

T-3600-76

T-3600-76

**Lex Tex Canada Limited (Plaintiff)**

v.

**Duratex Inc. (Defendant)**

Trial Division, Addy J.—Montreal, May 28; Ottawa, May 31, 1979.

*Practice — Motion to strike out — Solicitor for defence filed affidavit dealing with substantive matters relating to part of motion in support of that part of the motion — Solicitor for defence refused to answer questions put on cross-examination by solicitor for plaintiff on ground of solicitor-and-client privilege — All evidence of witness refusing to answer on ground of solicitor-and-client privilege rejected — As this is the only evidence tendered, the motion must fail — Federal Court Rule 419.*

## APPLICATION.

## COUNSEL:

G. A. Macklin for plaintiff.  
R. Uditsky for defendant.

## SOLICITORS:

Gowling & Henderson, Ottawa, for plaintiff.  
Greenblatt, Godinsky & Uditsky, Montreal, for defendant.

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

ADDY J.: The present motion by the defendant under Rule 419 is to strike out certain paragraphs of the plaintiff's statement of claim. It is founded in part on Rule 419(1)(a), that is, on the allegation that the statement of claim does not disclose a cause of action. In considering this allegation the Court is, of course, limited to considering the statement of claim itself and no evidence can be heard in support of the motion. For reasons which I gave orally at the hearing, I held that the defendant could not succeed on the basis of Rule 419(1)(a).

The difficulty arises out of the remaining grounds which are founded on subparagraphs (b) to (f) inclusive of Rule 419(1), in support of which evidence can be heard. An affidavit of the solicitor for the defendant was filed in support of this part

**Lex Tex Canada Limited (Demanderesse)**

c.

**<sup>a</sup> Duratex Inc. (Défenderesse)**

Division de première instance, le juge Addy—Montréal, le 28 mai; Ottawa, le 31 mai 1979.

*Pratique — Requête en radiation — Le procureur de la défenderesse a déposé un affidavit traitant de questions de fond à l'appui d'une partie de la requête — Le procureur de la défenderesse s'est retranché derrière le secret professionnel pour refuser de répondre au contre-interrogatoire du procureur de la demanderesse — La Cour rejette toutes les dépositions du témoin qui refuse de répondre au motif qu'il est tenu au secret professionnel — Attendu que c'est la seule preuve présentée, la requête doit être rejetée — Règle 419 de la Cour fédérale.*

## REQUÊTE.

**<sup>d</sup> AVOCATS:**

G. A. Macklin pour la demanderesse.  
R. Uditsky pour la défenderesse.

**<sup>e</sup> PROCUREURS:**

Gowling & Henderson, Ottawa, pour la demanderesse.  
Greenblatt, Godinsky & Uditsky, Montréal, pour la défenderesse.

**<sup>f</sup>**

*Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par*

LE JUGE ADDY: La requête en cause, présentée par la défenderesse en vertu de la Règle 419 vise à faire radier certains paragraphes de la déclaration de la demanderesse. Elle est fondée en partie sur la Règle 419(1)a, c'est-à-dire sur le motif que la déclaration ne révèle aucune cause d'action. Il va de soi que la Cour, en examinant cette obligation, doit s'en tenir à la déclaration elle-même; elle ne peut entendre de preuve à l'appui de la requête. J'ai conclu, pour les motifs prononcés à l'audience, qu'il ne pouvait être fait droit à la requête de la défenderesse introduite en vertu de la Règle 419(1)a.

La difficulté provient des autres motifs fondés sur les alinéas b) à f) inclusivement de la Règle 419(1) et à l'appui desquels une preuve peut être entendue. Un affidavit émanant du procureur de la défenderesse a été déposé à l'appui de cette partie

of the motion. The affidavit is not limited to merely identifying certain documents or correspondence but deals with substantive matters on which this part of the motion is founded. The affidavit contains the following statements:

3. . . . the Defendant has an interest in not revealing to the Plaintiff and thereby making public information with respect to the sources of any of its raw materials;

4. . . . the Defendant is seriously hampered in the preparation of a Statement of Defence in this cause and thus suffers grave and serious prejudice in the circumstances.

Counsel for the plaintiff cross-examined the solicitor for the defendant on this affidavit and the latter repeatedly refused to answer many of the questions put to him on the grounds of solicitor-and-client privilege.

The right of the party to fully cross-examine a witness called by the opposite party on all matters relevant to his testimony and to have those questions answered, is one of the most fundamental principles of our system of justice. An equally fundamental right which, if anything, has been even more jealously guarded by our Courts is that enjoyed by every person to complete protection against the divulging of any communication with his solicitor pertaining to any legal cause or matter.

The present case illustrates clearly and dramatically the impropriety of having the solicitor of any party to a legal proceeding take an affidavit or testify orally on behalf of his client regarding any cause or issue as to which he has been consulted. The rule has long been recognized by common law courts, but of late seems to have fallen into disuse to some extent, in interlocutory matters in any event, largely because it is so much more convenient for the solicitor to take such affidavits.

Whatever might be the motive for doing so, it is completely improper and unacceptable for a solicitor to take an affidavit even in an interlocutory matter where he attests to matters of substance and might therefore expose himself to being cross-

de la requête. Cet affidavit ne fait pas qu'identifier les documents ou les lettres: il traite également des questions de fond sur lesquelles cette partie de la requête est fondée. En voici quelques extraits:

*a* [TRADUCTION] 3. . . . la défenderesse a intérêt à ne pas révéler à la demanderesse et, de ce fait, à ne pas divulguer des informations touchant l'origine de l'une quelconque de ses matières premières;

*b* 4. . . . la préparation de la défense dans cette affaire est sérieusement entravée et, par conséquent, la défenderesse subit, dans les circonstances, un préjudice grave et sérieux.

L'avocat de la demanderesse a contre-interrogé le procureur de la défenderesse sur cet affidavit, mais ce dernier a refusé, à maintes reprises, de répondre à nombre de questions qui lui ont été posées, se retranchant derrière le secret professionnel.

*d* Le droit d'une partie de contre-interroger complètement un témoin cité à comparaître par la partie adverse sur toute question ayant trait à son témoignage et d'obtenir des réponses à ces questions constitue l'un des principes les plus fondamentaux de notre système judiciaire. Un droit tout aussi fondamental et encore plus jalousement préservé par nos tribunaux est celui de toute personne d'être assurée que les communications faites à son procureur relativement à tout sujet d'ordre juridique ne seront pas divulguées.

L'espèce démontre clairement, et de façon éloquente, combien il est contraire aux règles pour le procureur d'une partie engagée dans une procédure judiciaire de faire une déclaration sous serment ou de témoigner oralement au nom de son client relativement à toute question au sujet de laquelle il a été consulté. Les tribunaux de *common law* ont reconnu cette règle depuis fort longtemps; mais il semble que, depuis peu, cette dernière soit tombée, jusqu'à un certain point, en désuétude, du moins en ce qui concerne les procédures interlocutoires, au motif, surtout, qu'il est beaucoup plus pratique pour le procureur de faire de telles déclarations.

Quel qu'en soit le motif, il est tout à fait irrégulier et inacceptable de la part d'un procureur de faire une déclaration sous serment (et ce, même dans le cadre d'une procédure interlocutoire) lorsque cette déclaration porte sur des questions de

examined on matters covered by solicitor-and-client privilege. In the case at bar, counsel for the defendant quite candidly stated that it was precisely in order to avoid answering questions on certain aspects of the case as to which any other representative of the defendant might be cross-examined, that a decision was made to have the affidavit taken by the solicitor. This, of course, brings into focus all the more clearly the fundamental injustice which might result from the practice.

Where, as in the present case, there is a refusal on the part of the solicitor to answer on the grounds of solicitor-and-client privilege resulting in a denial of the other party's right to full and complete cross-examination on all matters raised in the affidavit, the Court has no alternative but to reject all of the evidence of that witness. In the case at bar this involves the solicitor's affidavit and its exhibits. Since this is the only evidence tendered, the motion must necessarily fail.

During argument counsel for the defendant, although stating that his client was not waiving his solicitor-and-client privilege, invited the Court to order the solicitor to answer certain questions which he had refused to answer on those grounds and the answers to which the Court might feel would be relevant to determining the issue of the propriety of the pleadings objected to. Any such order, in my view, would not only be completely improper but would be illegal and unenforceable since the privilege is absolute and is worthy, in my view, of the same degree of protection as the independence of the judiciary itself, since it is equally as fundamental to our system of justice.

Since the subject-matter of the motion appears to be quite important and since the disposition of it will not only determine the nature and the length of future proceedings in the action but might also greatly affect certain fundamental rights of the parties, the motion is being dismissed without prejudice to the right of the defendant to renew it or to launch any other or further motion concerning the statement of claim providing he serves any such new notice of motion on the plaintiff within

fond, car il s'expose ainsi à être contre-interrogé sur des questions faisant l'objet du privilège procureur-client. En l'espèce, l'avocat de la défenderesse a déclaré très franchement que c'était précisément afin d'éviter de répondre à des questions relativement à certains aspects de l'affaire sur lesquels un autre représentant de la défenderesse pourrait être contre-interrogé, que la décision de faire faire une déclaration sous serment par le procureur de la défenderesse a été prise. Cela, bien entendu fait ressortir d'autant plus clairement l'injustice, fondamentale que cette pratique risque d'entraîner.

Si, comme en l'espèce, le procureur refuse de répondre au motif qu'il est tenu au secret professionnel, privant ainsi la partie adverse du droit de le contre-interroger de façon complète et détaillée sur tous les points soulevés dans l'affidavit, la Cour n'a pas d'autre choix que de rejeter toute la preuve produite par ce témoin. En l'espèce, cette preuve se résume à l'affidavit du procureur et les pièces y annexées. Étant donné que c'est la seule preuve qui a été présentée, la requête doit être rejetée.

Au cours des débats, l'avocat de la défenderesse, tout en faisant valoir que sa cliente ne renonçait pas au privilège procureur-client, a demandé au tribunal d'ordonner au procureur de répondre à certaines questions auxquelles il avait refusé de répondre, alléguant le secret professionnel, et de donner les réponses que la Cour jugerait pertinentes afin de trancher la question de la régularité des plaidoiries contre lesquelles on fait valoir des objections. A mon avis, une telle ordonnance serait non seulement totalement irrégulière mais également illégale et inapplicable, étant donné que le privilège est absolu, et selon moi, digne de la même protection que le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire, vu qu'il est tout aussi essentiel à notre système judiciaire.

Puisque l'objet de la requête est très important et que son règlement non seulement déterminera la nature et la durée des procédures éventuelles dans le cadre de l'action mais également aura des conséquences importantes sur quelques-uns des droits fondamentaux des parties, la requête est rejetée sans préjudice au droit de la défenderesse de la renouveler ou d'en présenter une supplémentaire relativement à la déclaration, le tout à la condition que la défenderesse signifie à la demanderesse un

three weeks from the date of the order issued in conformity with these reasons.

Having regard to the counter-motion of the plaintiff requesting that a defence be filed forthwith in this matter, should the defendant fail to serve a new notice of motion within the time above limited, it will be obliged to serve and file its statement of defence within ten days thereafter. Any notice of motion of the defendant served within three weeks as aforesaid may be made returnable after long vacation.

Costs shall be to the plaintiff in the cause.

nouvel avis de requête, le cas échéant, dans les trois semaines à compter de la date de l'ordonnance émise conformément à ces motifs.

<sup>a</sup> Compte tenu de la requête incidente de la demanderesse portant qu'une défense soit déposée sans délai dans cette affaire, advenant que la défenderesse néglige de signifier un nouvel avis de requête dans le délai susmentionné, elle sera tenue de signifier et de déposer sa défense dans les dix jours suivant l'expiration de ce délai. Un avis de requête émanant de la défenderesse et signifié dans les trois semaines susmentionnées pourra être présenté après la grande vacance.

<sup>b</sup> Les dépens seront adjugés à la demanderesse suivant l'issue de la cause.