute Cour». Cette disposition portait sur les pouvoirs dont la Cour était investie et sur le droit substantiel qu'elle devait appliquer.

Le paragraphe 18(7), au contraire, traitait de la procédure. Il disposait que la compétence conférée par le par. 18(1) devait être exercée «en ce qui concerne la procédure et la pratique [. . .] de la manière prescrite par la présente loi ou par des

to state that “where no special provision is contained in this Act or in general rules and orders with reference thereto any such jurisdiction shall be exercised as nearly as may be in the same manner as that in which it may now be exercised by the Court”. Unlike s. 18(1), s. 18(7) makes no mention of carrying over English rules of practice and procedure. Rather, the intention of Parliament appears to have been that the practices and procedures that governed other proceedings in the Exchequer Court should apply.

This, however, is not the end of the matter. Section 35 of the *Exchequer Court Act* stated that unless otherwise provided in the Act or rules, the Court’s procedures would be regulated by the practice and procedure in similar matters in the High Court of England. This provision was carried forward in the transitional provision of the 1970 *Federal Court Act*, s. 62(6), designed to provide continuity in the transition of jurisdiction from the Exchequer Court to the Federal Court. Although not appearing in the 1985 consolidation of the *Federal Court Act*, the transitional provision has not been repealed and arguably still has legal force.

But the transitional provision which may be argued to make Exchequer Court practice and hence the practice of the High Court of England applicable does not stand alone. The same statute that included the general transitional provision providing continuity between practice in the Exchequer Court and the Federal Court spoke explicitly to what maritime jurisdiction the Federal Court would possess. Section 42 provided that “Canadian maritime law as it was immediately before the 1st day of June 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this or any other Act”. Section 2 of the Act defined “Canadian maritime law” as “the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side”.

règles et ordonnances générales», et plus loin, il précisait que, «lorsque la présente loi ou les règles et ordonnances générales ne contiennent aucune disposition particulière à cet égard, cette juridiction est, autant que possible, exercée de la même manière qu’elle peut l’être actuellement par la Cour». Contrairement au par. 18(1), le par. 18(7) ne fait aucunement mention du maintien des règles anglaises de pratique et de procédure. Le législateur semble plutôt avoir voulu que les pratiques et procédures régissant les autres affaires devant la Cour de l’Échiquier s’appliquent.

Toutefois, cela ne clôt pas la question. Aux termes de l’art. 35 de la *Loi sur la Cour de l’Échiquier*, à moins qu’il ne soit autrement prescrit par la loi ou par les règles, la pratique et la procédure dans les affaires devant la Cour sont régies par la pratique et la procédure suivies dans les affaires analogues à la Haute Cour d’Angleterre. Cette prescription a été reprise dans la disposition transitoire de la *Loi sur la Cour fédérale* de 1970, par. 62(6), qui visait à prévenir toute solution de continuité dans la transition de la Cour de l’Échiquier à la Cour fédérale. Bien qu’elle ne figure pas dans la codification de 1985 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la disposition transitoire n’a pas été abrogée et l’on peut soutenir qu’elle est toujours en vigueur.

Cependant, la disposition transitoire qui rendrait applicable la pratique de la Cour de l’Échiquier et donc, la pratique de la Haute Cour d’Angleterre, n’existe pas seule. La loi qui contient la disposition transitoire générale assurant la continuité de la pratique entre la Cour de l’Échiquier et la Cour fédérale énonce également de façon expresse les pouvoirs conférés en matière maritime à la Cour fédérale. En vertu de l’art. 42, «[l]e droit maritime canadien existant immédiatement avant le 1^{er} juin 1971 reste en vigueur sous réserve des modifications qui peuvent y être apportées par la présente loi ou toute autre loi». L’article 2 de la Loi définissait l’expression «droit maritime canadien» comme étant le «droit dont l’application relevait de la Cour de l’Échiquier du Canada, en sa juridiction d’amirauté».

18

19

20 The Federal Court of Canada has on two occasions defined “Canadian maritime law” as excluding procedural practices, concluding that the maritime practices and procedures of England were not statutorily transferred to Canada as part of its jurisdiction. In *The Martha Russ*, *supra*, Collier J. stated, at pp. 401-2, that “the law administered by the Exchequer Court on its Admiralty side means the substantive law found in the *Admiralty Act* and other statutes, including English statutes, whereby jurisdiction over various types of claims was set out. The Admiralty Rules were not, in my view, substantive law administered by the Exchequer Court . . .”. Similarly, in *The Capricorn*, *supra*, Le Dain J.A. stated, at p. 278, for the Federal Court of Appeal: “‘Canadian maritime law’, as defined by the Act, would not appear to contemplate matters of practice and procedure provided for by Rules and orders”.

21 There is much to be said for this interpretation and the view that, notwithstanding the transitional provision in the *Federal Court Act*, admiralty rules of procedure, as distinguished from substantive law, have not been statutorily transferred to the Federal Court. It accords with the apparent intention of Parliament, expressed in s. 18 of the *Admiralty Act*, that even in the Exchequer Court, the rules of practice and procedure on admiralty matters should be those administered generally by that Court and not those of England. Opposed to this is the general provision of s. 35 of the *Exchequer Court Act* providing for adoption of English practices and procedures where the rules and Act are silent.

22 Arguably, the best way to resolve the apparent desire of Parliament that Canadian procedures apply in admiralty matters with the general transitional provision that, when not provided to the contrary, English procedural rules should apply is to conclude that Parliament, through s. 18 of the *Admiralty Act* and ss. 42 and 2 of the *Federal*

La Cour fédérale du Canada a défini, à deux reprises, l’expression «droit maritime canadien» de manière à exclure les pratiques en matière de procédure, et elle a conclu que les pratiques et procédures anglaises en matière maritime n’ont pas été introduites par voie législative au Canada dans le cadre des compétences qui lui ont été conférées. Dans la décision *Le Martha Russ*, précitée, le juge Collier a déclaré, aux pp. 401 et 402, que, «par droit appliqué par la Cour de l’Échiquier en sa juridiction d’amirauté, on entend le droit établi par la *Loi sur l’Amirauté* et les autres lois, y compris les lois anglaises qui énoncent les compétences relatives à divers types de demandes. À mon sens, les règles d’amirauté ne constituaient pas des règles de fond appliquées par la Cour de l’Échiquier . . . » De même, dans l’arrêt *Le Capricorn*, précité, le juge Le Dain a dit, au nom de la Cour d’appel fédérale, à la p. 278: «le ‘droit maritime canadien’, tel que défini par la Loi, ne paraît pas envisager les questions de pratique et de procédure prévues par les Règles et les ordonnances».

Beaucoup d’arguments appuient cette interprétation et l’idée que, malgré la présence de la disposition transitoire dans la *Loi sur la Cour fédérale*, l’application des règles de procédure en matière d’amirauté, par opposition aux règles de droit substantiel, n’a pas été transférée par voie législative à la Cour fédérale. Cela est conforme à l’intention apparente du législateur, exprimée à l’art. 18 de la *Loi sur l’Amirauté*, et selon laquelle même devant la Cour de l’Échiquier, les règles de pratique et de procédure en matière d’amirauté sont celles qui sont appliquées généralement par cette Cour et non celles d’Angleterre. À l’inverse, la disposition générale de l’art. 35 de la *Loi sur la Cour de l’Échiquier* prévoit l’application des pratiques et procédures anglaises lorsque les règles et la Loi sont muettes à ce sujet.

On peut soutenir que la meilleure façon de concilier la volonté apparente du législateur que les procédures canadiennes s’appliquent en matière d’amirauté et la disposition transitoire générale prévoyant que, sauf disposition contraire, les règles de procédure anglaises devraient s’appliquer est de conclure que le législateur a effectivement prévu le

Court Act, has indeed provided to the contrary. It has done this by distinguishing, where Admiralty is concerned, between substantive law on the one hand and procedural rules and practices on the other hand, and by providing that for procedural rules and practices the general practices of the court should prevail. In this way, the transitional provision is read down as not pertaining to admiralty law, which is governed exclusively by s. 42 of the *Federal Court Act*.

However, even if the transitional provision of the 1970 *Federal Court Act*, by reference to s. 35 of the earlier *Exchequer Court Act*, was found to transfer English practices and procedures to the Federal Court, this would not lead to the conclusion that the English practices and procedures thus incorporated are cast in statutory stone, losing their character of common law rules subject to judicial alteration. This point was made succinctly by MacGuigan J.A. in his dissenting reasons in the case at bar (at p. 780 F.C.):

Moreover, as judge-made law the English rule can have no greater status than the rule in *Telendos* itself. Section 42 of the Act provides merely for legal continuity. It does not purport to transform English judge-made law into Canadian statutory law, but to incorporate it as if it were Canadian judge-made law. It is therefore subject to subsequent judicial overruling.

Where a statute incorporates English common law into Canadian law, it incorporates it as Canadian common law. It does not change its character from common law to statutory law, rendering it untouchable by the courts that created it. This Court has long taken the view that courts can continue to modify and expand common law rules introduced by statute. As McIntyre J. stated in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 776:

contraire par le truchement de l'art. 18 de la *Loi sur l'Amirauté* et des art. 42 et 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il l'a fait en établissant une distinction en matière d'amirauté, entre le droit substantiel, d'une part, et les règles et pratiques de procédure, d'autre part, et en disposant qu'en ce qui concerne les règles et pratiques de procédure, les pratiques générales de la cour devaient s'appliquer. De cette manière, la disposition transitoire reçoit une interprétation restrictive qui n'admet pas son application au droit de l'amirauté régi exclusivement par l'art. 42 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Cependant, même si l'on concluait que la disposition transitoire de la *Loi sur la Cour fédérale* de 1970, par référence à l'art. 35 de l'ancienne *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, rendait les pratiques et procédures anglaises applicables à la Cour fédérale, il ne s'ensuivrait pas que les pratiques et procédures anglaises ainsi incorporées soient coulées dans le bronze et perdent leur qualité de règles de common law susceptibles d'être modifiées par les tribunaux. Le juge MacGuigan l'a dit succinctement dans ses motifs dissidents, à la p. 780 C.F.:

De plus, à titre de jurisprudence, la règle anglaise ne saurait avoir rang supérieur à la règle énoncée dans l'arrêt *Telendos*. L'article 42 de la Loi ne porte que sur le maintien du droit maritime canadien. Il ne vise pas à convertir la jurisprudence anglaise en des dispositions législatives canadiennes, mais plutôt à l'intégrer comme s'il s'agissait de jurisprudence canadienne. Il est donc possible que cette jurisprudence soit éventuellement infirmée par les tribunaux.

Lorsqu'une loi incorpore la common law anglaise dans le droit canadien, elle l'incorpore à titre de common law canadienne. Elle ne transforme pas une règle de common law en règle de droit législatif, la rendant non susceptible de modification par les tribunaux qui l'ont créée. Depuis longtemps, le point de vue adopté par notre Cour est que les tribunaux peuvent continuer de modifier et d'élargir les règles de common law introduites par voie législative. Comme l'a dit le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la p. 776:

23

24

Canadian maritime law, as a body of substantive law, encompasses the principles of English maritime law as they were developed and applied in the Admiralty Court of England Thus, the body of admiralty law, which was adopted from England as Canadian maritime law, encompassed both specialized rules and principles of admiralty and the rules and principles adopted from the common law and applied in admiralty cases as these rules and principles have been, and continue to be, modified and expanded in Canadian jurisprudence. [Emphasis added.]

- 25 I conclude that, regardless of how the rule here at issue was incorporated into Canadian common law, Canadian courts possess the same power to modify the rule as they would to modify a Canadian common law rule of practice. Two related questions remain. First, considering that the rule forbidding expert evidence where a judge sits with assessors in an admiralty case forms part of the common law of Canada, should this Court alter the rule? Second, if it should alter the rule, what should the revised practice be?

The Principles Governing Judicial Alteration of Rules of Procedure

- 26 Courts may change common law rules where this is necessary to achieve justice and fairness by bringing the law into harmony with social, moral and economic changes in society, and where the change will not have complex and unforeseeable consequences: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 665-66; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. The magnitude of the change may fall to be considered under the last rubric; a major change is likely to have wide and unforeseeable ramifications that are better left to the legislature or Parliament (see *Winnipeg Child and Family Services*, *supra*), while incremental changes are more likely to have confined and foreseeable ramifications. The nature of the rule may also fall to be considered. Changes to rules of court procedure are more easily made than

Le droit maritime canadien, en tant qu'ensemble de règles de fond, englobe les principes du droit maritime anglais élaborés et appliqués par la Cour d'amirauté d'Angleterre [. . .] Ainsi, l'ensemble de règles de droit maritime qui a été emprunté à l'Angleterre pour constituer le droit maritime canadien englobait à la fois les règles et principes spéciaux en matière d'amirauté et les règles et principes puisés dans la *common law* et appliqués aux affaires d'amirauté selon que ces règles et principes ont été, et continuent d'être, modifiés et élargis dans la jurisprudence canadienne. [Je souligne.]

Je conclus que, indépendamment de la façon dont la règle en cause a été incorporée à la common law canadienne, les tribunaux canadiens exercent à l'égard de la règle le même pouvoir de modification que s'il s'agissait d'une règle de pratique de la common law canadienne. Il reste deux questions connexes. En premier lieu, vu que la règle interdisant le témoignage d'experts lorsqu'un juge siège avec des assesseurs dans une affaire d'amirauté fait partie de la common law du Canada, notre Cour doit-elle modifier cette règle? En second lieu, si elle doit le faire, que devrait être la pratique révisée?

Les principes régissant la modification des règles de procédure par les tribunaux

Les tribunaux peuvent modifier les règles de common law lorsque cela est nécessaire pour rendre justice et respecter l'équité en harmonisant le droit avec les changements sociaux, moraux et économiques qui se produisent dans la société et lorsque la modification n'entraînera pas de conséquences complexes et imprévisibles: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, aux pp. 665 et 666; *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; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210. Il y aurait lieu d'examiner l'ampleur de la modification sous l'angle du dernier point; une modification importante est susceptible d'avoir des répercussions étendues et imprévisibles qui relèvent du législateur provincial ou fédéral (voir *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg*, précité), tandis que des modifications

changes to the substantive law, since court procedures fall directly within the domain and expertise of the courts, which are in a good position to know what changes are required to make the court system fairer and what the consequences of the changes will be.

Should the Rule Against Expert Evidence Where a Judge Sits with Assessors in Admiralty Be Changed?

The principles discussed thus far establish that it is open to this Court to change the procedural rule barring expert evidence in cases where judges sit with assessors in Admiralty, if it is established that the change is required for reasons of justice or fairness and that the change will not have complex and unforeseeable consequences. The remaining question is whether these conditions are met.

The first issue is whether the change is required for reasons of justice or fairness, or, to paraphrase the words of Iacobucci J. in *Salituro*, *supra*, to bring the rule at issue into harmony with the needs of the modern trial process. In my view, it is.

The rule against expert evidence where a judge sits with assessors in admiralty cases suffers from four defects. First, the prohibition on expert evidence violates the principle of natural justice of the right to be heard, *audi alteram partem*. This principle confers the right on every party to litigation to bring forth evidence on all material points. Trial judges possess a discretion to limit evidence or exclude evidence where its relevance is outweighed by the prejudice it may cause to the trial process. But the principle that every litigant has a right to be heard goes against the exclusion of an entire category of evidence. To say that a litigant cannot call any expert evidence on matters that are

apportées progressivement sont plus susceptibles d'avoir des répercussions limitées et prévisibles. Il y a peut-être lieu aussi de prendre en considération la nature de la règle. Il est plus facile d'apporter des modifications aux règles de procédure des tribunaux qu'aux règles de droit substantiel, parce que la procédure relève directement de la compétence et du champ de spécialisation des tribunaux, qui sont bien placés pour savoir quelles modifications il faut apporter pour rendre le système judiciaire plus équitable et quelles conséquences entraîneront les modifications.

La règle interdisant le témoignage d'experts lorsqu'un juge siège avec des assesseurs en matière d'amirauté devrait-elle être modifiée?

Selon les principes examinés jusqu'ici, notre Cour peut modifier la règle de procédure empêchant le témoignage d'experts dans les affaires où un juge siège avec des assesseurs en matière d'amirauté s'il est établi que la modification est nécessaire à des fins de justice ou d'équité et qu'elle n'aura pas de conséquences complexes et imprévisibles. L'autre question est de savoir si ces conditions sont réunies.

La première question est de savoir si la modification est nécessaire à des fins de justice ou d'équité ou, pour paraphraser l'expression utilisée par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Salituro*, précité, afin d'adapter la règle en cause aux exigences du procès moderne. À mon avis, elle l'est.

La règle interdisant le témoignage d'experts lorsqu'un juge siège avec des assesseurs dans les affaires d'amirauté souffre de quatre défauts. Premièrement, l'interdiction frappant le témoignage d'experts viole le principe de justice naturelle qui consacre le droit d'être entendu, *audi alteram partem*. Ce principe confère à toute partie à un litige le droit de présenter des éléments de preuve sur tous les points importants. Le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire de limiter les éléments de preuve ou de les écarter lorsque le préjudice qu'ils peuvent causer au procès l'emporte sur leur pertinence. Mais le principe voulant que toute partie au litige ait le droit d'être entendue s'oppose à

27

28

29

at issue in the litigation is to deny the litigant's fundamental right to be heard.

l'exclusion d'une catégorie entière d'éléments de preuve. Dire qu'une partie ne peut pas citer d'experts sur les questions en litige c'est nier son droit fondamental d'être entendue.

30 The rule against expert evidence in cases with assessors is out of step with modern trial practice, which permits expert evidence on matters of opinion at issue on a trial. Section 7 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, confirms this practice, imposing limits only on the number of expert witnesses each side may call. Rule 482 sets detailed procedures to be followed in calling expert evidence. I agree with MacGuigan J.A. that the clear implication of these provisions is that, if the designated procedures are followed and conditions met, a party is entitled to call expert evidence at trial, subject to the common law restrictions on expert evidence as defined in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. Against this background, the rule against expert evidence in admiralty cases where assessors are used stands as an anomaly.

La règle interdisant le témoignage d'experts dans les affaires où des assesseurs ont été nommés va à l'encontre de la pratique judiciaire moderne, qui permet le témoignage d'experts sur des questions d'opinion soulevées dans un procès. L'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, confirme cette pratique, en imposant des limites seulement quant au nombre de témoins experts que chaque partie peut citer. La règle 482 expose de façon détaillée la procédure à suivre pour présenter des témoins experts. Je suis d'accord avec le juge MacGuigan pour dire qu'il ressort clairement de ces dispositions que, si la procédure indiquée est suivie et que les conditions sont réunies, une partie au litige a le droit de citer des experts à témoigner au procès, sous réserve des restrictions prévues par la common law en ce qui concerne le témoignage d'experts lesquelles sont exposées dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la règle interdisant le témoignage d'experts dans les affaires d'amirauté lorsqu'on a recours à des assesseurs est une anomalie.

31 The rule's variance with the principles of natural justice and the modern rules of evidence and trial procedure establish that the first requirement for changing it is met. This brings us to the second requirement. The issue is whether abolishing the prohibition on expert evidence will have adverse and unforeseeable consequences, such that its reform is better left to Parliament.

Le fait que la règle ne concorde pas avec les principes de justice naturelle ni avec les règles modernes de preuve et de procédure judiciaire montre que la première exigence en vue d'une modification est remplie. Cela nous amène à la seconde exigence. La question est de savoir si l'abolition de l'interdiction du témoignage d'experts aura des conséquences néfastes et imprévisibles telles qu'il serait préférable de laisser au législateur la tâche de réformer la règle.

32 The respondents argue that to permit expert evidence is inconsistent with the practice of judges sitting with assessors in admiralty cases. The practice, they argue, is based on the assumption that the assessors will assist the trial judge in the determination of technical issues. There thus is no need for expert witnesses. Alternatively, if expert witnesses are called, nothing remains for the assessors. In other words, to permit expert evidence in

Les intimés soutiennent que permettre le témoignage d'experts est incompatible avec la pratique qui consiste à nommer des assesseurs pour siéger avec les juges dans les affaires d'amirauté. Ils font valoir que cette pratique est fondée sur l'idée que les assesseurs aideront le juge de première instance à trancher des questions techniques. D'où l'inutilité des témoins experts. Subsidièrement, si des experts témoignent, les assesseurs n'ont plus rien à

assessor-assisted cases would amount to tampering with a practice and upsetting the balance upon which it is premised.

This argument brings me to the second problem with the traditional rule: its foundation on the mistaken premise that assessors will be masters of all matters of expertise that arise in the trial. The assumption that assessors are capable of dealing with all matters of opinion that arise in admiralty cases was challenged by Viscount Dunedin in England in 1926 in *Owners of S.S. Australia v. Owners of Cargo of S.S. Nautilus*, [1927] A.C. 145 (H.L.), at p. 150:

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

Collier J. quoted this passage with approval and confirmed its logic in the Canadian context in *Owners of the Ship "Sun Diamond" v. The Ship "Erawan"* (1975), 55 D.L.R. (3d) 138 (F.C.T.D.), at p. 145:

In these still more modern times, with considerable technological and scientific advances in the design and equipment of vessels, a qualified assessor, no matter how knowledgeable, cannot have had expert experience in all matters that today may be canvassed and scrutinized in maritime collision litigation. As one small example, some modern vessels are equipped with course recorders. I have had experience with nautical assessors, very able ones, who, understandably, have had no personal experience with the operation of such devices or of the interpretation of what they purport to record. Should expert evidence on a technical matter such as

faire. Autrement dit, permettre le témoignage d'experts dans les affaires dans lesquelles on a recours à des assesseurs équivaut à dénaturer la pratique et à rompre l'équilibre sur lequel elle repose.

Cet argument m'amène au deuxième problème que suscite la règle traditionnelle: le fait qu'elle repose sur l'idée erronée que les assesseurs se prononceront sur toutes les questions relevant d'un domaine spécialisé qui seront soulevées durant le procès. L'idée que les assesseurs soient en mesure de trancher toutes les questions d'opinion soulevées dans les affaires d'amirauté a été contestée par le vicomte Dunedin en Angleterre en 1926 dans l'arrêt *Owners of S.S. Australia c. Owners of Cargo of S.S. Nautilus*, [1927] A.C. 145 (H.L.), à la p. 150:

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

Le juge Collier a approuvé ce passage en confirmant la justesse de ce raisonnement dans le contexte canadien dans la décision *Les propriétaires du navire «Sun Diamond» c. Le navire «Erawan»* (1975), 55 D.L.R. (3d) 138 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 145:

À notre époque actuelle, avec les progrès technologiques et scientifiques considérables dans la conception et l'armement des navires, un assesseur compétent, si vastes soient ses connaissances, ne peut pas avoir acquis des connaissances d'expert sur toutes les questions qui peuvent aujourd'hui être examinées à fond et passées au peigne fin dans les litiges causés par les abordages. À titre d'exemple simple, quelques navires modernes sont équipés d'un indicateur de route. J'ai eu affaire à des assesseurs nautiques très compétents, qui, c'est compréhensible, n'avaient pas utilisé personnellement ces appareils ni n'avaient eu à interpréter ce qu'ils servaient à

that be barred from the Court, merely because assessors (who may know nothing of that field) are present?

If this was true in 1975, how much stronger must be the case for no longer relying exclusively on assessors for expertise in 1997, when vessels are operated by complex computerized navigational devices, often individualized to the ship in which they are found?

34 To reject the rule that assessors serve as the sole source of expertise in admiralty trials is not to entirely preclude the use of assessors. As Collier J. noted, in *The Sun Diamond*, at p. 145:

In Courts other than those hearing Admiralty causes, expert evidence is admitted even if the Judge has the assistance of an assessor. I refer to the *Nord-Deutsche* case . . . and to a very lengthy trial in British Columbia (396 days) where an assessor (a qualified engineer) sat with the trial Judge, and where a huge volume of expert testimony was heard on a number of issues.

In many provinces, assessors may be appointed to assist a judge on cases involving technical evidence, without curtailment of the right of parties to call expert evidence: British Columbia *Rules of Court*, Rule 39(28); Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, Rule 28.03(2); Alberta *Rules of Court*, Rule 235; and New Brunswick *Rules of Court*, Rule 54.11. Such assessors function to assist the trial judge in understanding and explaining the technical evidence that the parties have put before the court. The parties are not precluded from calling expert evidence and the trial judge retains the sole responsibility for making the necessary findings of fact and applying the law to them. In this way, assessors may be of assistance to judges in complex, technical cases without trenching on the rules of natural justice. In addition, there may be cases where it is useful to employ a limited version of the old admiralty rule of appointing assessors to assist the judge with findings of fact and fact-

indiquer. Devrait-on interdire l'audition de témoins-experts sur une question technique comme celle-là simplement parce que des assesseurs (qui ne connaissent peut-être rien dans ce domaine) assistent à l'audition?

Si ce raisonnement était fondé en 1975, les arguments justifiant l'abandon du recours exclusif aux assesseurs en ce qui concerne les connaissances d'expert ont encore plus de poids en 1997 alors que les navires fonctionnent grâce à des appareils de navigation complexes et informatisés, souvent conçus spécialement pour le navire dans lequel ils ont été installés.

Rejeter la règle selon laquelle les assesseurs sont l'unique source de connaissances spécialisées dans les procès en matière d'amirauté ne veut pas dire écarter complètement le recours aux assesseurs. Comme le juge Collier l'a fait remarquer dans l'affaire *Le Sun Diamond*, à la p. 145:

Dans les cours siégeant en d'autres matières que celles de droit maritime, on admet le témoignage d'experts même si le juge est aidé par un assesseur. Je m'en réfère à l'affaire *Nord-Deutsche* [. . .] et à une cause très longue plaidée en Colombie-Britannique (396 jours), pour laquelle un assesseur (un ingénieur possédant les qualités requises) siégeait avec le juge de première instance et au cours de laquelle un grand nombre de témoins-experts ont déposé sur plusieurs questions.

Dans de nombreuses provinces, des assesseurs peuvent être nommés afin d'assister le juge dans les affaires comportant des éléments de preuve techniques, sans que soit restreint le droit des parties de citer des experts: la règle 39(28) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique; la règle 28.03(2) des *Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse; la règle 235 des *Alberta Rules of Court*; et la règle 54.11 des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick. Ces assesseurs aident le juge de première instance à comprendre les éléments de preuve techniques que les parties ont présentés à la cour. Il n'est pas interdit aux parties de citer des experts, et le juge de première instance continue d'apprécier souverainement les constatations de fait et de leur appliquer les règles de droit. De cette façon, les assesseurs peuvent assister le juge dans les affaires complexes et techniques sans qu'il soit porté atteinte aux règles de justice naturelle. De plus, il peut être utile dans certains cas d'appliquer

related opinions. This option would remain available subject to precautions to avoid breach of the principles of natural justice.

This brings me to the third flaw in the present rule — the fact that it does not permit disclosure to the parties of what passes between the judge and the assessor. Such disclosure may not be required where the assessor functions only to assist the judge in understanding technical evidence, particularly if expert evidence has been introduced on the issue in question. Where assessors venture opinions on factual matters at issue between the parties, however, natural justice requires more. It may be necessary to require the disclosure of questions put by the judge to the assessors and their responses, as proposed by Collier J. in *The Sun Diamond*, at pp. 139-40:

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

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

une version atténuée de la vieille règle d’amirauté qui consiste à nommer des assesseurs pour assister le juge en ce qui concerne les constatations de fait et les opinions liées aux faits. Cette option resterait possible sous réserve des précautions à prendre pour ne pas violer les principes de justice naturelle.

Cela m’amène au troisième défaut de la présente règle — le fait qu’elle ne permet pas la divulgation aux parties de ce qui se passe entre le juge et l’assesseur. Cette divulgation peut ne pas être nécessaire lorsque l’assesseur ne fait qu’aider le juge à comprendre des éléments de preuve techniques, en particulier si un expert a témoigné sur le point en cause. Lorsque les assesseurs risquent des opinions sur des questions de fait en litige entre les parties, toutefois, la justice naturelle exige davantage. Il se peut qu’il soit nécessaire d’exiger la divulgation des questions posées par le juge aux assesseurs ainsi que leurs réponses, comme le propose le juge Collier dans l’affaire *Le Sun Diamond*, aux pp. 139 et 140:

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

Tout ce processus devait se dérouler avant les plaidoyers oraux de façon à ce que les avocats (s’ils l’estimaient à propos) pussent, dans leurs plaidoyers oraux, présenter leurs observations relatives aux réponses et aux opinions qu’il fallait recevoir. Les questions formelles et les réponses devaient ensuite être énoncées dans les motifs du jugement. L’entente stipulait implicitement que la règle consacrée devait s’appliquer: la

must make up its own mind, including decisions on matters of navigation, seamanship, and nautical skill.

When the evidence in this trial had been completed, there was a further discussion in respect of the above arrangement. I indicated, for myself, I had no proposed questions to put to the assessors, but I invited counsel to submit for discussion any questions they might have. Both counsel advised they did not intend to suggest any questions.

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

³⁶ This, as I conceive it, is the modern conception of how assessors may aid a trial judge. There is no longer any justification for assessors to advise judges on matters of fault without disclosure to, and opportunity for comment by, the parties. Nor is there justification for preventing the parties from calling expert witnesses. The case for reform of the rule on both counts is strong.

³⁷ Finally, this leads to the fourth reason for amending the rule: excluding expert evidence when an assessor assists the judge may create the impression that it is the assessor, and not the judge, who is deciding important questions of fact. (See, for example, Lord Sumner's discussion of the problem in *The Australia*, *supra*, at pp. 151-53.) Allowing expert evidence and providing transparency in the interaction between judge and assessor works to ensure that the judge does not abdicate his or her role in favour of the assessor.

³⁸ It remains to consider whether abolishing the prohibition on expert evidence will have adverse and unforeseeable consequences, such that its reform is better left to Parliament, as was the case in *Winnipeg Child and Family Services*, *supra*. The answer is no. The prohibition is an anachronism. The rule, as noted, was abandoned in England under the new *Civil Evidence Act* of 1972. In Canada, it has been replaced in non-admiralty jurisdictions by a procedure conforming to modern

Cour n'est pas tenue en aucune façon de faire siennes les réponses ou les opinions données ni de leur donner suite; elle doit prendre la décision toute seule, même sur les questions de navigation, de manœuvre et d'habileté nautique.

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

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

Voilà, selon moi, comment il faut concevoir de nos jours la mission des assesseurs auprès du juge de première instance. Rien ne justifie plus que les assesseurs émettent des avis à l'intention du juge sur des questions relatives à la faute sans que leur teneur soit divulguée aux parties ni que celles-ci aient la possibilité de faire des observations. Rien ne justifie non plus que l'on empêche les parties de citer des témoins experts. Les arguments en faveur de la modification de la règle sont convaincants dans les deux cas.

Enfin, cela m'amène à la quatrième raison qui justifie la modification de la règle: l'exclusion du témoignage d'experts lorsqu'un assesseur assiste le juge peut donner l'impression que c'est l'assesseur et non le juge qui tranche les questions de fait importantes. (Voir, par exemple, les propos de lord Sumner sur ce problème dans l'arrêt *The Australia*, précité, aux pp. 151 à 153.) L'admission du témoignage d'experts et la transparence des échanges entre le juge et l'assesseur permettent de garantir que le juge ne cédera pas son rôle à l'assesseur.

Il reste à examiner si l'abolition de l'interdiction frappant le témoignage d'experts aura des conséquences néfastes et imprévisibles telles qu'il serait préférable de laisser au législateur la tâche de la modifier, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg*, précité. La réponse est négative. Cette interdiction est un anachronisme. La règle, comme il a été mentionné, a été abandonnée en Angleterre sous le régime de la *Civil Evidence Act* de 1972. Au

concepts of justice; assessors may be appointed to assist judges in understanding technical matters but they do not function to decide the issues between the parties and their appointment does not preclude expert evidence. These models permit us to predict that the proposed changes would function efficiently and would not introduce new, unforeseeable problems.

To replace the old anachronistic rule at Admiralty by its more modern counterpart is only to bring admiralty practice into harmony with practices elsewhere and the needs of the modern judicial process. The rule is, moreover, a procedural rule, fashioned by judges of a long-ago era for long-ago times. It is open to judges of the modern era to adapt the procedure to meet the needs of modern times. Finally, the change is hardly radical; the rule can be adapted in a way which preserves its basic function — the provision of expert assistance to the judge — while eliminating ancillary features that conflict with the modern trial process.

I conclude that the old admiralty rule appointing assessors to assist the judge in making findings of fault to the exclusion of expert evidence should be revised. First, assessors should be permitted to assist judges in understanding technical evidence. Second, assessors may go further and advise the judge on matters of fact in dispute between the parties, but only on condition of disclosure and a right of response sufficient to comply with the requirements of natural justice. In all cases, the parties are entitled to call expert evidence subject to the limits and procedures set out in the *Evidence Act* and the rules of practice. I state these propositions as general guidelines, aware that it may be necessary or useful for the judge in a particular case, upon consultation with the parties, to vary how assessors are used and what procedures should be followed, depending on the nature of the trial and the issues to be determined. The essential

Canada, elle a été remplacée dans les domaines de compétence autres que l'amirauté par une procédure en accord avec les concepts modernes de la justice; des assesseurs peuvent être nommés pour aider les juges à comprendre les questions techniques, mais ils ne tranchent pas les questions opposant les parties, et leur nomination n'empêche pas le témoignage d'experts. Ces modèles nous permettent de prédire que les modifications proposées fonctionneraient efficacement et n'engendreraient pas de nouveaux problèmes imprévisibles.

Remplacer la vieille règle anachronique en matière d'amirauté par son pendant plus moderne c'est simplement harmoniser la pratique en matière d'amirauté avec les pratiques suivies ailleurs et l'adopter aux nécessités du processus judiciaire moderne. Au surplus, il s'agit d'une règle de procédure, conçue par les juges d'une époque révolue pour des temps révolus. Les juges de l'ère moderne peuvent adapter la procédure pour qu'elle réponde aux exigences des temps modernes. Enfin, la modification n'est guère radicale; la règle peut être adaptée de façon à lui laisser sa fonction fondamentale — fournir au juge l'assistance d'experts — tout en éliminant les caractéristiques accessoires incompatibles avec le procès moderne.

Je conclus que la vieille règle d'amirauté qui consiste à nommer des assesseurs pour aider le juge à tirer des conclusions relativement à la faute et à exclure tout témoignage d'experts devrait être révisée. Premièrement, les assesseurs devraient être autorisés à aider les juges à comprendre les éléments de preuve techniques. Deuxièmement, les assesseurs peuvent faire davantage et conseiller le juge sur des questions de fait opposant les parties, mais à la condition seulement que leurs avis soient divulgués et qu'un droit de réplique suffisant soit prévu conformément aux exigences de la justice naturelle. Dans tous les cas, les parties ont le droit de citer des experts sous réserve des limites et des règles de procédure fixées par la *Loi sur la preuve au Canada* et les règles de pratique. Je formule ces propositions à titre de lignes directrices générales, sachant qu'il peut être nécessaire ou utile que, dans un cas particulier, en consultation avec les parties,

39

40

is that the principles of natural justice that protect a fair trial should in all cases be preserved.

Application of the Law to the Case at Bar

41 The trial judge, bound as she was by *The Telendos*, declined to hear expert evidence and made no disclosure of the questions she asked the assessors and the responses she received. The result was a trial that violated the principles of natural justice. The violations may have affected the outcome. For example, on the critical finding as to how the MV *Beograd* was navigating prior to the collision, the trial judge notes, after reviewing the defendant's evidence: "This was not contradicted by any evidence presented by the plaintiffs" (p. 137). As MacGuigan J.A. points out, the reason that the appellant did not present any contradictory evidence was that it was prevented from doing so by the application of *The Telendos* rule. It follows that the appellant is entitled to a new trial.

42 I would allow the appeal and order a new trial. The appellant is entitled to costs of the appeal in this Court and in the Federal Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Sproule, Castonguay, Pollack, Montréal.

Solicitors for the respondents: Langlois Robert, Québec.

le juge modifie la mission des assesseurs et la procédure à suivre, en fonction de la nature du procès et des questions à trancher. L'essentiel est que les principes de justice naturelle qui protègent la tenue d'un procès équitable soient sauvegardés dans tous les cas.

Application du droit à l'espèce

Le juge de première instance, liée par l'affaire *Le Telendos*, a refusé d'entendre le témoignage d'experts et n'a pas divulgué les questions qu'elle a posées aux assesseurs ni les réponses qu'elle en a reçues. Il en a résulté un procès qui violait les principes de justice naturelle. Ces violations peuvent avoir influé sur l'issue du procès. Par exemple, au sujet de la conclusion décisive quant à la façon dont le NM *Beograd* naviguait avant l'abordage, le juge de première instance note, après examen du témoignage du défendeur: «Cette affirmation n'a été contredite par aucun élément de preuve produit par la demanderesse» (p. 137). Comme le signale le juge MacGuigan, la raison pour laquelle l'appelante n'a présenté aucun élément de preuve contradictoire est qu'elle a été empêchée de le faire par l'application de la règle énoncée dans l'affaire *Le Telendos*. Il s'ensuit que l'appelante a droit à un nouveau procès.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès. L'appelante a droit aux dépens devant notre Cour et devant la Cour d'appel fédérale.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Sproule, Castonguay, Pollack, Montréal.

Procureurs des intimés: Langlois Robert, Québec.