

T-627-76

T-627-76

**New West Construction Co. Ltd. (Plaintiff)**

v.

**The Queen in right of Canada represented by the Minister of Public Works (Defendant)**

Trial Division, Mahoney J.—Edmonton, February 26, 1980; Ottawa, February 29, 1980.

*Practice — Plaintiff's claim requires that plaintiff's counsel be a witness at trial — Evidence so tendered would be admissible and it is not within power of Trial Judge to put party to his election and to require that the lawyer serve either as counsel or witness, but not both.*

*Brett v. Brett (No. 1)* [1937] 2 W.W.R. 689; aff'd. [1938] 2 W.W.R. 368, agreed with. *Stanley v. Douglas* [1952] 1 S.C.R. 260, referred to. *Imperial Oil Ltd. v. Grabarchuk* (1974) 3 O.R. (2d) 783, referred to. *Phoenix v. Metcalfe* [1974] 5 W.W.R. 661 (B.C.C.A.), distinguished.

## APPLICATION.

## COUNSEL:

*William G. Geddes* for plaintiff.  
*I. G. Whitehall* and *John Kennedy* for defendant.

## SOLICITORS:

*William G. Geddes*, Edmonton, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

MAHONEY J.: This is an action against the Crown arising out of the performance of a highway construction contract. In the statement of defence, filed September 10, 1976, the defendant pleaded that a settlement had been reached through negotiation and payment in full accepted by the plaintiff in respect of certain claims advanced in the statement of claim. At the pre-trial conference herein February 12, 1980, the Court was advised that plaintiff's counsel would likely be a necessary witness at the trial in respect of this issue. The pre-trial conference adjourned to resume February 26. The parties did not, in the

**New West Construction Co. Ltd. (Demanderesse)**

c.

**La Reine du chef du Canada représentée par le ministre des Travaux publics (Défenderesse)**

Division de première instance, le juge Mahoney—Edmonton, 26 février 1980; Ottawa, 29 février 1980.

*Pratique — Requête de la demanderesse pour que son avocat soit cité comme témoin à l'instruction — Le témoignage ainsi rendu serait recevable et il est hors du pouvoir du juge de première instance d'exiger qu'une partie fasse un choix et que son avocat agisse soit en cette qualité, soit en qualité de témoin, mais qu'il ne remplisse pas les deux fonctions à la fois.*

Arrêt approuvé: *Brett c. Brett (N° 1)* [1937] 2 W.W.R. 689; confirmé [1938] 2 W.W.R. 368. Arrêts mentionnés: *Stanley c. Douglas* [1952] 1 R.C.S. 260; *Imperial Oil Ltd. c. Grabarchuk* [1974] 3 O.R. (2<sup>e</sup>) 783. Distinction faite avec l'arrêt: *Phoenix c. Metcalfe* [1974] 5 W.W.R. 661 (C.A.C.-B.).

## DEMANDE.

## AVOCATS:

*William G. Geddes* pour la demanderesse.  
*I. G. Whitehall* et *John Kennedy* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*William G. Geddes*, Edmonton, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE MAHONEY: La présente action contre la Couronne découle de l'exécution d'un contrat de construction de route. Dans sa défense, déposée le 10 septembre 1976, la défenderesse allègue qu'à la suite de négociations, un règlement est intervenu et que la demanderesse a accepté le paiement intégral de certaines demandes avancées dans la déclaration. Le 12 février 1980, lors de la conférence préalable à l'instruction, on a avisé la Cour qu'il serait probablement nécessaire de citer l'avocat de la demanderesse comme témoin relativement à cette question. La conférence préalable a été ajournée au 26 février. Les parties, entre-

interval, arrive at any agreement nor was the plaintiff prepared to abandon any part of its claim that would have eliminated the prospect of counsel being a witness.

The problem is primarily one of professional conduct rooted in the proposition that a lawyer representing a client in court must not permit his personal credibility to be put in issue, something that he necessarily does the moment he enters the witness box. The *Code of Professional Conduct* of the Canadian Bar Association states simply [at page 29]:

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

Judges, while recognizing that it is the client's decision, not the Court's, have put it more strongly. The jurisprudence was extensively reviewed in a dissenting judgment by Mr. Justice Cartwright in *Stanley v. Douglas*.<sup>1</sup> He concluded [at page 274]:

While these decisions bring me to the conclusion that the evidence of counsel in the case at bar was legally admissible, each of them contains, as indeed does every case which I have read in which the matter is discussed, a clear expression of judicial disapproval of counsel following such a course. Nothing would be gained by quoting these expressions at length. An example is that of Ritchie C.J. in *Bank of British North America v. McElroy* ((1875) 15 N.B.R. 462 at p. 463):

It is the privilege of the party to offer the counsel as a witness: but that it is an indecent proceeding, and should be discouraged, no one can deny\*\*\*

If such expressions of judicial opinion extending over a century, coupled with the repeated pronouncements of the representatives of the Bar to the same effect, have not availed to prevent counsel following such a course it is perhaps idle to hope that a further similar expression will prove effective and I shall only say that I am in agreement with the statement of Ritchie C.J., quoted above.

I have found no binding jurisprudence on the point and, since this action is to be tried in Alberta, take *Brett v. Brett (No. 1)*<sup>2</sup> as the law of that Province on the subject. Evidence so tendered would be admissible and it is beyond the power of a Trial Judge to put a party to his election and to require that the lawyer serve either as counsel or witness

temps, n'en étaient pas arrivées à un accord et la demanderesse n'était nullement disposée à abandonner quelque partie de sa demande pour éviter d'avoir à citer son avocat comme témoin.

<sup>a</sup> La question soulevée en est avant tout une de déontologie et porte sur le principe voulant que l'avocat qui représente un client devant le tribunal ne doit pas permettre que soit mis en cause son <sup>b</sup> crédit personnel, ce qui devient inévitable du moment qu'il se présente à la barre des témoins. Le *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien dit tout simplement ceci [à la page 29]:

<sup>c</sup> D'un autre côté, si le témoignage de l'avocat est absolument nécessaire, la conduite du procès doit être confiée à un confrère.

Les tribunaux, tout en reconnaissant que cette décision relève au premier chef du client et non du tribunal, se sont prononcés plus énergiquement.

<sup>d</sup> Dans sa dissidence dans l'affaire *Stanley c. Douglas*<sup>1</sup>, le juge Cartwright a passé longuement en revue la jurisprudence ayant trait à cette question. Il a conclu son examen en ces termes [à la page <sup>e</sup> 274]:

[TRADUCTION] Bien que ces décisions m'amènent à conclure que le témoignage de l'avocat était en l'espèce recevable, dans chacune d'elles, comme d'ailleurs dans toutes les causes traitant de cette question que j'ai pu lire, le tribunal réprouvait fermement un tel témoignage. Il ne servirait à rien de citer au long toutes ces expressions de désapprobation. Il suffira de rappeler les propos du juge en chef Ritchie dans l'affaire *Bank of British North America c. McElroy* ((1875) 15 N.B.R. 462, à la p. 463):

<sup>g</sup> Si c'est le droit le plus strict d'une partie que de faire déposer son avocat, il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'une procédure inconvenante qu'il faut décourager\*\*\*

<sup>h</sup> Si de telles opinions judiciaires s'échelonnent sur une période d'un siècle, ajoutées aux déclarations répétées en ce même sens des représentants du Barreau, n'ont pas suffi pour empêcher les avocats d'agir de la sorte, il est sans doute vain d'espérer qu'une nouvelle opinion de ce genre s'avèrera plus efficace et je me contenterai simplement de dire que je souscris à l'affirmation précitée du juge en chef Ritchie.

<sup>i</sup> Je n'ai pu trouver de jurisprudence susceptible de me lier sur ce point et, vu que cette action sera instruite en Alberta, j'adopte l'affaire *Brett c. Brett (N° 1)*<sup>2</sup> comme expression de la loi de cette province à ce sujet. Le témoignage ainsi rendu serait recevable et il est hors du pouvoir du juge de première instance d'exiger qu'une partie fasse un

<sup>1</sup> [1952] 1 S.C.R. 260 at 272 ff.

<sup>2</sup> [1937] 2 W.W.R. 689; affd. [1938] 2 W.W.R. 368.

<sup>1</sup> [1952] 1 R.C.S. 260, aux pp. 272 et ss.

<sup>2</sup> [1937] 2 W.W.R. 689; confirmé [1938] 2 W.W.R. 368.

but not both<sup>3</sup>.

That is my decision and I propose to apply it in this case. At the same time, I am not certain that, in a case such as this, the law is absolutely clear. In *Brett v. Brett (No. 1)*, counsel had determined that he was not a necessary witness. He acted accordingly and it was only after the trial that he found his own old diary that permitted him to fix a date in issue. He applied, successfully, to reopen the trial and testified then. He did not act on the appeal. In *Phoenix v. Metcalfe*, the necessity of counsel testifying became apparent during the course of the trial. Here, the likelihood of counsel having to testify ought to have been apparent to him when he had an opportunity to consider the statement of defence. This case is more akin to *Stanley v. Douglas*. A will and codicil were probated in solemn form and the lawyer who had drawn them appeared both as counsel and witness. The Supreme Court of Canada upheld an appeal court direction of a new trial. That decision was based on grounds other than the dual capacity in which the lawyer had served at the trial. Kerwin J., with Taschereau J. concurring, agreed that a new trial should be held and, at pages 269 ff of the report, said:

I would add only that, without deciding whether such evidence would be admissible or not, on such new trial no one appearing as counsel for any party should give evidence.

Neither Kellock J., who concurred, nor Rand J. who dissented in the result, dealt with the matter. I have little doubt that, had Cartwright J. not dissented he would have joined Kerwin J. in that direction.

It may well be that, in a situation such as this, where the problem ought to have been recognized early in the proceedings, the Trial Judge is in a position more analogous to that of an appeal court than to that of a Trial Judge faced with the situation during the hearing of the trial. Counsel who have appeared as witnesses at a trial are

<sup>3</sup> *Phoenix v. Metcalfe* [1974] 5 W.W.R. 661 (B.C.C.A.).

choix et que son avocat agisse soit en cette qualité, soit en qualité de témoin mais qu'il ne remplisse pas les deux fonctions à la fois<sup>3</sup>.

Voilà ma décision et j'entends l'appliquer en l'espèce. Toutefois, je ne suis pas certain que, pour un cas comme celui qui nous intéresse, le droit soit tout à fait clair. Dans l'affaire *Brett c. Brett (N° 1)*, l'avocat avait décidé qu'il n'était pas un témoin indispensable et avait agi en conséquence. Ce n'est qu'après le procès qu'il découvrit son vieux journal personnel, qui permettait d'établir une date dont il avait été question au litige. Sa demande en réouverture d'instance a été accueillie et il a alors témoigné. Il n'a pas représenté son client à l'appel. Dans l'affaire *Phoenix c. Metcalfe*, la nécessité du témoignage de l'avocat apparut en cours d'instance. En l'espèce, l'avocat aurait dû, à l'examen de la défense, s'apercevoir qu'il aurait vraisemblablement à témoigner. La présente affaire ressemble donc davantage à *Stanley c. Douglas*, où il s'agissait d'un testament et d'un codicille homologués en la forme solennelle, l'avocat qui les avait rédigés comparaisant en la double qualité d'avocat et de témoin. La Cour suprême du Canada a maintenu la décision de la cour d'appel ordonnant qu'il soit procédé à un nouveau procès. Cette décision reposait sur d'autres motifs que le fait que l'avocat avait rempli deux fonctions lors de l'instruction. Le juge Kerwin, dont le juge Taschereau partageait l'opinion, estima qu'il fallait procéder à un nouveau procès et, aux pages 269 et suivantes du recueil, s'exprime en ces termes:

[TRADUCTION] J'ajouterai seulement, sans trancher la question de savoir si un témoignage de ce genre serait recevable, que lors d'un nouveau procès, nul comparaisant comme avocat pour une partie ne devrait témoigner.

Ni le juge Kellock, qui souscrivait, ni le juge Rand, dissident, ne se sont penchés sur cette question. Je suis persuadé que le juge Cartwright, s'il n'avait pas été dissident, se serait rangé à l'avis du juge Kerwin sur ce point.

Il se peut fort bien que dans un cas comme celui-ci, où le problème aurait dû être reconnu tôt dans les procédures, la position du juge de première instance ressemble davantage à celle d'une cour d'appel qu'à celle d'un juge de première instance ayant à faire face à la situation en cours d'instance. Les avocats qui ont comparu comme

<sup>3</sup> *Phoenix c. Metcalfe* [1974] 5 W.W.R. 661 (C.A.C.-B.).

simply not heard on an appeal from the judgment.<sup>4</sup> Because of the doubt I have in this regard, I feel obliged to minimize any risk of personal liability to counsel should the plaintiff continue to insist that he appear at the trial as both counsel and witness. The trial is expected to last between two and three months. The financial stakes are high. If the plaintiff decides to instruct new counsel and an adjournment of the trial is necessary, application may be made.

### ORDER

1. Plaintiff's counsel, as an officer of the Court, will recommend to the plaintiff that it obtain independent legal advice on the question of his appearing at the trial as both counsel and witness.

2. On or before March 11, 1980, the plaintiff will cause to be filed in the Edmonton Registry of the Court, a document signed on behalf of the plaintiff by either Mr. Felix Anselmo or Mr. Albert Anselmo to the following effect:

a. Mr. William Geddes asked us to obtain independent legal advice on the question of whether we should require him to continue as counsel for us in our action No. T-627-76 in the Federal Court of Canada against Her Majesty the Queen, notwithstanding the possibility that he may be a necessary witness at the trial.

#### AND EITHER

b. We considered that request and decided not to seek independent legal advice on the question.

#### OR

b. We sought and obtained such advice from (name and address) and have decided to require Mr. Geddes to continue as our counsel notwithstanding that he may be a necessary witness for us at the trial.

3. In the event the document referred to in paragraph 2 is not filed as ordered, the trial of this action, set down to commence at Calgary, Alberta, April 8, 1980, shall, *ipso facto*, stand adjourned *sine die* and the defendant will recover costs thrown away in any event of the cause.

témoins en première instance ne sont tout simplement pas admis à plaider advenant un appel du jugement rendu<sup>4</sup>. En raison des doutes que j'entretiens à cet égard, je me sens tenu de réduire le risque de responsabilité personnelle que pourra courir l'avocat de la demanderesse si cette dernière persiste à exiger qu'il compareaisse à l'instruction à titre tant d'avocat que de témoin. On prévoit que le procès durera de deux à trois mois. L'enjeu financier est élevé. Si la demanderesse décide de retenir un autre avocat et qu'un ajournement de l'instance s'avère nécessaire, il lui sera loisible de présenter une requête à cet effet.

### ORDONNANCE

1. L'avocat de la demanderesse, en sa qualité d'officier de la Cour, recommandera à la demanderesse de consulter un avocat indépendant sur la question de l'opportunité de comparaître à l'instruction à la fois comme avocat et comme témoin.

2. Au plus tard le 11 mars 1980, la demanderesse fera déposer au greffe de la Cour situé à Edmonton un document, signé en son nom soit par M. Felix Anselmo, soit par M. Albert Anselmo, et qui sera ainsi libellé:

a. M. William Geddes nous a prié de consulter un avocat indépendant sur la question de savoir si nous devrions exiger qu'il continue de nous représenter dans l'action (n° de greffe T-627-76) que nous avons introduite devant la Cour fédérale du Canada contre Sa Majesté la Reine, nonobstant le fait qu'il pourra être nécessaire de le citer comme témoin lors de l'instruction.

#### ET SOIT

b. Nous avons décidé, après étude de cette demande, de ne pas consulter d'avocat indépendant sur la question.

#### SOIT

b. Nous avons décidé, après avoir consulté (nom et adresse), de demander à M. Geddes de continuer à nous représenter, nonobstant le fait qu'il pourra être nécessaire de le citer comme témoin en notre faveur à l'instruction.

3. Au cas où le document mentionné au paragraphe 2 ne serait pas déposé conformément à la présente ordonnance, l'instruction de cette action, qui doit s'ouvrir le 8 avril 1980 à Calgary, en Alberta, sera de plein droit ajournée *sine die* et la défenderesse aura droit à ses dépens quelle que soit l'issue de la cause.

<sup>4</sup> *Imperial Oil Ltd. v. Grabarchuk* (1974) 3 O.R. (2d) 783.

<sup>4</sup> *Imperial Oil Ltd. c. Grabarchuk* (1974) 3 O.R. (2<sup>e</sup>) 783.