

T-2116-93

International Business Machines Corporation, IBM Canada Limited and Lexmark International, Inc. (Plaintiffs)

v.

Printech Ribbons Inc., Riyaz Jamal, Karim Jamal and Stalwart Trading Corporation (Defendants)

INDEXED AS: INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORP. v. PRINTECH RIBBONS INC. (T.D.)

Trial Division, Nadon J.—Montréal, November 8; Ottawa, November 26, 1993.

Barristers and Solicitors — Partner in law firm representing plaintiffs signing affidavit filed in record — Whether law firm should be “disqualified” as attorney of record for plaintiffs — Policy on practice: avoid creating impression of impropriety and placing counsel in conflict of interest — Premature to order removal of law firm from entirety of proceedings as not yet certain partner will be required to testify — Upon motion to strike, plaintiffs given choice: change solicitors or file affidavit of another in lieu of partner’s.

In preparation for a trade mark infringement action, Robert A. MacDonald, a partner in the plaintiffs’ law firm, attended the premises of defendant Printech with three other persons. He then filed an affidavit explaining the purpose of the visit and responding to the defendants’ application to strike out paragraphs of the statement of claim. The matters raised in the affidavit were material to the motion to strike. This was an application to “disqualify” the plaintiffs’ law firm as attorney of record for the plaintiffs.

Held, the law firm cannot act in connection with the motion to strike, but the application is premature with respect to the main proceedings.

It is well established that it is improper for counsel to swear affidavits in support of applications which that counsel intends to argue before the Court. The reason is that counsel can avoid cross-examination thereon by invoking solicitor-client privilege.

The dispute here, however, related to whether the law firm could act or continue to act as attorney of record on behalf of the plaintiffs in a case where a lawyer of that firm had sworn an affidavit as to matters relevant to that case. Although the Canadian Bar Association’s *Code of Professional Conduct* does not permit that practice, the rules of professional conduct of the Law Society of Upper Canada do not prohibit any member of the law firm from appearing as counsel even

T-2116-93

International Business Machines Corporation, IBM Canada Limitée et Lexmark International, Inc. (demandereses)

a

c.

Printech Ribbons Inc., Riyaz Jamal, Karim Jamal et Stalwart Trading Corporation (défendeurs)

b

RÉPERTORIÉ: INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORP. c. PRINTECH RIBBONS INC. (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Nadon—Montréal, 8 novembre; Ottawa, 26 novembre 1993.

Avocats et procureurs — Un associé du cabinet d’avocats qui représente les demandereses a souscrit un affidavit produit en preuve — Le cabinet d’avocats devrait-il être «écarté» à titre de procureur inscrit au dossier pour les demandereses? — Politique à l’égard de cette pratique: éviter de créer une impression d’inconvenance et de placer l’avocat dans une situation de conflit d’intérêts — Trop tôt pour ordonner l’exclusion du cabinet d’avocats de la totalité des procédures puisqu’il n’est pas certain que l’associé sera tenu de témoigner — Dans le cadre de la requête en radiation, les demandereses ont le choix: changer d’avocats ou substituer un nouvel affidavit à celui de l’associé.

Lors de la préparation d’une action en contrefaçon de marque de commerce, M^e Robert A. MacDonald, associé du cabinet d’avocats des demandereses, s’est rendu dans les locaux de la défenderesse Printech avec trois autres personnes. Il a par la suite déposé un affidavit expliquant l’objet de la visite et répondant à la requête des défendeurs visant à faire radier certains paragraphes de la déclaration. Les questions soulevées dans l’affidavit avaient un lien direct avec la requête en radiation. Il s’agissait d’une demande visant à «écarter» le cabinet d’avocats à titre de procureurs inscrits au dossier pour les demandereses.

Jugement: le cabinet d’avocats ne peut occuper à l’égard de la requête en radiation, mais la demande est prématurée en ce qui a trait à la procédure principale.

Il est bien établi qu’il n’est pas loisible à un procureur de souscrire des affidavits à l’appui de requêtes qu’il entend défendre devant la Cour. Cela s’explique par le fait que le procureur peut éviter d’être contre-interrogé à cet égard en se retranchant derrière le secret professionnel.

Le différend portait plutôt sur la question de savoir si le cabinet d’avocats pouvait occuper ou continuer d’occuper pour les demandereses dans une affaire où un avocat de ce cabinet avait souscrit un affidavit à l’égard de questions pertinentes. Même si le *Code de déontologie professionnelle* de l’Association du Barreau canadien ne permet pas cette pratique, les règles de déontologie du Barreau du Haut-Canada n’interdisent pas à un membre du cabinet d’avocats d’occuper à titre d’avo-

though evidence from a partner of that firm is before the Court and is relied upon. Nevertheless, the policy in this regard should be as enunciated by Ferguson J. in *Heck v. Royal Bank of Canada* (1993), 12 O.R. 111 (Gen. Div.): "the practice should generally not be permitted because it may create an impression of impropriety and unfairness in the mind of the public and because it places counsel in an unacceptable conflict of interest where counsel's duty to the court conflicts with counsel's duty of loyalty and protection to the witness who is a business associate and counsel's duty to provide objective advice and representation to the client."

However, this policy must be tempered by the fact that an order restraining a law firm from representing a client will deprive the client of his fundamental right to the counsel and law firm of his choice. So a motion, brought at an early stage of proceedings, to have an entire law firm removed as counsel of record will not be granted unless the Court is satisfied that the attorney from that firm is certain or very likely to testify.

In the present case, the Court could not, at this stage of the proceedings, order the removal of the law firm from the entirety of the proceedings in this litigation. It was not clear that the attorney's evidence was relevant or would be relevant to the issues that would have to be determined by the trial judge.

With respect to the motion to strike, since the evidence related to a point of substance relevant to the motion, in order to ensure the independence of counsel, should MacDonald's evidence be relied upon, the law firm could not be permitted to act at all in connection with it, including on the cross-examination of the affidavits. The plaintiffs were given 15 days to appoint solicitors to represent them for the purpose of the motion to strike or to file an affidavit in lieu of MacDonald's (three other persons witnessed the events referred to in the affidavit and could swear an affidavit regarding those events).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, s. 56(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Heck v. Royal Bank of Canada (1993), 12 O.R. (3d) 111; supplementary reasons (1993), 15 O.R. (3d) 127 (Gen. Div.); *Brasserie O'Keefe Ltée c. Lauzon*, [1988] R.J.Q. 2833 (Sup. Ct.); *Carlson v. Loraas Disposal Services Ltd.* (1988), 30 C.P.C. (2d) 181; 70 Sask. R. 161 (Q.B.).

cat même si un associé de ce cabinet a porté devant la Cour une déclaration qui sera invoquée en preuve. Néanmoins, la politique en cette matière devrait correspondre à celle qu'a énoncée le juge Ferguson dans la décision *Heck v. Royal Bank of Canada* (1993), 12 O.R. 111 (Div. Gén.): [TRADUCTION] «cette pratique ne devrait pas être permise de façon générale parce qu'elle peut créer une impression d'inconvenance et de manque d'équité dans la perception du public et qu'elle place l'avocat dans une situation inacceptable de conflit d'intérêts où son devoir envers la cour entre en conflit avec son devoir de loyauté et de protection envers le témoin qui est un associé professionnel et avec son devoir de conseil objectif et de représentation envers son client».

Toutefois, cette politique doit être tempérée par le fait qu'une ordonnance qui empêcherait un cabinet d'avocats de représenter un client priverait le client de son droit fondamental de retenir les services de l'avocat et du cabinet d'avocats de son choix. Par conséquent, il n'y a pas lieu de faire droit à la requête qui cherche, à un stade liminaire des procédures, à écarter tout un cabinet d'avocats de la possibilité d'occuper comme procureur inscrit au dossier, à moins qu'il ne soit établi à la satisfaction de la Cour que l'avocat de ce cabinet est certain de témoigner, ou vraiment susceptible d'être appelé à témoigner.

En l'espèce, la Cour ne pouvait, à cette étape des procédures, exclure le cabinet d'avocats de la totalité des procédures dans le présent litige. Il ne lui apparaissait pas clairement que le témoignage de l'avocat soit ou puisse devenir pertinent relativement aux points en litige que le juge du procès sera appelé à trancher.

En ce qui a trait à la requête en radiation, puisque la déclaration portait sur un point important de la requête, pour protéger l'indépendance de l'avocat si la déclaration de M^c MacDonald devait être invoquée, le cabinet d'avocats ne peut occuper à l'égard de la requête, y compris le contre-interrogatoire sur les affidavits. La Cour a accordé 15 jours aux demanderesse pour constituer les nouveaux procureurs qui seront chargés de les représenter pour les fins de la requête en radiation, ou pour déposer un affidavit qui viendra se substituer à celui de M^c MacDonald (trois autres personnes ont été témoins des événements mentionnés dans l'affidavit et pouvaient souscrire un affidavit à ce sujet).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, ch. T-10, art. 56(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Heck v. Royal Bank of Canada (1993), 12 O.R. (3d) 111; motifs supplémentaires (1993), 15 O.R. (3d) 127 (Div. Gén.); *Brasserie O'Keefe Ltée c. Lauzon*, [1988] R.J.Q. 2833 (C.S.); *Carlson v. Loraas Disposal Services Ltd.* (1988), 30 C.P.C. (2d) 181; 70 Sask. R. 161 (B.R.).

CONSIDERED:

Lex Tex Canada Ltd. v. Duratex Inc., [1979] 2 F.C. 722; (1979), 13 C.P.C. 153; 42 C.P.R. (2d) 185 (T.D.); *College Marketing and Research Canada (CMRC) Corporation et al. v. Volkswagenwerk Aktiengesellschaft* (1980), 53 C.P.R. (2d) 37 (F.C.T.D.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Irving Equipment*, [1988] 1 F.C. 27; (1986), 39 D.L.R. (4th) 341; 33 C.C.C. (3d) 447; 16 C.P.R. (3d) 26; 27 C.R.R. 78; 8 F.T.R. 107 (T.D.); *Planned Insurance Portfolios Co. v. Crown Life Insurance Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 271; 58 D.L.R. (4th) 106; 36 C.P.C. (2d) 218 (H.C.); *Enerchem Ship Management Inc. v. Coastal Canada (The)*, [1988] 3 F.C. 421; (1988), 83 N.R. 256 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: Canadian Bar Association, 1974.
Law Society of Upper Canada. *Professional Conduct Handbook*. Toronto: L.S.U.C., January, 1987.

APPLICATION to disqualify law firm as attorney of record for the plaintiffs because a partner had signed an affidavit which the plaintiffs filed in the record. Application allowed with respect to the motion to strike but considered premature with respect to the main proceedings.

COUNSEL:

Robert A. MacDonald for plaintiffs.
Louis Linteau for defendants.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for plaintiffs.
Legault, Longtin, Laurin, Halpin, Montréal, for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

NADON J.: This is an application by the defendants Printech Ribbons Inc. ("Printech"), Riyaz Jamal and Karim Jamal ("the defendants") to "disqualify" Messrs. Gowling, Strathy & Henderson ("the law firm") as attorneys of record for the plaintiffs.

Specifically, the defendants submit that the law firm should be disqualified because Robert A. Mac-

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Lex Tex Canada Ltd. c. Duratex Inc., [1979] 2 C.F. 722; (1979), 13 C.P.C. 153; 42 C.P.R. (2d) 185 (1^{re} inst.); *College Marketing and Research Canada (CMRC) Corporation et autre c. Volkswagenwerk Aktiengesellschaft* (1980), 53 C.P.R. (2d) 37 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Irving Equipment*, [1988] 1 C.F. 27; (1986), 39 D.L.R. (4th) 341; 33 C.C.C. (3d) 447; 16 C.P.R. (3d) 26; 27 C.R.R. 78; 8 F.T.R. 107 (1^{re} inst.); *Planned Insurance Portfolios Co. v. Crown Life Insurance Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 271; 58 D.L.R. (4th) 106; 36 C.P.C. (2d) 218 (H.C.); *Enerchem Ship Management Inc. c. Coastal Canada (Le)*, [1988] 3 C.F. 421; (1988), 83 N.R. 256 (C.A.).

DOCTRINE

Association du Barreau canadien, *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa: Association du Barreau canadien, 1974.
Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*. Toronto: Barreau du Haut-Canada, 1993.

DEMANDE visant à écarter un cabinet d'avocats à titre de procureurs inscrits au dossier pour les demandereses parce qu'un associé avait souscrit un affidavit que les demandereses ont produit en preuve. La demande est accueillie en ce qui a trait à la requête en radiation, mais jugée prématurée en ce qui a trait à la poursuite principale.

AVOCATS:

Robert A. MacDonald pour les demandereses.
Louis Linteau pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les demandereses.
Legault, Longtin, Laurin, Halpin, Montréal, pour les défendeurs.

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

LE JUGE NADON: Il s'agit d'une requête par laquelle les défendeurs Printech Ribbons Inc. («Printech»), Riyaz Jamal et Karim Jamal («les défendeurs») demandent d'«écarter» Gowling, Strathy & Henderson («le cabinet d'avocats») à titre de procureurs inscrits au dossier pour les demandereses.

Plus précisément, les défendeurs prétendent que le cabinet d'avocats devrait être écarté parce que

Donald, a partner in the law firm, signed an affidavit which the plaintiffs filed in the record.

The grounds for the application, as they appear in the defendants' application, are as follows:

- a) On September 22, 1993, Defendants Printech Ribbons Inc., Riyaz Jamal and Karim Jamal served unto Gowling, Strathy & Henderson a Notice of Motion for Security for Costs, a Notice of Motion for Conditional Appearance and a Notice of Motion to Strike out Allegations, the whole as appears from the Court record;
- b) In reply to these Motions, Mr. Robert A. MacDonald of the firm Gowling, Strathy & Henderson filed, on October 13, 1993, in the Court record, an Affidavit bearing the date of October 12, 1993;
- c) Mr. Robert A. MacDonald is a partner in the law firm of Gowling, Strathy & Henderson, as he so declares in article one of his Affidavit;
- d) Mr. Robert A. MacDonald, in his Affidavit, testifies on facts that relate directly to a material contested aspect this case;
- e) The wilful decision of Gowling, Strathy & Henderson to enter this case as witness disqualifies it to act as attorneys for the Plaintiffs;

In support of their motion to strike, the defendants filed the affidavits of Karim Jamal, a director of defendant Printech, and of Nazir Jetha, the manager for development of new products for defendant Printech. Mr. MacDonald's affidavit is in response to these affidavits. As appears from the three affidavits, Mr. MacDonald and three other persons attended the premises of defendant Printech on June 29, 1993. At paragraph 5 of his affidavit, Mr. MacDonald explains the purpose of his visit thereat as follows:

5. The Plaintiffs decided to visit Printech, unannounced, on June 29, 1993 to meet with Karim Jamal, one of the principals of the company, to seek assurances that Printech would:
- (a) immediately stop shipping counterfeit IBM® '930 printer ribbons;
 - (b) permit immediate taking of inventory of all IBM® products on hand and deliver up to any counterfeit products and samples or other IBM® products in inventory;
 - (c) permit immediate access to, and duplication of, all documents pertaining to the purchase and sale of all counterfeit IBM® products and all IBM® products that were purchased from the supplier of any counterfeit products;

M^e Robert A. MacDonald, associé de ce cabinet, a souscrit un affidavit que les demanderesse ont déposé au dossier.

Voici la teneur des moyens invoqués par les défendeurs dans leur requête:

- [TRADUCTION] a) Le 22 septembre 1993, les défendeurs Printech Ribbons Inc., Riyaz Jamal et Karim Jamal ont signifié à Gowling, Strathy & Henderson un avis de requête en garantie pour les dépens, un avis de requête en comparution conditionnelle et un avis de requête en radiation de plaidoiries, comme en fait foi le dossier de la Cour;
- b) En réponse à ces requêtes, M^e Robert A. MacDonald du cabinet Gowling, Strathy & Henderson a déposé au greffe de la Cour, le 13 octobre 1993, un affidavit daté du 12 octobre 1993;
- c) M^e Robert A. MacDonald est un associé du cabinet Gowling, Strathy & Henderson, ainsi qu'il le déclare à l'article premier de son affidavit;
- d) Dans son affidavit, M^e Robert A. MacDonald témoigne au sujet de faits qui ont un lien direct avec un aspect important du présent litige;
- e) La décision délibérée du cabinet Gowling, Strathy & Henderson d'intervenir dans la présente affaire à titre de témoin lui enlève la qualité pour agir à titre de procureurs des demanderesse.

À l'appui de leur requête en radiation, les défendeurs ont produit les affidavits de Karim Jamal, dirigeant de la défenderesse Printech, et de Nazir Jetha, directeur du développement de nouveaux produits pour la défenderesse Printech. L'affidavit de M^e MacDonald fait suite à ces affidavits. Il ressort des trois affidavits que M^e MacDonald et trois autres personnes se sont trouvés dans les locaux de la défenderesse Printech, le 29 juin 1993. Au paragraphe 5 de son affidavit, M^e MacDonald explique ainsi le but de sa visite à cet endroit:

- [TRADUCTION] 5. Les demanderesse ont décidé de visiter Printech, à l'improviste, le 29 juin 1993, afin d'y rencontrer Karim Jamal, l'un des dirigeants de la société, pour obtenir l'assurance que Printech:
- a) arrêterait immédiatement d'expédier des rubans d'imprimante IBM® '930 contrefaits;
 - b) permettrait la tenue immédiate d'un inventaire de tous les produits IBM® sur place et remettrait tous les produits et échantillons contrefaits ou tous les autres produits IBM® en stock;
 - c) permettrait l'accès immédiat, avec possibilité de reproduction, à tous les documents afférents à l'achat et à la vente de tous les produits IBM® contrefaits et de tous les produits IBM® qui ont été achetés du fournisseur de tout produit contrefait;

- (d) cooperate in any investigation and prosecution of those who are selling or offering to sell counterfeit IBM® products; and,
- (e) pay to the Plaintiffs the gross profits earned on the sale of counterfeit IBM® products.

Paragraphs 4 to 24 of Mr. MacDonald's affidavit respond to the defendants' application to strike out paragraphs 36, 37 and 38 of the plaintiffs' statement of claim. These paragraphs reply directly to paragraphs 4 through 13 of the motion to strike and the affidavits in support thereof signed by Messrs. Jamal and Jetha.

To put it mildly, Mr. MacDonald's version of the events of June 29, 1993 is not in agreement with that of Messrs. Jamal and Jetha.

The defendants argue that the matters raised in the affidavits, including that of Mr. MacDonald, are material to the allegations which appear in paragraphs 36, 37 and 38 of the statement of claim, which read as follows:

36. The Plaintiffs have requested that the Defendants cease all use of the IBM trade-marks and the IBM trade dress and such request has been refused.

37. Unless restrained by this Honourable Court, the Defendants threaten to continue the activities complained of herein.

38. By reason of the aforesaid acts of the Defendants, the Plaintiffs have suffered damage and the Defendants have made and continue to make a profit.

Thus, the defendants submit, Mr. MacDonald cannot continue to act as an attorney of record. The defendants further submit that the law firm itself cannot continue to act.

Before I go any further, I wish to make it clear that I have not been seized with the defendants' motion to strike. Rather, I am being asked to decide whether the law firm can continue to represent the plaintiffs in this case and, in particular, whether the law firm can represent the plaintiffs in connection with the defendants' application to strike.

The defendants rely primarily on two decisions, namely *Heck v. Royal Bank of Canada* (1993), 12

- d) coopérerait à toute enquête et poursuite visant des personnes qui vendent ou offrent en vente des produits IBM® contrefaits; et
- e) payerait aux demandereses le profit brut tiré de la vente de produits IBM® contrefaits.

a

Les paragraphes 4 à 24 de l'affidavit de M^c MacDonald répondent à la requête en radiation des paragraphes 36, 37 et 38 de la déclaration des demandereses. Ils répondent directement aux paragraphes 4 à 13 de la requête en radiation et aux affidavits souscrits par MM. Jamal et Jetha à l'appui de cette requête.

c

Pour parler par euphémisme, la version des événements du 29 juin 1993 donnée par M^c MacDonald ne correspond pas du tout à celle de MM. Jamal et Jetha.

d

Les défendeurs prétendent que les questions soulevées dans les affidavits, y compris celui de M^c MacDonald, ont un lien substantiel avec les allégations qui figurent aux paragraphes 36, 37 et 38 de la déclaration, qui portent:

e

[TRADUCTION] 36. Les demandereses ont demandé aux défendeurs de mettre fin à toute utilisation des marques de commerce IBM et des présentations IBM, et elles ont essuyé un refus.

f

37. À moins d'en être empêchés par la Cour, les défendeurs menacent de poursuivre les activités qui leur sont reprochées par les présentes.

g

38. Par suite des actes susmentionnés des défendeurs, les demandereses ont subi des préjudices et les défendeurs ont fait et continuent de faire des profits.

h

Les défendeurs font donc valoir que M^c MacDonald ne peut continuer à occuper à titre de procureur inscrit au dossier. Ils font en outre valoir qu'il en est ainsi pour le cabinet d'avocats lui-même.

i

Avant de poursuivre, je tiens à préciser que je ne suis pas saisi de la requête en radiation présentée par les défendeurs. Je suis plutôt appelé à déterminer si le cabinet d'avocats peut continuer à représenter les demandereses dans la présente affaire et, plus particulièrement, si le cabinet d'avocats peut représenter les demandereses à l'égard de la requête en radiation présentée par les défendeurs.

j

Les défendeurs se fondent principalement sur deux décisions, à savoir *Heck v. Royal Bank of Canada*

O.R. (3d) 111¹ (Gen. Div.) and *Brasserie O'Keefe Ltée c. Lauzon*, [1988] R.J.Q. 2833 (Sup. Ct.). The defendants also refer to three (3) decisions rendered by this Court, namely *Lex Tex Canada Ltd. v. Duratex Inc.*, [1979] 2 F.C. 722; *College Marketing and Research Canada (CMRC) Corporation et al. v. Volkswagenwerk Aktiengesellschaft* (1980), 53 C.P.R. (2d) 37 and *Canada (Director of Investigation and Research) v. Irving Equipment*, [1988] 1 F.C. 27.

In *Lex Tex*, the defendant filed an application to strike the plaintiff's statement of claim and in support thereof, the solicitor of record signed an affidavit. The solicitor was cross-examined on his affidavit and "repeatedly refused to answer many of the questions put to him on the grounds of solicitor-and-client privilege." In view of this, Addy J. rejected the evidence contained in the solicitor's affidavit. In so doing, Addy J. wrote as follows, at pages 723-724:

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-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.

In *College Marketing*, Cattanach J. was faced with an application for leave to file a notice of appeal

¹ This decision was rendered by Ferguson J. on January 28, 1993. On September 3, 1993, Ferguson J. delivered supplementary reasons in order to clarify his reasons for judgment [(1993), 15 O.R. (3d) 127].

(1993), 12 O.R. (3d) 111 (Div. Gén.)¹ et *Brasserie O'Keefe Ltée c. Lauzon*, [1988] R.J.Q. 2833 (C.S.). Les défendeurs citent aussi trois (3) décisions rendues par notre Cour, à savoir *Lex Tex Canada Ltd. c. Duratex Inc.*, [1979] 2 C.F. 722; *College Marketing and Research Canada (CMRC) Corporation et autre c. Volkswagenwerk Aktiengesellschaft* (1980), 53 C.P.R. (2d) 37, et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Irving Equipment*, [1988] 1 C.F. 27.

Dans l'affaire *Lex Tex*, la défenderesse avait présenté une requête en radiation de la déclaration de la demanderesse et, à l'appui de la requête, le procureur inscrit au dossier avait souscrit un affidavit. Le procureur a été contre-interrogé au sujet de son affidavit mais il a «refusé, à maintes reprises, de répondre à nombre de questions qui lui ont été posées, se retranchant derrière le secret professionnel». Dans ce contexte, le juge Addy a rejeté les éléments de preuve compris dans l'affidavit du procureur et prononcé les motifs suivants, aux pages 723 et 724:

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 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.

Dans l'affaire *College Marketing*, le juge Cattanach était saisi d'une demande de prorogation du

¹ Cette décision a été rendue par le juge Ferguson le 28 janvier 1993. Le 3 septembre 1993, le juge Ferguson a produit des motifs supplémentaires pour clarifier les motifs de son jugement [(1993), 15 O.R. (3d) 127].

beyond the time prescribed by subsection 56(1) of the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, c. T-10. The affidavit of L. C. Cohen, a barrister and solicitor was filed on behalf of the applicant. In addressing the issue before him, Cattanach J. states, at page 40, that:

On the other hand he is the affiant to the allegations in the supporting affidavit. He there describes himself as the president and director of the applicants and then proceeds to swear to matters of substance. If he is acting as the solicitor for the applicants then he is not competent to swear this affidavit. A solicitor is not competent to conduct litigation in which he is a witness.

Cattanach J. then goes on to say that he agrees entirely with the decision rendered by Addy J. in *Lex Tex*, *supra*.

In *Director of Investigation and Research*, Muldoon J. was concerned with a motion for an order of confidential retention of information, with limited access, unless and until a charge be laid against the respondents. The motion was supported by the affidavit of the counsel of record. Muldoon J. began his discussion of the issue by stating that “[t]o purport to be both counsel and witness in one and the same litigious matter is bad practice in this Court and, as well, objectively” (page 33).

Muldoon J. then went on to state that “[t]here are at least three good reasons for rejecting affidavits sworn by solicitors and counsel for a party.” At pages 33 and 34, he wrote as follows:

First, everyone including the speaker has the right and obligation to be perfectly clear about whether he or she speaks as a witness or as a professional adviser. Second is the possibility of conflict with professional responsibility. Affidavits like oral testimony are expressed solemnly upon oath or the legal (if not moral) equivalent thereof. No counsel or solicitor, who is, after all, an officer of the Court, ought even to place himself or herself into the quandary or risking a conflict of interest between remunerative (but yet honourable) advocacy and possibly unpalatable truth sworn on oath. See subsection 11(3) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]. No witness can deal objectively with the weight or credibility of his own testimony. Lawyers for opposing parties ought not to be exigible to cross-examination by each other, for fear of sacrifice of one role for the other, or the lamentable appearance of such sacrifice. Third, unless the solicitor or counsel obtain the previous blanket absolution of the client, then he or she will be obliged to assert the client’s solicitor-and-client privilege men-

délai d’appel au-delà du délai prévu au paragraphe 56(1) de la *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, ch. T-10. L’affidavit de L. C. Cohen, avocat, a été déposé pour le compte des requérantes.

a Saisi de cette question, le juge Cattanach déclare, à la page 40, que:

Par ailleurs, il est l’auteur des déclarations faites sous serment dans l’affidavit déposé à l’appui de la demande. Il s’y dit président et directeur des sociétés requérantes, et y fait sous serment des déclarations touchant des questions importantes. S’il est le solicitor des requérantes, il n’a pas le droit de faire cet affidavit. Un solicitor ne peut occuper à un litige dans lequel il est également témoin.

b Le juge Cattanach poursuit en affirmant qu’il est entièrement d’accord avec la décision rendue par le juge Addy dans l’affaire *Lex Tex*, précitée.

c Dans l’affaire *Directeur des enquêtes et recherches*, le juge Muldoon était saisi d’une requête en vue d’obtenir une ordonnance de rétention confidentielle d’une dénonciation avec accès limité jusqu’à ce qu’une accusation ait été portée contre les intimées. La requête était appuyée par l’affidavit du procureur inscrit au dossier. Le juge Muldoon commence son examen de ce point en déclarant que «[p]référer agir devant cette Cour en qualité d’avocat et de témoin dans le même dossier litigieux est une mauvaise habitude, et ce, même objectivement» (page 33).

d Le juge Muldoon poursuit en déclarant qu’«[i]l existe au moins trois bonnes raisons de rejeter les affidavits faits sous serment par les procureurs et les avocats d’une partie». Aux pages 33 et 34, il écrit:

e En premier lieu, toute personne, y compris celui qui parle, a le droit et l’obligation de ne laisser aucun doute sur la question de savoir s’il parle comme témoin ou comme conseiller professionnel. En deuxième lieu, l’avocat qui souscrit ce genre d’affidavit risque de se trouver en situation de conflit avec sa responsabilité professionnelle. Tout comme les témoignages oraux, les affidavits sont exprimés solennellement sous serment ou sous son équivalent légal (sinon moral). L’avocat ou le procureur qui est, après tout, un officier de justice, ne devrait jamais se mettre dans une situation embarrassante et risquer un conflit d’intérêts entre sa fonction rémunérée (mais néanmoins honorable) d’avocat et la vérité, qui risque d’être désagréable, qu’il a communiquée sous serment. Voir le paragraphe 11(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10]. Aucun témoin ne peut objectivement apprécier la valeur ou la crédibilité de son propre témoignage. Il ne devrait pas être possible d’obliger un avocat à subir le contre-interrogatoire de l’avocat de la partie adverse, de crainte qu’il ne sacrifie un de

tally when formulating the affidavit and, of course, orally only when being cross-examined on it.

Because of special circumstances, Muldoon J. accepted in evidence the affidavit sworn to by the solicitor. However, he concluded that part of his judgment by saying, at page 34:

So be it, on this one occasion only, but never again, without the most compellingly persuasive reasons which can hardly be imagined.

In these three (3) cases, the issue which the Court had to decide was whether the affidavits sworn to by a lawyer could be introduced as evidence in support of the applications before the Court for which that particular lawyer intended to argue. The cases stand for the proposition that save for special circumstances, such affidavits should not be admitted into evidence. In these cases, there may be found no discussion of the issue which is before me, i.e., whether other lawyers of the same firm as the lawyer signing the affidavit can argue the case.

I now turn to *Brasserie* and *Heck* which are cases where the precise issue before me has been considered. I begin with *Brasserie*. At a hearing concerning a labour grievance, an objection to evidence sought to be introduced by the employer was maintained by a labour tribunal. The employer launched a judicial review application, claiming that the labour tribunal had exceeded its jurisdiction when it rejected the employer's proof. In support of its application, the employer filed a detailed affidavit signed by its attorney of record. This proof was countered by affidavits signed by the three (3) members of the labour tribunal. Prior to the hearing of the judicial review application, the Union applied to the Court for an order rejecting the affidavit signed by the employer's attorney of record and declaring that neither the said attorney, nor any member of his firm, could continue to act for the employer.

ses rôles ou qu'il ne donne la lamentable impression de le faire. En troisième lieu, à moins qu'il n'obtienne au préalable de son client qu'il le délègue de façon absolue, le procureur ou l'avocat devra invoquer mentalement le privilège du secret professionnel de son client lorsqu'il formule l'affidavit et, évidemment, l'invoquer oralement seulement lorsqu'il sera contre-interrogé à son sujet.

En raison de circonstances spéciales, le juge Muldoon a accepté en preuve l'affidavit souscrit par le procureur. Il a néanmoins conclu cette partie de son jugement de la façon suivante, à la page 34:

Que ce soit pour la dernière fois, à moins que les raisons les plus convaincantes qu'on puisse imaginer soient invoquées.

Dans ces trois (3) affaires, la Cour était saisie de la question de savoir si les affidavits souscrits par un avocat pouvaient être produits en preuve à l'appui de requêtes que le même avocat avait l'intention de plaider devant la Cour. Ces décisions portent toutes que, sauf en cas de circonstances exceptionnelles, de tels affidavits ne devraient pas être admis en preuve. Ces décisions n'examinent toutefois pas la question que je suis appelé à trancher en l'espèce, à savoir si d'autres avocats du cabinet de l'avocat qui a souscrit l'affidavit peuvent plaider la cause.

Je passe maintenant aux décisions *Brasserie* et *Heck*, où la question précise dont je suis saisi a été examinée. Je commencerai par *Brasserie*. Lors d'une audience portant sur un grief en droit du travail, le Tribunal du travail a accueilli une objection présentée contre un élément de preuve que l'employeur cherchait à introduire. L'employeur a présenté une demande de révision judiciaire en prétendant que le Tribunal du travail avait outrepassé la limite de sa compétence lorsqu'il a rejeté la preuve de l'employeur. À l'appui de sa demande, l'employeur a déposé un affidavit détaillé souscrit par son procureur au dossier. Cette preuve a été contredite par des affidavits souscrits par les trois (3) membres du Tribunal du travail. Avant l'audition de la demande de révision judiciaire, le syndicat a demandé à la Cour une ordonnance portant rejet de l'affidavit souscrit par le procureur au dossier de l'employeur et déclarant que ni le procureur en cause, ni quelque membre de son cabinet, ne pouvaient continuer à occuper pour l'employeur.

After reviewing the case law and the relevant codes of professional conduct, Tessier J. of the Quebec Superior Court held that the employer's attorney's evidence was admissible, but that neither the attorney of record, nor any member of his firm, could continue to represent the client. Tessier J. then stated that the attorney and his firm, should they wish to remain attorneys of record, had no choice but to withdraw the affidavit. Failing the withdrawal of the affidavit, the employer would have to appoint new attorneys. In arriving at this conclusion, Tessier J. emphasized the fact that the affidavit signed by the employer's attorney dealt with a point of substance. At page 2841, the learned Judge writes as follows:

[TRANSLATION] The facts reported in the *affidavit* could not be initially disputed. However, they were subsequently challenged! If Mr. Perron had appeared at the hearing to testify the Court could have checked with counsel for the mis-en-cause whether the possible content of his testimony was in dispute. The answer is now clear: the matter was in dispute. Similarly, the *affidavit* does not concern a question of form and good evidence is offered to contradict it. Moreover, the applicant found it to contain a basis for challenging the respondent's jurisdiction.

In support of his decision that neither the attorney nor any other member of his firm could act, the learned Judge found support in the Canadian Bar Association's *Code of Professional Conduct* adopted in 1974 [the edition quoted from] and revised in 1987. At chapter 8 thereof, under the title "The Lawyer As Advocate", commentary no. 3 reads as follows:

3. The lawyer should not submit his own affidavit to or testify before a tribunal in any proceedings in which he appears as advocate, save as permitted by local rules or practice or as to purely formal or uncontroverted matters. This also applies to the lawyer's partners and associates: generally speaking they should not testify in such proceedings except as to merely formal matters. Nor should the lawyer express his personal opinions or beliefs, or assert as fact anything that is properly subject to legal proof, cross-examination or challenge. He must not make himself in effect an unsworn witness or put his own credibility in issue. If the lawyer is a necessary witness he should testify and the conduct of the case should be entrusted to another lawyer. The lawyer who was a witness in the proceedings should not appear as advocate in any appeal from the decision in those proceedings. There are no restrictions upon the advocate's right to cross-examine a fellow lawyer, and the lawyer who does appear as a witness should not expect to receive special treatment by reason of his professional status.

Après avoir passé en revue la jurisprudence et les codes de déontologie pertinents, le juge Tessier de la Cour supérieure du Québec a conclu que la déclaration du procureur de l'employeur était admissible, mais que ni le procureur au dossier, ni quelque membre de son cabinet, ne pouvaient continuer à représenter le client. Le juge Tessier a ensuite déclaré que si le procureur et son cabinet désiraient conserver leur qualité de procureurs au dossier, ils n'avaient d'autre choix que de retirer l'affidavit. Sans le retrait de cet affidavit, l'employeur serait obligé de constituer de nouveaux procureurs. En arrivant à cette conclusion, le juge Tessier a souligné le fait que l'affidavit souscrit par le procureur de l'employeur portait sur un point important. À la page 2841, le juge écrit:

Les faits rapportés à l'*affidavit* pouvaient ne pas être contestés à l'origine. Ils l'ont cependant été par la suite! Si M^e Perron avait comparu à l'audience pour y rendre témoignage, la Cour aurait vérifié auprès du procureur des mis en cause si le contenu éventuel de son témoignage était contesté ou non. La réponse est maintenant évidente: il s'agit d'une affaire contestée. De même, l'*affidavit* ne porte pas sur une question de forme et une preuve sérieuse est offerte pour le contredire. D'ailleurs, la requérante y trouve motif à attaquer la juridiction des intimés.

À l'appui de sa décision portant que ni l'avocat ni quelque autre membre de son cabinet ne pouvait occuper, le juge a cité le *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien, adopté en 1974 [c'est cette édition qui est citée] et révisé en 1987. Au chapitre 8 de ce code, sous le titre «La représentation en justice», le commentaire n^o 3 porte:

3. L'avocat ne doit jamais présenter sa propre déclaration assermentée ni témoigner dans une affaire où il est l'avocat d'une des parties, sauf dans la mesure où les règles de pratique locales le permettent ou s'il s'agit de questions de pure forme ou sans caractère litigieux. L'observation vaut également pour les associés de l'avocat: en règle générale, ils ne doivent pas témoigner dans ce cas, si ce n'est sur des questions de pure forme. L'avocat ne doit pas exprimer son opinion personnelle ni prendre pour acquis ce qui demeure à prouver. Il ne doit pas se conduire en témoin non assermenté ni mettre sa propre crédibilité en jeu. D'un autre côté, si le témoignage de l'avocat est absolument nécessaire, la conduite du procès doit être confiée à un confrère. L'avocat qui a témoigné dans une affaire ne doit jamais plaider en appel dans la même affaire. Rien n'empêche par ailleurs un avocat de procéder au contre-interrogatoire d'un confrère et l'avocat qui témoigne ne saurait s'attendre à bénéficier d'un traitement de faveur du fait de sa situation professionnelle.

This case stands for the proposition that neither the attorney of record nor any member of his firm, should they wish to testify *viva voce* or by way of affidavit evidence on a point of substance, can act at a hearing or trial where the evidence in question is used or relied upon.

I now turn to *Heck*. In that case, prior to trial, the likelihood that lawyers from the law firms which represented the plaintiff and the defendant might have to testify at the trial became apparent. This matter was raised before *Ferguson J.* at a pre-trial conference. *Ferguson J.* wrote, at page 115:

These potential lawyer witnesses would testify as [*sic*] the history and as to the reasonableness of the manner in which the bank conducted the mortgage litigation. There will be a serious dispute as to whether the counsel representing the bank conducted the "mortgage actions" with reasonable care and dispatch and in a manner which fulfilled any duty owed by the bank to the plaintiff.

After hearing representations from both sides, *Ferguson J.* ordered that the attorneys who might be called upon as witnesses, or who were present or former members of the same law firm as the potential lawyer witnesses, should not act as counsel at trial.

In reaching this decision, *Ferguson J.* reviewed the relevant case law and authorities with respect to evidence to be given by lawyers in a case where they are acting, or where a member of their firm is acting, as attorney of record. *Ferguson J.* discussed three (3) possible scenarios, namely:

- 1) where the counsel is to be a witness at the hearing;
- 2) where the counsel has previously given evidence by swearing an affidavit or by testifying at an earlier stage of the proceeding; and finally
- 3) where a witness will be called who is a current or former member of the same law firm as counsel.

There is no doubt that the facts of this case closely resemble those of the second scenario. In respect

Cette décision appuie le principe selon lequel ni le procureur inscrit au dossier ni quelque membre de son cabinet, s'ils désirent témoigner de vive voix ou au moyen d'un affidavit sur un point important, ne peuvent occuper dans une audience ou un procès lorsque la déclaration en question est utilisée ou invoquée.

Je passe maintenant à la décision *Heck*. Dans cette affaire, la possibilité que les avocats qui représentaient le demandeur et la défenderesse soient appelés à témoigner au procès s'est manifestée dès avant le début du procès. La question a été soulevée devant le juge *Ferguson* au cours de la conférence préliminaire. Le juge *Ferguson* a écrit, à la page 115:

[TRADUCTION] Ces avocats potentiellement témoins témoigneraient en ce qui concerne l'historique et le caractère raisonnable de la façon dont la banque a engagé l'affaire hypothécaire. Il y aura un débat sérieux sur la question de savoir si l'avocat qui représentait la banque s'est occupé des «actions hypothécaires» avec le soin et la diligence raisonnables et d'une façon qui satisfaisait à toute obligation de la banque envers le demandeur.

Après avoir entendu les observations des deux parties, le juge *Ferguson* a conclu que les avocats susceptibles d'être appelés à témoigner, ou qui étaient des membres présents ou anciens du cabinet des avocats potentiellement témoins, ne devraient pas occuper comme avocats au procès.

Dans ses motifs, le juge *Ferguson* a passé en revue la jurisprudence pertinente et les auteurs au sujet du témoignage qui peut être donné par des avocats dans une affaire où eux-mêmes, ou un membre de leur cabinet, occupent comme procureurs inscrits au dossier. Le juge *Ferguson* a examiné les trois (3) possibilités suivantes:

- 1) lorsque l'avocat est appelé à témoigner à l'audience;
- 2) lorsque l'avocat a déjà fait une déclaration au moyen d'un affidavit ou par témoignage oral à une étape antérieure de la procédure;
- 3) lorsqu'on appellera à témoigner un membre actuel ou ancien du cabinet de l'avocat.

Il ne fait aucun doute que les faits de l'espèce ressemblent beaucoup à ceux de la deuxième possibilité.

thereto, Ferguson J. stated as follows, at page 118 [as am. by (1993), 15 O.R. (3d) 127, at page 127]:

The cases on this issue are consistently of the view that a lawyer cannot appear as counsel on a motion, at trial or on appeal in a case where he or she has earlier given evidence which is going to be used on that motion, trial or appeal.

There is no dispute between the parties, or at least I believe there is none, that Mr. MacDonald himself cannot act if his evidence is used or will be used. The dispute relates to whether the law firm can act or continue to act on behalf of the plaintiffs under such circumstances.

Mr. Linteau, for the defendants, argued that Mr. MacDonald's evidence goes to an issue of substance which will not only be relevant at the hearing of the motion to strike, but will be relevant at trial as well. It is Mr. Linteau's submission that Mr. MacDonald's evidence goes to the heart of the plaintiffs' claim that it is entitled to an injunction. Thus, his submission that the law firm must withdraw from the record, or be ordered to withdraw.

Among the cases referred to by Ferguson J. in *Heck* was the decision of the Ontario High Court in *Planned Insurance Portfolios Co. v. Crown Life Insurance Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 271. In that case, Rosenberg J. allowed the testimony (at trial) of a lawyer associated with the attorney of record's firm. In the course of his decision, Rosenberg J. commented upon the practice of lawyers appearing at a hearing where their evidence was before the Court and was relied upon. Ferguson J., at page 120, summarized Rosenberg J.'s comments as follows:

1. He noted that the codes of professional conduct of the Canadian Bar Association and the Law Society are not binding on the court;
2. He found that the Law Society rules appear to deliberately delete the reference to this practice which is prohibited in the C.B.A. Code.
3. He observed that it is the practice in Ontario for counsel to appear on motions where their partners have sworn affidavits even on controversial matters;

Le juge Ferguson avait ceci à dire au sujet de cette possibilité, à la page 118 [mod. par (1993), 15 O.R. (3d) 127, à la page 127]:

[TRADUCTION] La jurisprudence constante sur cette question porte qu'un avocat ne peut occuper à l'égard d'une requête, d'un procès ou d'un appel dans une affaire où il a déjà fait une déclaration qui servira dans le cadre de la requête, du procès ou de l'appel.

Les parties ne contestent pas, du moins je le crois, que M^e MacDonald lui-même ne peut occuper si son témoignage est ou sera invoqué. Le différend porte plutôt sur la question de savoir si le cabinet d'avocats peut occuper ou continuer d'occuper pour les demanderessees dans de telles circonstances.

M^e Linteau a fait valoir pour les défendeurs que le témoignage de M^e MacDonald porte sur une question importante qui sera pertinente non seulement au moment de l'audition de la requête en radiation, mais aussi au moment du procès. Selon M^e Linteau, le témoignage de M^e MacDonald porte directement sur la prétention des demanderessees qu'elles ont droit à une injonction. Par conséquent, selon son argumentation, le cabinet d'avocats doit se retirer du dossier ou être enjoint de le faire.

Dans la décision *Heck*, le juge Ferguson mentionne entre autres affaires la décision rendue par la Haute Cour de l'Ontario dans l'affaire *Planned Insurance Portfolios Co. v. Crown Life Insurance Co.* (1989), 68 O.R. (2d) 271. Dans cette affaire, le juge Rosenberg a accueilli le témoignage (au procès) d'un associé du cabinet du procureur inscrit au dossier. Dans sa décision, le juge Rosenberg a commenté la pratique permettant à des avocats d'occuper dans une audience où leur témoignage a été produit devant la Cour pour y être invoqué. Le juge Ferguson résume ainsi les commentaires du juge Rosenberg, à la page 120:

- [TRADUCTION] 1. Il a fait remarquer que les codes de déontologie de l'Association du Barreau canadien et de la Société du barreau ne lient pas la Cour;
2. Il a conclu que les règles de la Société du barreau semblent délibérément passer sous silence la mention de cette pratique qui est interdite dans le Code de l'A.B.C.;
 3. Il a fait observer que la pratique en Ontario permet aux avocats d'occuper à l'égard de requêtes où leurs associés ont produit des affidavits, même sur des questions controversées;

4. He noted that the C.B.A. Code specifically states that it is subject to local rules;
5. He concluded that in his case, the court should defer to the party's wishes in selecting counsel;
6. He concluded that his was not a case of possible mischief because there was no conflict of interest on the part of counsel;
7. This was not a jury trial.

At page 127 of his judgment, Ferguson J. reviewed Rosenberg J.'s comments "to consider what weight should be given when the issue arises before trial." He reviewed the comments by referring to the paragraph numbers used previously in his summary of Rosenberg J.'s comments. Ferguson J., at page 127, wrote as follows:

1. and 2.—While the Codes are useful as guides they are not determinative because the issue is one for the court to decide in its discretion to control the proceedings before it.

3.—While the practice he notes is commonplace, it is, in my experience, restricted to interlocutory proceedings and is not a common practice at trial. I think that the practice in interlocutory proceedings is distinguishable because the practice on motions is well established, because of the economics of the practice, because the "related" lawyers are giving evidence on interlocutory facts and not the main issues relating to the cause of action and the defence, and because hearing [sic] in such matters are not typically observed by the public and therefore are less likely to create any improper impression in the minds of the public. I believe these are sufficient reasons to consider this practice acceptable as an exception.

4.—I know of no established local rule or practice except in interlocutory proceedings.

5.—I do not think the interest of the client is the paramount consideration especially when the issue is dealt with before trial when it need not affect the conduct or timing of the trial.

6.—I do not think it is the proper test because of the subsequent ruling in *MacDonald Estate v. Martin*, supra. Further, I believe there is a conflict between the duties owed by counsel to the court as contrasted with those owed to the witness (as a business associate) and to the client.

7.—The presence or absence of a jury could be a significant factor when the issue arises at trial. However, the basic consideration here is the possible impression the practice may have on the public. The public does not consist only of the jury but of the public at large, including everyone in court and the media. The opposite party in the litigation is a member of the public and one can well imagine that party watching a gowned counsel call the counsel's partner as a witness and thinking

4. Il a souligné que le Code de l'A.B.C. prévoit que ses dispositions s'appliquent sous réserve des règles de pratique locales;
5. Il a conclu qu'en l'espèce, la Cour devrait s'en remettre aux désirs de la partie quant au choix de son avocat;
6. Il a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une affaire où il y avait possibilité de tort puisque l'avocat n'était pas en conflit d'intérêts;
7. Il ne s'agissait pas d'un procès devant jury.

À la page 127 de son jugement, le juge Ferguson examine les commentaires du juge Rosenberg [TRADUCTION] «sur le poids à donner lorsque la question est soulevée avant le procès». Il passe en revue les commentaires en reprenant les numéros de paragraphes qu'il a utilisés antérieurement pour résumer les commentaires du juge Rosenberg. Le juge Ferguson écrit ce qui suit, à la page 127:

[TRADUCTION] 1. et 2. S'ils sont utiles comme guides, les codes ne sont pas pour autant déterminants puisque la question en cause doit être tranchée par la cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire quant au contrôle de ses procédures.

3. Même si la pratique dont il fait état est répandue, selon mon expérience elle se limite aux procédures interlocutoires et elle n'est pas une pratique courante à l'étape du procès. Je crois qu'on peut établir une distinction en ce qui a trait à la pratique dans les procédures interlocutoires parce que la pratique dans les requêtes est bien établie, qu'elle permet des économies, que les avocats «ayant des liens» donnent une déclaration sur des faits interlocutoires et non sur les principaux points en litige portant sur la cause d'action et sur la défense, et que les auditions sur ces questions ne sont pas habituellement suivies par le public et que, partant, elles sont moins susceptibles de créer une mauvaise impression au sein du public. Je crois que ces raisons permettent de considérer cette pratique comme acceptable à titre d'exception.

4. Je ne connais aucune règle de pratique locale qui le permette ailleurs que dans des procédures interlocutoires.

5. Je ne crois pas que l'intérêt du client soit le facteur déterminant, tout spécialement lorsque la question est soulevée avant le procès et que, partant, elle n'a pas nécessairement d'effet sur le déroulement ou la date du procès.

6. Je ne crois pas qu'il s'agisse du bon critère étant donné la décision subséquente *MacDonald Estate v. Martin*, précitée. En outre, je crois qu'il y a un conflit entre les devoirs de l'avocat à l'endroit de la cour et ses devoirs à l'endroit du témoin (à titre d'associé) et du client.

7. La présence ou l'absence de jury pourrait être un facteur important lorsque la question est soulevée au cours du procès. Ici toutefois, la considération fondamentale concerne l'impression que cette pratique peut donner au public. Le public ne se limite pas au seul jury, mais il englobe le grand public, y compris tous ceux qui se trouvent devant la Cour et les médias. La partie adverse est membre du public et il est très concevable que cette partie, lorsqu'elle voit un avocat occupant appeler

“they have the counsel’s partner on their side!” That party and the public might well believe that this would influence the decision of the judge or the jury.

Rosenberg J. commented in *Planned Insurance*,^a that it is the practice in Ontario for counsel to appear on motions where their partners (or other members of the firm) have sworn affidavits, even on controversial matters. Ferguson J., while not agreeing entirely with Rosenberg J., stated that such a practice during interlocutory proceedings is “less likely to create an improper impression in the minds of the public. I believe these are sufficient reasons to consider the practice acceptable as an exception.”^b

Mr. Creber, for the plaintiffs, submits that the law firm should not be removed as solicitors of record for the entire litigation. Mr. Creber also submits that the present case falls within the interlocutory proceedings exception and that therefore the law firm can act on the motion to strike.^c

In support of his first argument, Mr. Creber submits that the Rules of Professional Conduct of the Law Society of Upper Canada (“the Ontario rules”) do not prohibit any member of the law firm from appearing as counsel even though evidence from a partner of that firm is before the Court and is relied upon. In response to this, Mr. Linteau urges me to look to the Canadian Bar Association’s *Code of Professional Conduct* which does not permit the practice which the Ontario rules seem to permit. Thus, were I to apply the Ontario rules, any member of the law firm could appear as counsel at the motion to strike and at trial, in the event that Mr. MacDonald’s evidence was relied upon, either by way of affidavit or by *viva voce* evidence. For the sake of clarity, I quote Rule 10, commentary 16(a), (b), (c) of the Ontario rules which reads as follows:^d

16. (a) The lawyer who appears as advocate should not submit the lawyer’s own affidavit to the tribunal.

(b) The lawyer who appears as advocate should not testify before the tribunal save as may be permitted by the Rules of Civil Procedure or as to purely formal or uncontroverted mat-

son associé à la barre des témoins, pense qu’ils ont l’associé de l’avocat de leur côté!». Cette partie et le public pourraient fort bien croire que cela risque d’influer sur la décision du juge ou du jury.

Dans *Planned Insurance*, le juge Rosenberg déclare que la pratique en Ontario permet aux avocats d’occuper dans des requêtes où leurs associés (ou d’autres membres de leur cabinet) ont souscrit des affidavits, même à l’égard de questions controversées. Même s’il ne souscrit pas entièrement aux propos du juge Rosenberg, le juge Ferguson déclare qu’une telle pratique lors de procédures interlocutoires est [TRADUCTION] «moins susceptibles de créer une mauvaise impression au sein du public. Je crois que ces raisons permettent de considérer cette pratique comme acceptable à titre d’exception».^e

M^e Creber fait valoir pour les demanderesse qu’on ne devait pas retirer au cabinet d’avocats sa qualité de procureur inscrit au dossier pour tout le litige. M^e Creber fait aussi valoir que la présente espèce fait partie de l’exception visant les procédures interlocutoires et que, partant, le cabinet d’avocats peut occuper à l’égard de la requête en radiation.^f

À l’appui de son premier argument, M^e Creber fait valoir que les règles de déontologie du Barreau du Haut-Canada («les règles de l’Ontario») n’interdisent pas à un membre du cabinet d’avocats d’occuper à titre d’avocat même si un associé de ce cabinet a porté devant la Cour un témoignage qui sera invoqué en preuve. En réponse à cette argumentation, M^e Linteau m’invite à examiner le *Code de déontologie professionnelle* de l’Association du Barreau canadien, qui interdit la pratique que semblent permettre les règles de l’Ontario. Par conséquent, si je devais appliquer les règles de l’Ontario, tout membre du cabinet d’avocats pourrait occuper au cours de l’audition de la requête en radiation et au cours du procès, s’il advenait que la déclaration de M^e MacDonald, souscrite par affidavit ou faite de vive voix, soit invoquée en preuve. Pour plus de clarté, je cite les commentaires 16a), b) et c) de la Règle 10 des règles de l’Ontario, qui portent:^g

16. a) L’avocate ou l’avocat qui représente une partie ne doit pas présenter son propre affidavit au tribunal.

b) L’avocat ou l’avocate qui représente une partie ne doit pas témoigner devant le tribunal sauf si les Règles de procédure civile le permettent ou sur des questions de pure forme ou

ters. Nor should the lawyer express personal opinions or beliefs, or assert as a fact anything that is properly subject to legal proof, cross-examination or challenge. The lawyer must not in effect appear as an unsworn witness or put the lawyer's own credibility in issue. The lawyer who is a necessary witness should testify and entrust the conduct of the case to another lawyer. The lawyer who was a witness in the proceedings should not appear as advocate in any appeal from the decision in those proceedings. There are no restrictions on the advocate's right to cross-examine another lawyer, however, and the lawyer who does appear as a witness should not expect to receive special treatment because of professional status.

(c) The requirements of this paragraph are at all times subject to any contrary provisions of the law or the discretion of the tribunal before which the lawyer is appearing.

Commentary 16(c) makes it clear that the Law Society did not intend its *Professional Conduct Handbook* to be binding upon the Courts, nor could it so intend. The commentary makes it clear that the requirements of the paragraph are subject to "any contrary provisions of the law or the discretion of the tribunal before which the lawyer is appearing".

On the other hand, Mr. Linteau urges me to accept the policy enunciated by Ferguson J. in *Heck*, where, at pages 129 and 130, he writes:

I conclude that this practice should generally not be permitted because it may create an impression of impropriety and unfairness in the mind of the public and because it places counsel in an unacceptable conflict of interest where counsel's duty to the court conflicts with counsel's duty of loyalty and protection to the witness who is a business associate and counsel's duty to provide objective advice and representation to the client. When any counsel's business associate's skill, judgment, veracity or integrity is challenged that counsel would have difficulty being objective.

Where counsel has a connection to a witness who will testify on issues where factual or expert credibility is at issue there is a risk and a possible perception that counsel may be inappropriately influenced by that relationship to the detriment of counsel's duties to the court and the client.

The role of counsel of record in our system requires the assumption of an independent position from which the counsel can represent the client with objectivity and fulfil counsel's duties to the court from a position of detachment. When a counsel calls as a witness a close relative or someone with whom counsel has an employment relationship, the client, the public and the presiding judge will not be assured that counsel

non controversées. L'avocat ou l'avocate ne doit pas non plus exprimer son opinion personnelle ni tenir pour acquis un point qui demeure à prouver, qui peut faire l'objet d'un contre-interrogatoire ou qui peut être contesté. L'avocat ou l'avocate ne doit pas se conduire en témoin non assermenté ni mettre sa propre crédibilité en jeu. D'un autre côté, si son témoignage est absolument nécessaire, l'avocat ou l'avocate doit témoigner et confier la conduite du procès à un ou une collègue. Le ou la membre de la profession qui a témoigné dans une affaire ne doit jamais plaider en appel dans la même affaire. Rien n'empêche par ailleurs un avocat ou une avocate de procéder au contre-interrogatoire d'un ou d'une collègue. Cependant, le ou la membre de la profession qui témoigne ne saurait s'attendre à bénéficier d'un traitement de faveur du fait de sa situation professionnelle.

(c) Le présent paragraphe s'applique sous réserve de toute disposition contraire de la loi et est assujéti au pouvoir discrétionnaire du tribunal devant lequel l'avocat ou l'avocate se présente.

Le commentaire 16c) montre clairement que le Barreau ne voulait pas que son *Code de déontologie* lie les tribunaux, ce qu'elle ne pouvait faire de toute manière. Il énonce clairement que le paragraphe s'applique «sous réserve de toute disposition contraire de la loi et est assujéti au pouvoir discrétionnaire du tribunal devant lequel l'avocat ou l'avocate se présente».

De son côté, M^e Linteau m'invite à accepter la politique énoncée par le juge Ferguson dans la décision *Heck*, aux pages 129 et 130:

[TRADUCTION] Je conclus que cette pratique ne devrait pas être permise de façon générale parce qu'elle peut créer une impression d'inconvenance et de manque d'équité dans la perception du public et qu'elle place l'avocat dans une situation inacceptable de conflit d'intérêts où son devoir envers la Cour entre en conflit avec son devoir de loyauté et de protection envers le témoin qui est un associé professionnel et avec son devoir de conseil objectif et de représentation envers son client. Il est difficile d'être objectif lorsque c'est la compétence, le jugement, la véracité ou l'intégrité de l'associé professionnel de l'avocat qui sont contestés.

Lorsque l'avocat a un lien avec un témoin appelé à déposer sur des questions où la crédibilité du témoin quant aux faits ou aux opinions d'expert est en cause, il y a un risque réel ou apparent que l'avocat soit irrégulièrement influencé par ce lien, au détriment de ses devoirs envers la Cour et envers son client.

Le rôle de l'avocat inscrit au dossier dans notre système exige que l'avocat adopte une position indépendante qui lui permette de représenter le client avec objectivité et de remplir ses obligations envers la Cour dans une position de détachement. Lorsque l'avocat appelle à la barre des témoins un membre de sa famille immédiate ou quelqu'un avec lequel il a une relation de travail, le client, le public et le juge saisi de l'affaire

will act with that degree of objectivity required by our adversary system.

This is not an issue which should turn on the wishes of the client or the witness because their acceptance of the practice could not eliminate the conflict with the duty of counsel to the court and could not eliminate any appearance of impropriety in the eyes of the public.

Indeed, I am doubtful that counsel could properly advise a client as to whether it should consent to counsel's calling a business associate as a witness. Could counsel be relied upon to give an objective assessment of that witness's evidence and of the impact of such a step on the court and the public? Would counsel not be susceptible to being influenced by the risk that the counsel would be removed from the case, and even perhaps lose future business from that client, if the client decides it did not want counsel to act?

It is of great value to the court to have independent counsel. When a party appears in person or a counsel becomes emotionally involved because he or she identifies too closely with a party or a witness, the party and counsel tend to "enter the fray" and make it difficult for the court to conduct its process and to receive the assistance it expects from counsel or officers of the court.

Notwithstanding the Ontario rules, I believe that the policy as enunciated by Ferguson J. should be followed by this Court even where Ontario lawyers are involved.

However, this policy must be, in my view, tempered by the fact that an order restraining a law firm from representing a client will deprive the client of his fundamental right to the counsel (hence the law firm) of his choice. I thereby adopt Marceau J.A.'s dissenting judgment in *Enerchem Ship Management Inc. v. Coastal Canada (The)*, [1988] 3 F.C. 421 (C.A.). In that case before the Federal Court of Appeal, the plaintiffs were seeking an order from the Court restraining a law firm from acting on behalf of the defendants on the ground of confidentiality. Although this is not the issue before me, the following words of Marceau J.A., at page 428, are nonetheless appropriate:

What the motion asks is clear and simple. It invites the Court to use its control over its proceedings and refuse to allow Campbell, Godfrey & Lewtas to represent the respondents in the action because the proper administration of justice would be jeopardized by their participation. The exceptional gravity

ne peuvent être certains que l'avocat agira avec le degré d'objectivité qu'exige notre système contradictoire.

Il ne s'agit pas d'une question qui devrait être laissée à la convenance du client ou du témoin puisque leur acceptation de cette pratique ne saurait éliminer ni le conflit avec le devoir de l'avocat envers le tribunal, ni quelque apparence d'irrégularité aux yeux du public.

En fait, je doute fort que l'avocat puisse conseiller adéquatement un client sur l'opportunité de permettre à son avocat d'appeler son associé professionnel à la barre des témoins. Peut-on s'attendre à ce que l'avocat puisse donner une évaluation objective du témoignage de ce témoin et de l'effet qu'une telle démarche risque d'avoir sur la Cour et sur le public? L'avocat n'est-il pas susceptible d'être influencé par le risque d'être écarté de l'affaire, voire de perdre de futures occasions d'affaire avec ce client, si ce dernier décide qu'il ne veut pas que l'avocat occupe pour lui?

Il est très important que la Cour puisse compter sur des avocats indépendants. Lorsqu'une partie comparait en personne ou qu'un avocat ou une avocate laisse ses émotions l'emporter parce qu'il ou elle s'identifie de trop près à une partie ou à un témoin, la partie et l'avocat «descendent dans l'arène» et rendent plus difficile pour la Cour l'exercice de son rôle qui consiste à diriger son processus et à recevoir l'aide sur laquelle elle peut normalement compter de la part des avocats ou des officiers de justice.

Nonobstant les règles de l'Ontario, je crois que cette Cour devrait suivre la politique énoncée par le juge Ferguson même à l'égard d'avocats de l'Ontario.

J'estime toutefois que cette politique doit être tempérée par le fait qu'une ordonnance qui empêcherait un cabinet d'avocats de représenter un client priverait le client de son droit fondamental de retenir les services de l'avocat (et par conséquent du cabinet d'avocats) de son choix. J'adopte donc les motifs de dissidence du juge Marceau, J.C.A., dans l'arrêt *Enerchem Ship Management Inc. c. Coastal Canada (Le)*, [1988] 3 C.F. 421 (C.A.). Dans cette affaire portée devant la Cour d'appel fédérale, la demanderesse cherchait à obtenir un ordonnance qui interdirait à un cabinet d'avocats d'occuper pour les défendeurs dans l'action pour des raisons de confidentialité. Même s'il ne s'agit pas du point dont je suis saisi en l'espèce, les propos suivants du juge Marceau, à la page 428 n'en demeurent pas moins appropriés:

Ce que vise la requête est clair et simple. Elle invite la Cour à faire usage de son droit de regard sur ses procédures pour ne pas permettre au cabinet d'avocats Campbell, Godfrey & Lewtas de représenter les intimés dans l'action, parce que leur participation compromettrait la bonne administration de la justice.

of the motion, when reduced to its most simple terms, is striking. The Court is called upon to intervene and deny, not only the normal right of a party to retain the solicitor of its choice, but also the right of a lawyer to practice his profession and carry on his business as he sees fit (so long, of course, as he does it honestly and according to the rules), on the sole basis that the proper administration of justice requires that it be so. I suppose it need not be emphasized that for a motion of this gravity to succeed, the grounds alleged in support thereof must be serious indeed.

In my view, the grounds alleged by an applicant who is seeking, at an early stage in the proceedings, to have an entire law firm removed as counsel of record will not be "serious" unless the Court is satisfied that the attorney from that firm is certain to testify or is very likely to testify. Failing that, it is my view that such an application should not be granted.

In the present case, the issue has arisen at a very early stage of the proceedings. No defence has yet been filed and no discoveries have yet been conducted. In *Carlson v. Loraas Disposal Services Ltd.* (1988), 30 C.P.C. (2d) 181, the Saskatchewan Court of Queen's Bench faced a similar situation. The plaintiff, after filing its defence but prior to examinations on discovery, applied to the Court for an order removing the defendant's attorneys as solicitors of record by reason of the fact that a member of the law firm representing the defendant "will in all likelihood be a required witness", thus contravening By-law No. 4 of the Law Society of Saskatchewan. Walker J. refused to make the order sought by the plaintiff on the ground that it was premature. Walker J. writes, at page 186 that:

This is the rule as it is sought to be applied to this application:

"The lawyer should not . . . testify before a tribunal in any proceedings in which he appears as advocate . . . This also applies to the lawyer's partners and associates: generally speaking, they should not testify in such proceedings.

If the lawyer is a necessary witness, he should testify, and the conduct of the case should be entrusted to another lawyer."

The words at the heart are "testify before a tribunal, in any proceeding", "appears as advocate" and "a necessary witness".

La gravité exceptionnelle de la requête, réduite à sa plus simple expression, est frappante. Il est demandé à la Cour d'intervenir et de refuser non seulement le droit normal d'une partie de retenir les services du procureur de son choix, mais aussi le droit d'un avocat d'exercer sa profession et ses activités comme bon lui semble (tant que, bien entendu, il le fait honnêtement et conformément au code), pour le seul motif que la bonne administration de la justice l'exige. Il est inutile, je suppose, d'insister sur le fait que pour qu'une requête de cette gravité aboutisse, les motifs invoqués à son appui doivent être réellement sérieux.

À mon avis, les motifs invoqués par un requérant qui cherche, à un stade liminaire des procédures, à écarter tout un cabinet d'avocats de la possibilité d'occuper comme procureur inscrit au dossier ne seront pas «sérieux» à moins qu'il ne soit établi à la satisfaction de la Cour que l'avocat de ce cabinet est certain de témoigner, ou vraiment susceptible d'être appelé à témoigner. À défaut de cela, j'estime qu'il n'y a pas lieu d'accueillir une telle requête.

En l'espèce, la question s'est posée à une étape très liminaire de la procédure. Aucune défense n'a encore été produite, et aucune communication préalable n'a encore été engagée. Dans la décision *Carlson v. Loraas Disposal Services Ltd.*, (1988), 30 C.P.C. (2d) 181, la Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan a été saisie d'une affaire semblable. Le demandeur avait, après avoir produit sa défense mais avant de procéder aux interrogatoires préalables, demandé à la Cour de rendre une ordonnance qui exclurait les avocats de la défenderesse de la fonction de procureurs inscrits au dossier en invoquant le fait qu'un membre du cabinet d'avocats qui occupait à titre de procureur pour la défenderesse [TRADUCTION] «sera probablement appelé à témoigner», ce qui contreviendrait au règlement n° 4 de la Société du barreau de la Saskatchewan. Le juge Walker a refusé de rendre l'ordonnance demandée par la demanderesse parce qu'elle était prématurée. Le juge Walker écrit, à la page 186:

[TRADUCTION] Voici la règle dont on demande l'application en l'espèce:

«L'avocat ne doit jamais . . . témoigner dans une affaire où il est l'avocat d'une des parties . . . Ce principe s'applique également aux associés de l'avocat: en règle générale, ils ne doivent pas témoigner dans un dossier.

Si le témoignage de l'avocat est absolument nécessaire, la conduite du procès doit être confiée à un confrère.»

Les mots qui sont au coeur de la question sont «témoigner dans une affaire», «où il est l'avocat» et «si le témoignage de l'avo-

It is testimony which triggers the problem. It is "advocacy" and its nature and extent upon which the applicant relies in particular.

The point at which the rule is to be applied is of the essence. If the order is granted early on, as requested here, the respondent may, regardless of how the matter develops and the necessity for the order, be, once and for all, deprived of a basic right of counsel of his choice. It may develop not to have been necessary but it will have been done. If the order is not granted early on, there is time and opportunity, if the situation develops as to require it, for the applicant to apply again in the clearer circumstances, with the applicant's cost a special consideration, or the law firm to withdraw (1) voluntarily or (2) on the request of the respondent. This is not to say that there will not be cases in which, at an early point, the consideration of "necessary witness", as in the rule, will lead to an order early on. Nonetheless, timing may be of the essence.

Walker J. then goes on to write, at pages 189-190 that:

This is one of those rare cases where a Court is asked to rule on professional conduct in order to exercise due control over its own process. I would not like to see too wide a door opened to applications of this sort at this stage in an action. One limitation which I see involves a consideration of the stage at which the action has arrived and the extent to which, without unfairness to the applicant, it might be dealt with at a later point when the status of the advocate and potential witness as a witness has become clearer, with costs very much in mind. Will there be, eventually, a breach of the rule? Many authorities see the trial Judge as the one to deal with the problem as opposed to dealing in advance on a motion for restraint on the law firm. There may be something to be said for that approach. Be that as it may, in this jurisdiction authorities have found jurisdiction for such an application and I am content to follow them, notwithstanding the cases seem few which have vested a discretion in the trial Judge or Court to oblige the lawyer to elect in advance his role as counsel or witness.

Walker J. goes on to state that many of the authorities are to the effect that such an issue should be dealt with by the trial judge. I agree with that view unless, as I have stated before, it can be demonstrated to the satisfaction of the Court, prior to the trial, that the attorney or attorneys will certainly or in all likelihood testify at the trial.

I am therefore of the view that I cannot, at this stage of the proceedings, make the order requested by

cat est absolument nécessaire». C'est le fait de témoigner qui déclenche le problème. C'est en particulier sur la fonction d'«avocat» et sur sa nature et sa portée que le requérant se fonde.

a Le moment auquel cette règle doit s'appliquer est essentiel. Rendre l'ordonnance au début du processus, comme cela est demandé en l'espèce, risque de priver l'intimé, une fois pour toutes et peu importe l'issue de l'affaire et la nécessité de l'ordonnance, de son droit fondamental de retenir les services de l'avocat de son choix. Il peut finalement s'avérer que cela n'était pas nécessaire, mais le fait aura été accompli. Si l'ordonnance n'est pas rendue dès le début, il sera toujours loisible au requérant, si les circonstances viennent à l'exiger, de présenter une nouvelle requête dans ces circonstances plus claires, où une attention spéciale sera portée aux frais du requérant, ou au cabinet d'avocats de se retirer (1) volontairement ou (2) à la demande de l'intimé. Cela ne veut pas dire qu'il n'y aura pas de cas où, dès le début, la question du témoignage «qui est absolument nécessaire», comme le prévoit le code, donne lieu à une ordonnance hâtive. Toutefois, la situation dans le temps peut être essentielle.

b Le juge Walker poursuit, aux pages 189 et 190:

[TRADUCTION] Il s'agit d'une des rares situations où la Cour est appelée à se prononcer sur une pratique professionnelle pour exercer le contrôle approprié sur son propre processus. Je ne voudrais pas qu'on accueille trop facilement les requêtes de cette nature à ce stade d'une action. On pourrait en limiter l'accès en tenant compte de l'étape à laquelle est rendue l'action et de la possibilité, sans que cela n'entraîne d'injustice pour le requérant, de traiter la question à une date ultérieure lorsque le statut testimonial de l'avocat et témoin potentiel se sera précisé, en portant une grande attention aux dépens. Y aura-t-il finalement dérogation à la règle? Bon nombre de décisions considèrent que c'est au juge du procès qu'il revient de trancher la question, et que celle-ci ne devrait pas être traitée à l'avance dans le cadre d'une requête en exclusion du cabinet d'avocats. Une telle façon de voir ne manque pas d'intérêt. Quoi qu'il en soit, dans notre ressort, les cours ont conclu qu'elles étaient compétentes pour entendre de telles requêtes et je me contenterai de suivre leur trace, nonobstant le fait qu'il semble y avoir peu d'affaires où l'on a reconnu que le juge du procès ou la Cour avait le pouvoir discrétionnaire d'obliger l'avocat à choisir à l'avance s'il allait agir à titre d'avocat ou à titre de témoin.

i Le juge Walker affirme ensuite que bon nombre des décisions portent qu'une telle question devrait relever du juge du procès. J'abonde dans le même sens sauf si, comme je l'ai déjà dit, l'on peut établir à la satisfaction de la Cour, avant le procès, que le ou les procureurs seront certainement ou fort probablement appelés à témoigner au procès.

j J'estime donc ne pas pouvoir, à cette étape des procédures, rendre l'ordonnance demandée par les

the defendants, i.e., to remove the law firm from the entirety of the proceedings in this litigation. In any event, it is not clear to me that Mr. MacDonald's evidence is relevant or will be relevant to the issues that will have to be determined by the trial judge.

This does not however, resolve the problem in so far as it relates to the motion to strike. As the matter now stands, Mr. MacDonald's affidavit is before the Court and will no doubt be relied upon by the plaintiffs in defending the defendants' motion to strike.

Whether the issue arises at trial, or shortly before trial as in *Heck*, or at a preliminary stage in the proceedings, as in the case at bar is, in my view, irrelevant. In all instances, the independence of counsel is paramount. Exceptions should not lightly be permitted.

In the present case, Mr. MacDonald was one of four people who could have sworn an affidavit regarding the events of June 29, 1993. Thus, in the circumstances of this case, Mr. MacDonald's evidence was not necessary. His evidence relates to a point of substance relevant to the motion to strike and thus, in order to ensure the independence of counsel, the law firm cannot be permitted to act at all in connection with the motion to strike, including on the cross-examination of the affidavits.

In view of my decision that the law firm cannot act in connection with the motion to strike should Mr. MacDonald's evidence be relied upon, I shall allow the plaintiffs fifteen (15) days from the date of this decision to:

(a) appoint solicitors to represent them for the purpose of the motion to strike; or

(b) file an affidavit in lieu of that of Mr. MacDonald's.

Costs shall be in favour of the defendants in any event.

défendeurs, c'est-à-dire exclure le cabinet d'avocats de la totalité des procédures dans le présent litige. De toute façon, il ne m'apparaît pas clairement que le témoignage de M^e MacDonald soit ou puisse devenir pertinent relativement aux points en litige que le juge du procès sera appelé à trancher.

Cela ne résout toutefois pas le problème en ce qui a trait à la requête en radiation. Dans l'état actuel du dossier, l'affidavit de M^e MacDonald a été produit devant la Cour et les demanderesse l'invoqueront sans doute en défense à la requête en radiation présentée par les défendeurs.

Selon moi, il importe peu que la question se pose au procès, ou peu avant le procès comme ce fut le cas dans l'affaire *Heck*, ou encore à une étape préliminaire des procédures, comme en l'espèce. Dans tous les cas, la question de l'indépendance de l'avocat est primordiale. Les exceptions ne doivent pas être accordées à la légère.

En l'espèce, M^e MacDonald était du nombre des quatre personnes qui pouvaient faire une déclaration sous serment au sujet des événements du 29 juin 1993. Par conséquent, dans les circonstances de l'espèce, la déclaration de M^e MacDonald n'était pas nécessaire. Sa déclaration porte sur un point important de la requête en radiation et, partant, pour protéger l'indépendance de l'avocat, le cabinet d'avocats ne peut pas occuper à l'égard de la requête en radiation, y compris le contre-interrogatoire sur les affidavits.

Comme j'ai conclu que le cabinet d'avocats ne peut occuper à l'égard de la requête en radiation si le témoignage de M^e MacDonald peut être invoqué en défense, j'accorde aux demanderesse quinze (15) jours à compter de la date de la présente décision pour:

a) soit constituer les nouveaux procureurs qui seront chargés de les représenter pour les fins de la requête en radiation,

b) soit déposer un affidavit qui viendra se substituer à celui de M^e MacDonald.

Les défendeurs ont droit à leurs dépens quelle que soit l'issue de la cause principale.