

A-355-76

A-355-76

**Eli Lilly and Company and Eli Lilly & Company  
Canada Limited (*Appellants*)**

**Eli Lilly and Company et Eli Lilly & Company  
Canada Limited (*Appelantes*)**

v.

a c.

**Marzone Chemicals Ltd. and The Gardeners Sales  
Ltd. (*Respondents*)**

**Marzone Chemicals Ltd. et The Gardeners Sales  
Ltd. (*Intimées*)**

Court of Appeal, Jackett C.J., Heald and Ryan  
JJ.—Ottawa, December 9, 1976.

b Cour d'appel, le juge en chef Jackett, les juges  
Heald et Ryan—Ottawa, le 9 décembre 1976.

*Procedure—Appeal from judgment dismissing motion to  
strike out portions of defence and counterclaim—Not appro-  
priate time to hear argument on point of constitutional law—  
Alternative procedure available by way of question of law set  
down for hearing before trial.*

c *Procédure—Appel d'un jugement rejetant une requête aux  
fins de radier certaines parties d'une défense et d'une demande  
reconventionnelle—Ce n'est pas le moment approprié pour  
entendre une argumentation sur une question de droit consti-  
tutionnel—Une procédure subsidiaire est accessible en sou-  
mettant, pour audition avant le procès, une question de droit.*

APPEAL from interlocutory judgment.

APPEL d'un jugement interlocutoire.

COUNSEL:

AVOCATS:

*D. Watson, Q.C., and K. Plumley for  
appellants.*

d *D. Watson, c.r., et K. Plumley pour les  
appelantes.*

*R. T. Hughes for respondents.*

*R. T. Hughes pour les intimées.*

*J. J. Robinette, Q.C., and D. Rutherford for  
Attorney General of Canada.*

e *J. J. Robinette, c.r., et D. Rutherford pour le  
procureur général du Canada.*

SOLICITORS:

PROCUREURS:

*Gowling & Henderson, Ottawa, for  
appellants.*

f *Gowling & Henderson, Ottawa, pour les  
appelantes.*

*D. F. Sim, Q.C., Toronto, for respondents.*

*D. F. Sim, c.r., Toronto, pour les intimées.*

*Deputy Attorney General of Canada for  
Attorney General of Canada.*

*Le sous-procureur général du Canada pour le  
procureur général du Canada.*

*The following are the reasons for judgment of  
the Court delivered orally in English by*

g *Ce qui suit est la version française des motifs  
du jugement de la Cour prononcés à l'audience  
par*

JACKETT C.J.: Mr. Hughes, it is not necessary  
to hear you.

h LE JUGE EN CHEF JACKETT: Il n'est pas néces-  
saire de vous entendre, M<sup>e</sup> Hughes.

We have not been persuaded that we should  
interfere with the discretion exercised by the  
learned Trial Judge when he dismissed the motion  
to strike. We have, therefore, concluded that the  
appeal should be dismissed with costs.

i Nous ne sommes pas convaincus qu'il faille  
intervenir dans la décision du juge de première  
instance qui, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a rejeté la requête en radiation. Nous en sommes donc venus à la conclusion que l'appel doit être rejeté avec dépens.

At the commencement of the hearing of this  
appeal, after hearing counsel, it was decided not to  
hear argument from the appellants as to the consti-  
tutionality of a statutory provision relied on by  
the respondents. To avoid misunderstanding, we

j Au début de l'audition de cet appel, après avoir  
entendu les avocats, il a été décidé de ne pas  
entendre les arguments des appelantes au sujet de  
la constitutionnalité d'une disposition de la loi,  
argument sur lequel les intimées s'étaient

deem it advisable to explain our reason for taking that position.

In the first place, it is to be noted that this is not an appeal from a final judgment where the appellants would, of course, ordinarily be entitled to take new points of a legal nature not based on new facts.

This is an appeal from a judgment dismissing an application to strike out certain portions of a defence and counterclaim. As indicated in a footnote to *Page v. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.*<sup>1</sup>, a very helpful summation of the matter is to be found in the *Drummond-Jackson* case in the judgment of Lord Pearson at pages 695-96, which reads in part as follows:

Over a long period of years it has been firmly established by many authorities that the power to strike out a statement of claim as disclosing no reasonable cause of action is a summary power which should be exercised only in plain and obvious cases . . . . Reference has been made to four recent cases: *Rondel v. Worsley* [1969] 1 A.C. 191; *Wiseman v. Borneman* [1969] 3 W.L.R. 706; *Roy v. Prior* [1970] 1 Q.B. 283; and *Schmidt v. Home Office* [1969] 2 Ch. 149. In each of these cases there was an important question of principle involved, and the hearing of the application . . . was much longer and more elaborate than is usual, but the final decision was that the alleged cause of action was clearly unsustainable, and so the statement of claim disclosed no reasonable cause of action and was ordered to be struck out. There was no departure from the principle that the order for striking out should only be made if it becomes plain and obvious that the claim or defence cannot succeed, but the procedural method was unusual in that there was a relatively long and elaborate instead of a short and summary hearing. It must be within the discretion of the courts to adopt this unusual procedural method in special cases where it is seen to be advantageous. But I do not think that there has been or should be any general change in the practice with regard to applications under the rule.

The question that arose in this appeal is whether, when the Court below had not been asked to hear an elaborate argument upon an important constitutional question upon an application to strike out, this Court should, upon an appeal from an order dismissing the application to strike, hear argument upon such an important question.

<sup>1</sup> [1972] F.C. 1141 at page 1146.

appuyées. Afin d'éviter toute confusion, nous avons jugé opportun d'expliquer les raisons qui ont motivé cette décision.

*a* On doit d'abord noter qu'il ne s'agit pas d'un appel d'un jugement final où l'appelant aurait normalement droit de soulever de nouveaux points de droit non basés sur des faits nouveaux.

*b*

Il s'agit d'un appel d'un jugement rejetant une demande aux fins de radier certaines parties d'une défense et d'une demande reconventionnelle. Tel qu'indiqué dans une note de l'arrêt *Page c. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.*<sup>1</sup>, on trouve un résumé très utile de cette question aux pages 695 et 696 des motifs de lord Pearson dans l'affaire *Drummond-Jackson* dont voici un extrait:

*d*

[TRADUCTION] Depuis de nombreuses années, il est fermement établi par nombre d'arrêts de principe que le pouvoir de radier une déclaration parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action est un pouvoir sommaire qui ne doit être exercé que dans des cas clairs et évidents . . . . On a cité quatre arrêts récents: *Rondel c. Worsley* [1969] 1 A.C. 191; *Wiseman c. Borneman* [1969] 3 W.L.R. 706; *Roy c. Prior* [1970] 1 Q.B. 283 et *Schmidt c. Home Office* [1969] 2 Ch. 149. Chacune de ces affaires posait une question de principe importante et l'audition de la demande . . . a été beaucoup plus longue et minutieuse que d'habitude, mais il a été en définitive décidé que la prétendue cause d'action était clairement insoutenable, que la déclaration ne révélait aucune cause raisonnable d'action et qu'il y avait donc lieu d'en ordonner la radiation. Il n'y a eu aucune dérogation au principe qui veut qu'on ne rende une ordonnance en radiation que s'il est clair et évident que la demande ou la défense ne peut réussir, mais la procédure a été exceptionnelle en ce sens que l'audition a été relativement longue et compliquée plutôt que brève et sommaire. Les tribunaux doivent avoir le pouvoir discrétionnaire d'adopter cette procédure exceptionnelle dans des affaires particulières, lorsque cela paraît comporter des avantages. Toutefois, je ne pense pas qu'il y a eu, ou qu'il devait y avoir, un changement général dans la procédure qui régit les demandes présentées en vertu de cette règle.

*h*

La question soulevée par le présent appel est de savoir si, lorsqu'on n'a pas demandé à la Division de première instance d'entendre, relativement à une demande de radiation, une argumentation poussée sur une importante question constitutionnelle, la présente cour, à l'occasion d'un appel formé contre une ordonnance rejetant une demande de radiation, devrait entendre les arguments à l'appui d'une question aussi importante.

*j*

<sup>1</sup> [1972] C.F. 1141 à la page 1146.

Having regard to the fact that argument of such a question upon an application to strike is an exceptional procedure and to the fact that an alternative procedure is still available, if advisable, by way of a question of law set down for hearing before trial, this Court came to the conclusion that it should not hear argument, upon an appeal from an order dismissing an application for an order to strike, on a difficult question that had not been argued before the Court of first instance.

Tenant compte du fait qu'une argumentation sur un tel sujet à l'occasion d'une demande de radiation est une procédure exceptionnelle et qu'une procédure subsidiaire est encore accessible, si cela est approprié; en soumettant, pour audition avant le procès, une question de droit, la présente cour en est venue à la conclusion que l'argumentation sur une question difficile qui n'avait pas été plaidée devant le tribunal de première instance ne devait pas être entendue à l'occasion d'un appel formé contre une ordonnance rejetant une demande au fin d'obtenir une ordonnance de radiation.