

T-5836-79

T-5836-79

Bunker Ramo Corporation and Bunker-Ramo (Canada) Ltd. (Plaintiffs)

v.

TRW Inc., Renfrew Electronic Marketing Limited and Westburne Industrial Enterprises Ltd. (Defendants)

Trial Division, Cattanach J.—Ottawa, March 13 and 27, 1980.

Practice — Service — Order for service of notice of statement of claim ex juris — Motion by defendant for leave to cross-examine affiant in the ex parte application for service ex juris — Whether affiant can be cross-examined — Whether matter at an end once application is heard and the order is granted — Whether Judge has discretion in allowing leave to cross-examine — Federal Court Rules 330, 332(5).

The present motion brought on behalf of the defendant TRW Inc. arises as a consequence of an order for service *ex juris* of a notice of the statement of claim on the defendant, following upon an *ex parte* application therefor on behalf of the plaintiffs. The motion of TRW Inc. seeks leave to cross-examine the affiant upon certain of the allegations made therein with the ultimate objective to set aside the order for service. What appears to be sought to be contested is the jurisdiction of the Court over the subject matter of the action pleaded in the statement of claim. The request to cross-examine the affiant was made to the solicitors of the plaintiffs and was refused. The defendant then requested a subpoena from the Administrator of the Registry Office of the Court in Toronto which was refused on the ground that the application was heard, the order was granted and therefore the matter was at an end; the right to cross-examine is gone when the litigation of the moment was over. The defendant submitted that in the case of an *ex parte* application the litigation of the moment was not over until the right to set aside the order had expired.

Held, the motion is allowed and the affiant is ordered to be produced for cross-examination on his affidavit. There is authority to order cross-examination on the affidavit after a review of the Appeal Court decision in *Province of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.* and of the case of *Volckmar v. Krupp* on the ground that the application to rescind the grant of the *ex parte* order is a continuation of the same proceeding and not a new and separate proceeding. Under Federal Court Rule 332(5) leave to cross-examine is not required from which it follows that a party has the right to cross-examine the person who made an affidavit as of right. Therefore no question of discretion by the Court is involved.

Province of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd. 15 Nfld. & P.E.I.R. 77, agreed with. *Volckmar v. Krupp* [1958] O.W.N. 303, agreed with. *Catholic Publishing Co. v. Wyman* (1862-63) 11 W.R. 399, disagreed with.

MOTION.

Bunker Ramo Corporation et Bunker-Ramo (Canada) Ltd. (Demandereses)

c.

TRW Inc., Renfrew Electronic Marketing Limited et Westburne Industrial Enterprises Ltd. (Défenderesses)

b Division de première instance, le juge Cattanach—Ottawa, 13 et 27 mars 1980.

Pratique — Signification — Ordonnance de signification ex juris de la notification de la déclaration — Requête de la défenderesse en autorisation de contre-interroger l'auteur de l'affidavit déposé à l'appui de la requête ex parte en signification ex juris — Il échet d'examiner si l'auteur de l'affidavit peut être contre-interrogé — Il échet d'examiner si l'affaire est close une fois la requête instruite et l'ordonnance rendue — Il échet d'examiner si le juge a le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le contre-interrogatoire — Règles 330, 332(5) de la Cour fédérale.

d Requête introduite au nom de la défenderesse TRW Inc. à la suite d'une ordonnance de signification *ex juris* à la défenderesse de la notification de la déclaration, ordonnance rendue sur requête *ex parte* des demandereses. Par cette requête, TRW Inc. demande l'autorisation de contre-interroger l'auteur d'un affidavit au sujet de certaines allégations qui y figurent, avec pour ultime objectif l'annulation de l'ordonnance. Il y aurait donc contestation de la compétence *ratione materiae* de la Cour sur l'objet de la déclaration. Permission de contre-interroger l'auteur de l'affidavit avait été demandée aux avocats des demandereses, qui l'ont refusée. La défenderesse sollicita alors de l'Administrateur du bureau du greffe de la Cour à Toronto un subpoena, lequel fut refusé par ce motif que la requête avait été instruite, que l'ordonnance avait été rendue et que par conséquent, l'affaire était close; le droit de contre-interroger disparaît au terme de l'instance. La défenderesse fait valoir qu'en cas de requête *ex parte*, l'instance n'arrive pas à son terme tant que le droit de faire annuler l'ordonnance subsiste.

h *Arrêt*: la requête est accueillie et la Cour ordonne que l'auteur de l'affidavit se présente au contre-interrogatoire consacré à celui-ci. Le droit d'ordonner un contre-interrogatoire sur l'affidavit est confirmé par la jurisprudence de la Cour d'appel, notamment les arrêts *La province de Terre-Neuve c. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.* et *Volckmar c. Krupp*, par ce motif que la requête en annulation de l'ordonnance rendue *ex parte* constitue le prolongement de la même instance et non une nouvelle instance distincte. La Règle 332(5) de la Cour fédérale ne soumet pas le contre-interrogatoire à l'autorisation de la Cour, d'où il suit qu'une partie a elle-même le droit de contre-interroger l'auteur d'un affidavit. Le pouvoir discrétionnaire de la Cour n'est pas en cause.

i Arrêts approuvés: *La province de Terre-Neuve c. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.* 15 Nfld. & P.E.I.R. 77; *Volckmar c. Krupp* [1958] O.W.N. 303. Arrêt critiqué: *Catholic Publishing Co. c. Wyman* (1862-63) 11 W.R. 399.

REQUÊTE.

COUNSEL:

R. Gray, Q.C. for plaintiffs.
A. J. Lenczner and G. Clarke for defendant
 TRW Inc.

SOLICITORS:

Herridge, Tolmie, Ottawa, for plaintiffs.
McCarthy & McCarthy, Toronto, for defend-
 ant TRW Inc.

AVOCATS:

R. Gray, c.r. pour les demandereses.
A. J. Lenczner et G. Clarke pour la défende-
 resse TRW Inc.

PROCUREURS:

Herridge, Tolmie, Ottawa, pour les demande-
 resses.
McCarthy & McCarthy, Toronto, pour la
 défenderesse TRW Inc.

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

CATTANACH J.: The present motion brought on
 behalf of TRW Inc., named in the style of cause as
 a defendant arises as a consequence of an order
 dated December 13, 1979 for service *ex juris* of a
 notice of the statement of claim herein on the
 defendant, TRW Inc., following upon an *ex parte*
 application therefor on behalf of the plaintiffs.

The motion presently brought seeks a number of
 things but, perhaps, the ultimate objective is to set
 aside the order for service on the defendant, TRW
 Inc., out of the jurisdiction.

By virtue of Rule 330 any order that was made
ex parte may be rescinded. The use of the word
 "may" in the Rule imports a discretion. Accord-
 ingly the party who so moves has the onus upon it
 of establishing that it is proper that the order
 should be rescinded.

Rule 307 prescribes the conditions precedent to
 the grant of an order for service *ex juris* and the
 contents of the order when granted.

As also prescribed the application was supported
 by an affidavit establishing these conditions.

As a step to what I conceive to be the defend-
 ant's ultimate objective it seeks leave to cross-
 examine the affiant upon certain of the allegations
 made therein.

This I take to be a prelude to an application by
 the defendant seeking rescission of the order for

*Ce qui suit est la version française des motifs
 du jugement rendus par*

LE JUGE CATTANACH: La requête en cause,
 soumise au nom de la TRW Inc., laquelle figure
 dans l'intitulé de cause comme partie défenderesse,
 est en conséquence d'une ordonnance en date du
 13 décembre 1979 de signification *ex juris* de la
 notification, à la défenderesse, TRW Inc., de la
 déclaration en l'espèce, consécutivement à une
 demande *ex parte* faite au nom des demandereses.

La requête chercherait ultimement à faire réfor-
 mer l'ordonnance de signification à la défende-
 resse, TRW Inc., hors de la juridiction.

En vertu de la Règle 330, toute ordonnance *ex
 parte* pourra être annulée. L'emploi du verbe
 «peut» dans la Règle sous-entend un pouvoir dis-
 crétionnaire. En conséquence la partie qui soumet
 une requête à cette fin a la charge d'établir qu'elle
 devrait être annulée.

La Règle 307 prévoit les conditions d'octroi
 d'une ordonnance de signification *ex juris* et son
 contenu si elle est accordée.

Comme requis aussi, la requête était appuyée
 d'un affidavit affirmant l'existence de ces condi-
 tions.

Comme moyen pour en arriver à ce que je crois
 être l'objectif ultime de la défenderesse, celle-ci
 demande l'autorisation de contre-interroger l'au-
 teur de l'affidavit sur certaines des allégations qui
 y sont faites.

Il s'agit là de ce que je considère comme un
 prélude à une requête de la défenderesse en rescis-

service *ex juris*. In my view an application to that end must be supported by affidavit evidence establishing why the order should be discharged. With this counsel for the applicant agrees but carries the matter a step further. While acknowledging that on the *ex parte* application for service *ex juris* all conditions were established he went on to state that if the deponent of the affidavit on which grant of the order was based can be shown to have been in error that might affect the propriety of the grant. In short he is saying that the allegations should be subjected to and meet the test of cross-examination.

The defendant's motion is fourfold.

The first request is that the plaintiffs be obliged to produce the affiant of the supporting affidavit at a time and place to be agreed upon to be cross-examined on his affidavit.

This request was first made to the solicitors for the plaintiffs and was refused.

On such refusal the solicitors for TRW Inc. then requested a subpoena from the Administrator of the Registry Office of the Court in Toronto, Ontario which was refused on the ground that the application was heard, the order was granted and therefore the matter was at an end. The logic is sound, depending on the original premise adopted and the Administrator has not been alone in so reasoning although there is no decision of this Court on the point of which I am aware.

Faced with those two refusals the solicitors were forced to resort to the first ground of its present motion, that is leave to cross-examine the affiant.

Naturally a defendant when it invokes the processes of the Court must enter an appearance. With this end in view in the second phase to its motion, as paragraphs 2 and 3 of the notice of motion read, it is that leave be granted to enter a conditional appearance for the purpose of contesting the jurisdiction of this Court.

As those paragraphs read in the notice of motion they are susceptible of being so interpreted. If that be the case the request for such an order and the

sion de l'ordonnance de signification *ex juris*. A mon avis une requête à cette fin doit être appuyée par affidavit faisant preuve de ce pourquoi l'ordonnance devrait être révoquée. L'avocat de la requérante partage mon opinion à ce sujet mais va plus loin. Il admet que toutes les conditions nécessaires à la requête *ex parte* de signification *ex juris* ont été établies mais ajoute que s'il peut être démontré que le déposant de l'affidavit sur lequel l'octroi de l'ordonnance a été fondé était dans l'erreur cela pourrait avoir un effet sur l'opportunité de son octroi. En bref il prétend qu'il faudrait soumettre les allégués, et que ceux-ci résistent, à l'épreuve du contre-interrogatoire.

La requête de la défenderesse est quadruple.

Premièrement on conclut à ce que les demanderesse présentent l'auteur de l'affidavit, aux temps et lieu ultérieurement convenus, pour y être contre-interrogé à son sujet.

Cette première demande, d'abord faite aux avocats des demanderesse, fut refusée.

Les avocats de TRW Inc. sollicitèrent alors une convocation de venir déposer, un *subpœna*, de l'Administrateur du bureau du greffe de la Cour, à Toronto, en Ontario, lequel fut refusé pour motif que la requête avait été instruite, l'ordonnance accordée et qu'il s'ensuivait que l'affaire était close. C'est là bonne logique, selon la prémisses originaire adoptée, aussi l'Administrateur n'a-t-il pas été le seul à raisonner ainsi quoiqu'il n'existe, que je sache, aucun précédent dans notre jurisprudence à ce sujet.

Face à ces deux refus les avocats ont été forcés d'avoir recours au premier moyen de la requête présente, soit la demande d'autorisation de contre-interroger l'auteur de l'affidavit.

Naturellement un défendeur, lorsqu'il se prévaut d'une voie de droit que lui ouvre la Cour, doit comparaître. A cette fin, comme deuxième moyen de sa requête, tel qu'il apparaît aux alinéas 2 et 3 de l'avis de requête, on demande l'autorisation de produire un acte de comparution conditionnelle afin d'exciper de la compétence de la Cour.

Le texte de ces alinéas, tel qu'ils apparaissent dans l'avis de requête, est susceptible de cette interprétation. En ce cas la demande de l'ordon-

request to invoke the processes of the Court would be mutually incompatible.

That interpretation of paragraphs 2 and 3 of the notice of motion is confirmed in the affidavit of Norman S. Rankin in support of the motion in paragraphs 3 and 4 of that affidavit. In paragraph 3 the affiant swears that the jurisdiction of this Court is to be contested with respect to matters raised in the statement of claim.

Thus it would appear that what is sought to be contested is the jurisdiction of this Court over the subject matter of the action pleaded in the statement of claim against the defendant TRW Inc., and not the Court's jurisdiction over the person of TRW Inc.

If the latter were the case it would be reasonable to assume that the defendant would have sought leave under Rule 401 to enter a conditional appearance for the purpose of objecting to the service of the notice of the statement of claim and of the jurisdiction against the defendant TRW Inc., which has not been specifically done.

If it is the jurisdiction over the subject matter of an action which is to be contested there is no practical need to seek leave to enter a conditional appearance. No question of attornment to the jurisdiction arises. That is accepted.

If it is jurisdiction over the person, rather than subject matter, that is to be contested then different considerations might well prevail if resort to Rule 401 paragraph (b) should not be adequate as would appear to be the case from the language of the notice of motion.

The third and fourth orders sought are both in the alternative (1) that the order for the service *ex juris* be set aside, or (2) that the service of the notice of the statement of claim on the defendant, TRW Inc. be set aside.

On the basis of the foregoing remarks the substance of which was expressed orally at the hearing of the motion I proffered the view that the leave sought to enter a conditional appearance to contest the jurisdiction of the Court was incompatible with the order sought for leave to cross-examine on the

nance et la conclusion où l'on se prévaut des voies de droit ouvertes devant la Cour seraient mutuellement incompatibles.

Cette interprétation des alinéas 2 et 3 de l'avis de requête trouve sa confirmation dans l'affidavit de Norman S. Rankin fourni à l'appui de la requête, aux alinéas 3 et 4 de cet affidavit. A l'alinéa 3, l'auteur jure qu'on excipera de la compétence de la Cour, *ratione materiae*: celle que soulève la déclaration.

Ainsi ce qui serait contesté serait la compétence de la Cour, *ratione materiae*: celle alléguée dans la déclaration à l'encontre de la défenderesse TRW Inc., et non sa compétence *ratione personae* vis-à-vis TRW Inc.

Si c'était le cas, il serait normal de présumer que la défenderesse aurait demandé l'autorisation, sur le fondement de la Règle 401, de produire un acte de comparution conditionnelle afin, d'une part, de faire opposition à la signification de la notification de la déclaration et, d'autre part, pour incompetence vis-à-vis la défenderesse TRW Inc., ce qui n'a pas été fait expressément.

Si c'est la compétence matérielle qui est entreprise, il n'y a aucune raison pratique de demander l'autorisation de produire un acte de comparution conditionnelle. Le déclinatoire n'est pas soulevé alors. Ceci est accepté.

Si c'est de la compétence personnelle, et non matérielle, dont on excipe, alors des considérations différentes peuvent fort bien s'appliquer s'il n'est pas approprié de recourir à la Règle 401, alinéa b), comme il semble que ce soit le cas d'après le libellé de l'avis de requête.

Les troisième et quatrième conclusions sont alternatives, soit: (1) l'annulation de l'ordonnance de signification *ex juris*; soit: (2) l'annulation de la signification, à la défenderesse TRW Inc., de la notification de la déclaration.

Sur le fondement des précédentes remarques, qui en substance ont été plaidées à l'instruction de la requête, j'ai statué que la demande d'autorisation de dépôt d'un acte de comparution conditionnelle, pour exciper du déclinatoire, ne pouvait se concilier avec la demande d'autorisation d'un con-

affidavit upon which the order for service was based.

It was also my view expressed at that time that the alternative remedies sought were premature and not sufficiently supported by affidavit evidence.

I made the gratuitous suggestion that the orders sought in paragraphs 2, 3, 4 and 5 of the motion might be withdrawn and that the hearing be devoted exclusively to the request for the order to require the attendance of the affiant of the supporting affidavit to allow for cross-examination thereon. It became abundantly clear that the reason for such order was to form the basis of an order to strike out the order for service *ex juris*.

I am of the view that a motion made at trial or before to set aside service as being improperly effected cannot be construed as a waiver of any irregularity in the service and accordingly cannot be construed as attorning to the jurisdiction by appearing. This, in my belief, is the common law. Rule 401 embodies a restatement of that law and is not intended to be an exhaustive codification thereof.

If such was the objective sought by paragraphs 2 and 3 of the notice of motion and that objective was consistent with paragraphs 3 and 4 of the supporting affidavit a great deal of effort might have been avoided by a straight forward invocation of paragraph (b) of Rule 401.

Thus I am now left with the crux of this matter which is simply this:

Is there authority to make an order requiring the affiant of the affidavit in support of the order for service *ex juris* to attend for cross-examination on that affidavit?

In *Volckmar v. Krupp* [1958] O.W.N. 303, the plaintiff obtained leave for service on the defendant out of the jurisdiction based on an affidavit of the plaintiff. The defendant was moving to set aside the order and sought an order to cross-examine the plaintiff on his affidavit leading to the Master's order permitting such cross-examination stating that "it was admitted that the affidavit in question would be used to support the impeached order of the master". (There was no such admission in the present application.) Therefore it was

tre-interrogatoire portant sur l'affidavit servant de fondement à l'ordonnance de signification.

J'ai d'ailleurs dit alors que les recours subsidiaires étaient prématurés et insuffisamment fondés par la preuve administrée par affidavit.

J'ai, naïvement, suggéré de retirer les conclusions des alinéas 2, 3, 4 et 5 de la requête et de consacrer l'audience uniquement à l'instruction de la conclusion demandant la présence de l'auteur de l'affidavit pour le soumettre à un contre-interrogatoire. Il devint alors manifeste que le motif d'une telle conclusion était de justifier l'obtention d'une ordonnance de radiation de l'ordonnance de signification *ex juris*.

Je suis d'avis qu'une requête, présentée avant ou après que la cause est en état, en annulation d'une signification, parce qu'effectuée à mauvais droit, ne peut être interprétée comme une renonciation à quelque vice de la signification et en conséquence comme un acquiescement de la compétence juridictionnelle par le fait de comparaître. C'est là, je crois, la *common law*. La Règle 401 est déclaratoire de celle-ci sans en être une codification exhaustive.

Si c'est là ce qu'on cherche à atteindre par les alinéas 2 et 3 de la notification de la requête, et si cet objectif est compatible avec les alinéas 3 et 4 de l'affidavit d'appui, on aurait pu éviter de se donner tant de mal en invoquant carrément l'alinéa b) de la Règle 401.

Ainsi je me retrouve maintenant en face du nœud de l'affaire qui est tout simplement:

[TRADUCTION] Y a-t-il de la jurisprudence autorisant d'ordonner à l'auteur d'un affidavit fondant une ordonnance de signification *ex juris* de se soumettre à un contre-interrogatoire portant sur cet affidavit?

Dans *Volckmar c. Krupp* [1958] O.W.N. 303 le demandeur obtint l'autorisation de faire une signification au défendeur hors de la juridiction sur le fondement de son affidavit à lui demandeur. Le défendeur qui demandait l'annulation de l'ordonnance concluait à une ordonnance de contre-interrogatoire du demandeur au sujet de son affidavit, ce qui amena l'ordonnance du *Master* autorisant le contre-interrogatoire attendu que [TRADUCTION] «il était admis que l'affidavit en question servirait à fonder l'ordonnance du *master* entreprise». (Il

an affidavit to be used in the motion and *prima facie* the defendant was entitled to cross-examine on it.

It was stated that in the *ex parte* application leading to the order there was no opportunity to cross-examine.

Reference was made to *Holmested* to the effect that when the proceeding in which the affidavit is filed has been disposed of the right to cross-examine was gone and to *The Catholic Publishing Co. v. Wyman* (1862-63) 11 W.R. 399 per Wood V.C. stating that the right to cross-examine is gone when the litigation of the moment was over.

That certainly was the reasoning adopted by Mr. Preston in refusing the request for a subpoena.

However it was stated that in the case of an *ex parte* application the litigation of the moment was not over until the right to set aside the order had expired.

The order was therefore granted to cross-examine on the affidavit.

On appeal the order was confirmed by Wells J., as he then was.

In the *Province of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.* (1977) 13 Nfld. & P.E.I.R. and 29 A.P.R. 421 the plaintiff obtained an *ex parte* order for service of a writ of summons out of the jurisdiction after the service of which the defendant, Quebec Hydro, appeared for an order for the attendance and cross-examination of the deponent of the affidavit used in support of the plaintiff's application.

The matter came before Goodridge J. on January 26, 1977 who held that the defendant was not entitled to cross-examine the deponent, where the matter in which the affidavit was used was closed but that cross-examination would be available on that affidavit only if it was used in a subsequent proceeding to set out the order.

He said this at pages 431, 432:

n'y a aucun aveu semblable dans la présente demande.) Il s'ensuivait qu'il s'agissait d'un affidavit destiné à servir à la requête et, de prime abord, le défendeur était en droit de contre-interroger
a là-dessus.

On disait dans la demande *ex parte* dont résulta l'ordonnance qu'il n'existait aucune possibilité de contre-interroger.

b On a cité *Holmested* pour soutenir qu'une fois qu'on a statué en l'instance en laquelle l'affidavit a été produit tout droit à un contre-interrogatoire s'évanouit, ainsi que l'affaire *The Catholic Publishing Co. c. Wyman* (1862-63) 11 W.R. 399, où le vice-chancelier Wood affirme que le droit de
c contre-interroger disparaît au terme de l'instance.

C'est certainement le raisonnement que suivit M. Preston lorsqu'il refusa la convocation, le
d *subpœna*.

Toutefois on dit que dans le cas d'une requête *ex parte* l'instance n'arrive pas à son terme tant que le droit de faire annuler l'ordonnance demeure.

e

L'ordonnance de contre-interroger au sujet de l'affidavit fut donc accordée.

f En appel je juge Wells, en la qualité qu'il avait alors, la confirma.

Dans *La province de Terre-Neuve c. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.* (1977) 13 Nfld. & P.E.I.R. and 29 A.P.R. 421 la demanderesse obtint
g une ordonnance *ex parte* de signification d'un bref d'assignation hors de la juridiction sur signification de laquelle la défenderesse, l'Hydro-Québec, demanda une ordonnance exigeant la présence et le contre-interrogatoire du déposant de l'affidavit
h fourni en justification de la requête de la demanderesse.

i Le juge Goodridge instruisit l'affaire le 26 janvier 1977 et statua que la défenderesse n'avait pas droit de contre-interroger le déposant une fois close l'instance où l'on avait utilisé l'affidavit mais qu'il pourrait y avoir contre-interrogatoire portant sur cet affidavit si, et uniquement si, il servait en une instance subséquente en annulation de
j l'ordonnance.

Il dit ceci aux pages 431 et 432:

Turning now to item 2, the second defendant seeks to cross examine Mr. Hickman on his affidavit pursuant to Order XXXIV, Rule 1. This is easily disposed of. The rule reads as follows:

1. Upon any motion, petition, or summons, evidence may be given by affidavit; but the Court or a Judge may, on the application of either party, order the attendance for cross-examination of the person making any such affidavit.

The affidavit of Mr. Hickman was presented in support of an application made ex parte for an order for service out of the jurisdiction. That application was heard, the order was granted and the matter is at an end.

The second defendant now proposes to move for an order to discharge that order. It is a new motion, a new hearing, and not a continuation of the original application.

In the hearing of the motion, the second defendant may, and probably should, present evidence by affidavit showing why the order should be discharged. The deponent in such affidavit may be cross-examined. In answer to the motion the plaintiff may rely on a fresh affidavit, or several fresh affidavits, using or ignoring the original affidavit, as it chooses, but the deponent in any affidavit on which the plaintiff relies may be cross-examined.

As the motion to discharge the order has not yet been made and as I do not know at this point whether or not the plaintiff intends to rely on the affidavit of Mr. Hickman in opposition to the motion, I cannot at this point make the order sought that Mr. Hickman be examined on his affidavit.

In *Strauss v. Goldschmidt* (1891-92), 8 T.L.R. 239, the court, while refusing an application to cross-examine, said that it would make such an order where necessary. However, in that case the defendants gave notice that they would be relying on an earlier affidavit in support of their motion to discharge an order for service ex juris and the deponent thereby became subject to cross-examination.

There is no doubt that a deponent may be cross-examined if his affidavit is being used to support or oppose an application, but not otherwise.

The same question was renewed and again considered by Goodridge J. in *Province of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.* (1978) 16 Nfld. & P.E.I.R. and 42 A.P.R. 460, on May 12, 1977. He had this to say at pages 471, 472:

Under Order XXXIV, Rule 1, upon a motion, evidence may be given by affidavit and the court may order the attendance of the deponent for cross-examination.

Jurisdiction to order such attendance in this respect is confined to deponents who have given evidence on a motion by way of affidavit. It does not extend to deponents who gave evidence by affidavit in an earlier application, ex parte or otherwise.

I am aware that I did not follow the decision in *Volckmar v. Krupp*, [1958] O.W.N. 303, where cross-examination on an

[TRADUCTION] Examinant maintenant l'item n° 2, la codéfenderesse voudrait contre-interroger M. Hickman au sujet de son affidavit sur le fondement de l'Ordonnance XXXIV, Règle 1. C'est là chose facile à juger. Voici la règle:

1. Lorsque est en cause quelque requête, pétition ou assignation, on peut fournir un affidavit comme preuve mais la cour, ou le juge, sont autorisés, sur demande de l'une des parties en cause, à ordonner à l'auteur de l'affidavit de se présenter pour subir un contre-interrogatoire.

L'affidavit de M. Hickman a été fourni pour appuyer une demande ex parte de signification hors de la juridiction. La demande fut instruite, l'ordonnance accordée, et la cause entendue.

La codéfenderesse demande maintenant l'annulation de cette ordonnance. C'est là une nouvelle requête, une nouvelle instance, non la continuation de la demande originelle.

Lors de son instruction, la codéfenderesse pourra, et probablement devra, offrir comme preuve un affidavit démontrant pourquoi l'ordonnance doit être réformée. Le déposant de l'affidavit pourra être contre-interrogé. En réplique à la demande, la demanderesse pourra avoir recours à un nouvel affidavit, ou à plusieurs, et se prévaloir du premier affidavit, ou l'ignorer, à son choix, mais le déposant de tout affidavit qu'invoquera la demanderesse pourra être contre-interrogé.

Comme la demande d'annulation de l'ordonnance n'a pas encore été intentée et comme j'ignore en cet état de la cause si oui ou non la demanderesse entend se prévaloir de l'affidavit de M. Hickman pour s'opposer à la requête, je ne puis, en cet état de la cause, rendre l'ordonnance, demandée, d'interroger M. Hickman au sujet de son affidavit.

Dans *Strauss c. Goldschmidt* (1891-92) 8 T.L.R. 239, la Cour, qui rejetait la demande de contre-interrogatoire, a dit qu'elle pourrait rendre une telle ordonnance lorsque nécessaire. Toutefois en cette espèce les défendeurs notifèrent qu'ils s'appuyeraient sur un affidavit antérieur pour fonder leur demande d'annulation de l'ordonnance de signification ex juris et le déposant devint par ce fait sujet au contre-interrogatoire.

Il ne fait aucun doute qu'un déposant peut être contre-interrogé si son affidavit sert à appuyer une demande, ou à y faire opposition, mais non autrement.

La même question se posa à nouveau, et à nouveau le juge Goodridge en fut saisi, dans *La province de Terre-Neuve c. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.* (1978) 16 Nfld. & P.E.I.R. and 42 A.P.R. 460, le 12 mai 1977. Voici ce qu'il dit aux pages 471 et 472:

[TRADUCTION] Selon l'Ordonnance XXXIV, Règle 1, dans le cas d'une requête, on peut fournir en preuve un affidavit et la cour peut ordonner que le déposant se présente pour être contre-interrogé.

La compétence personnelle d'ordonner de se présenter à cet effet est limitée aux déposants qui ont fourni un affidavit comme preuve à l'appui d'une requête. Elle ne s'étend pas à ceux qui ont fourni un affidavit comme preuve d'une demande antérieure, ex parte ou autre.

J'ai conscience de ne pas me conformer à la décision en l'affaire *Volckmar c. Krupp* [1958] O.W.N. 303, où on a

affidavit tendered to support an ex parte application was permitted on a motion to set aside that order. In that case, as in *Strauss v. Goldschmidt* (1891-92), 8 T.L.R. 239, it was admitted that the original affidavit would be used to support the order on the motion to discharge it.

In the *Volckmar* case, however, the court went farther than in the *Strauss* case and said that in the case of an ex parte application, the issue is not over until the right to set aside the order has expired.

I cannot extend such reasoning to the rules of this court where the jurisdiction to require the attendance of a deponent is confined to these deponents whose affidavits have been used on the motion before court.

The ex parte application and the motion to discharge are two separate proceedings. While the same principles apply to the making of a decision in each situation, the second is a new matter and not a continuation of the first.

The second defendant may argue that, on the basis of the original affidavit, or on the basis of facts supported by affidavit, the order ought not to have been made. If the original affidavit, or any other affidavit is used, in opposition to the motion, then the deponent may be cross-examined. That is in the discretion of the court, an observation which as I have said, I unfortunately omitted when I made my first order.

Goodridge J. distinguished *Volckmar v. Krupp* and *Strauss v. Goldschmidt* (to which he also referred) on the ground that "it was admitted that the original affidavit would be used to support the order on the motion to discharge it".

I have previously mentioned that no such admission was forthcoming in the present matter.

But Goodridge J. did not accept the statement in *Volckmar v. Krupp* that [at page 304] "In the case of an ex parte application the litigation of the moment was not over until the right under Rule 217 [in this instance Federal Court Rule 401] to set aside the order has expired." [The insertion in parenthesis is mine.]

Rather he said and I repeat for emphasis:

The ex parte application and the motion to discharge are two separate proceedings. While the same principles apply to the making of a decision in each situation, the second is a new matter and not a continuation of the first.

This decision of Goodridge J. (that is 16 Nfld. & P.E.I.R. and 42 A.P.R. 460 and not 13 Nfld. & P.E.I.R. and 29 A.P.R. 421 as incorrectly stated in

autorisé un contre-interrogatoire relatif à un affidavit fourni à l'appui d'une demande ex parte lors d'une requête en annulation de celle-ci. En cette espèce, comme dans *Strauss c. Goldschmidt* (1891-92) 8 T.L.R. 239, il a été reconnu que le premier affidavit servirait à appuyer l'ordonnance que veut faire annuler la requête.

Dans l'affaire *Volckmar* toutefois, la Cour alla plus loin que dans l'affaire *Strauss* et affirma que dans le cas d'une demande ex parte l'instance n'est pas arrivée à son terme tant que le droit de faire réformer l'ordonnance n'est pas éteint.

Je ne puis étendre ce raisonnement aux règles de notre juridiction où la compétence de requérir la présence du déposant se limite à ceux dont les affidavits ont servi pour la requête dont la Cour est saisie.

La demande ex parte et la requête en annulation sont deux instances distinctes. Bien que les mêmes principes s'appliquent à la décision à rendre dans chaque cas, la seconde est une nouvelle affaire et non la continuation de la première.

La codéfenderesse peut toujours prétendre que, selon le premier affidavit, ou selon les faits qu'il rapporte, l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue. Si on se sert de cet affidavit, ou de tout autre, pour faire opposition à la requête, le déposant pourra alors être contre-interrogé. Il appartiendra à la Cour d'en décider; elle a un pouvoir discrétionnaire à ce sujet, observation que j'ai, comme je l'ai dit, malheureusement omise lorsque j'ai rendu la première ordonnance.

Le juge Goodridge différencie les affaires *Volckmar c. Krupp* et *Strauss c. Goldschmidt* (auxquelles lui aussi avait fait référence) parce que [TRADUCTION] «il a été reconnu que le premier affidavit servirait à appuyer l'ordonnance que veut faire annuler la requête».

J'ai déjà dit qu'aucun aveu de ce genre n'est envisagé en l'espèce.

Mais le juge Goodridge n'a pas reconnu fondé l'affirmation faite dans *Volckmar c. Krupp* [à la page 304] que [TRADUCTION] «Dans le cas d'une demande ex parte, l'instance n'est pas arrivée à son terme tant que le droit que prévoit la Règle 217 [en notre espèce la Règle 401 de la Cour fédérale] de faire réformer l'ordonnance n'est pas éteint». [La parenthèse insérée est de moi.]

Au contraire il dit, je le répète ici pour bien le souligner:

[TRADUCTION] La demande ex parte et la requête en annulation sont deux instances distinctes. Bien que les mêmes principes s'appliquent à la décision à rendre dans chaque cas, la seconde est une nouvelle affaire et non la continuation de la première.

La décision du juge Goodridge (celle rapportée à 16 Nfld. & P.E.I.R. and 42 A.P.R. 460 et non celle rapportée en 13 Nfld. & P.E.I.R. and 29

the headnote to the judgment of the Court of Appeal) was appealed. The judgment of the Court of Appeal was given on March 3, 1978 and is reported in (1978) 15 Nfld. & P.E.I.R. and 38 A.P.R. 77.

In the reasons of Gushue J.A., reference is made to the order of Goodridge J. followed by this reference (see 13 Nfld. & P.E.I.R., 29 A.P.R. 421). This note in parenthesis would have been inserted by the editor of the report and not by Gushue J.A. (I surmise the Court reference should have been to 16 Nfld. & P.E.I.R. and 42 A.P.R. 460.)

The first matter was heard by Goodridge J. on January 7, 1977 and judgment was delivered on January 26, 1977.

The renewed application was heard by Goodridge J. on March 11, 1977 and he delivered judgment on May 12, 1977.

The appeal was heard on October 28, 1977 and judgment was delivered on March 3, 1978.

The confusion arises in that the Court of Appeal decision is reported in 15 Nfld. & P.E.I.R. and 38 A.P.R. 77 and the second judgment of Goodridge J. is reported in 16 Nfld. & P.E.I.R. and 42 A.P.R. 460 which is a later volume. The only explanation I can hazard is that the judgment of Goodridge J. on the renewed application was reported after the judgment of the Court of Appeal had been given and which had been reported earlier.

Gushue J.A. delivered the unanimous decision on behalf of the Court of Appeal. He had this to say at pages 83 and 84:

Before getting into the main grounds of appeal (although it is one of the grounds of appeal), the question arises as to whether the learned trial judge should have allowed counsel for Hydro-Quebec the right to cross-examine the Attorney-General, Mr. Hickman, on the affidavit made by him, and based on which the Chief Justice made his ex parte order. Counsel bases his argument upon the provisions of Order 34, Rule 1 which states that:-

Upon any motion, petition, or summons, evidence may be given by affidavit; but the Court or a Judge may, on the application of either party, order the attendance for cross-examination of the person making any such affidavit.

The learned trial judge held that the rule was not applicable and in my view he was technically correct. Order 34, and this particular rule, is concerned with the utilization of affidavit

A.P.R. 421 comme le dit erronément le sommaire de l'arrêt de la Cour d'appel) fit l'objet d'un appel. L'arrêt de la Cour d'appel fut rendu le 3 mars 1978 et est publié dans (1978) 15 Nfld. & P.E.I.R. and 38 A.P.R. 77.

Dans ses motifs le juge Gushue, de la Cour d'appel, cite l'ordonnance du juge Goodridge et ajoute, comme référence: (voir 13 Nfld. & P.E.I.R., 29 A.P.R. 421). Cette référence, qui est entre parenthèses, aurait été insérée par l'arrêstiste, non par le juge Gushue. (Je suppose que la référence aurait dû être: 16 Nfld. & P.E.I.R. and 42 A.P.R. 460.)

Le juge Goodridge connut de la première affaire le 7 janvier 1977 et rendit jugement le 26 janvier.

Il instruisit la nouvelle demande le 11 mars et prononça jugement le 12 mai.

L'appel fut entendu le 28 octobre et l'arrêt rendu le 3 mars 1978.

Il y a confusion parce que l'arrêt de la Cour d'appel est publié dans 15 Nfld. & P.E.I.R. and 38 A.P.R. 77 alors que le deuxième jugement du juge Goodridge l'est lui dans 16 Nfld. & P.E.I.R. and 42 A.P.R. 460, un recueil ultérieur. La seule explication que je puisse avancer serait que le jugement du juge Goodridge portant sur la demande renouvelée n'a été publié qu'après que l'arrêt de la Cour d'appel ait été rendu, lequel aurait déjà été publié alors.

Le juge Gushue rendit l'arrêt au nom de la Cour d'appel, unanime. Voici ce qu'il dit aux pages 83 et 84:

[TRADUCTION] Avant d'en venir aux principaux moyens d'appel (quoique ce qui suit en soit un), il faut se demander si l'éminent juge du fond aurait dû permettre à l'avocat de l'Hydro-Québec de contre-interroger le procureur général, M. Hickman, au sujet de l'affidavit dont il était saisi, et sur le fondement duquel le juge en chef avait rendu son ordonnance ex parte. L'avocat fait valoir les dispositions de l'Ordonnance 34, Règle 1, qui déclare:

Lorsque est en cause quelque requête, pétition ou assignation, on peut fournir un affidavit comme preuve mais la cour, ou le juge, sont autorisés, sur demande de l'une des parties en cause, à ordonner à l'auteur de l'affidavit de se présenter pour subir un contre-interrogatoire.

L'éminent juge de première instance a jugé que la règle ne s'appliquait pas et, à mon avis, c'était, techniquement, à bon droit. L'Ordonnance 34, et en particulier cette règle, concerne

evidence in court and chambers hearings inter partes, and not with affidavits used in ex parte applications. However, in my further view, the right to order cross-examination still remained with the learned judge. Being a review of an order granted ex parte which order was not one of course to which the applicant was entitled as of right, I have no doubt that on such hearing the sitting judge has the discretionary power to order cross-examination on any affidavit previously relied on in the matter if he is satisfied that there is a valid reason for doing so.

The motion to discharge is a review of an ex parte order which is an extension of the normal right of review because it provides for such before appearance by the defendant. It is perhaps more usual for the judge who granted the ex parte order in the first instance to hear the inter partes motion to strike out (although there is certainly nothing improper with another judge hearing it), and in my view he is still exercising his discretion on the basis of the evidence submitted by both parties as to whether he will allow the earlier order to stand. It is thus not an appeal, but an extension or review of the first application and in my view the judge can order cross-examination if he deems it necessary.

In my view Gushue J.A. rejects the conclusion of Goodridge J., contrary to that in *Volckmar v. Krupp* that the *ex parte* application and the motion to discharge are two separate proceedings and the motion to discharge is not a new matter but is rather a continuation of the first when he said:

... the right to order cross-examination still remained with the learned trial judge

and when he said:

The motion to discharge is a review of an ex parte order which is an extension of the normal right of review because it provides for such before appearance by the defendant

and

It is thus not an appeal, but an extension or review of the first application

As I appreciate the language of Gushue J.A. it is an adoption of the reasoning in *Volckmar v. Krupp* to the effect that the application to rescind the grant of the *ex parte* order is a continuation of the same proceeding and not a new and separate proceeding.

I therefore conclude that the judgment of Gushue J.A. and that in *Volckmar v. Krupp* are authority for the proposition that there is the right to order cross-examination on the affidavit submitted in support of the *ex parte* order for service out

l'emploi d'affidavits comme preuve, devant la cour ou en chambre du conseil, en procédure contradictoire et non dans le cas des demandes ex parte. Toutefois j'ajouterais que l'éminent juge conservait toujours le pouvoir d'ordonner un contre-interrogatoire. Comme il s'agit d'une procédure de révision d'une ordonnance octroyée ex parte, ce qui n'allait pas de soi, la requérante ayant la charge d'établir qu'elle y a droit, je ne doute pas qu'à son instruction le juge saisi détienne le pouvoir d'ordonner un contre-interrogatoire relativement à tout affidavit dont on se serait au préalable prévalu en l'espèce s'il est suffisamment convaincu que de bonnes raisons militent en ce sens.

Une requête en annulation constitue une procédure de révision d'une ordonnance rendue ex parte qui élargit le droit ordinaire de révision car elle la prévoit avant que le défendeur ne compare. Il est peut-être plus habituel que le juge qui a accordé l'ordonnance ex parte en premier lieu instruisse la requête en radiation selon la procédure contradictoire (quoique rien n'interdise que ce soit un autre qui le fasse) et, à mon avis, il exerce toujours son pouvoir discrétionnaire, en fonction de la preuve que lui administre les deux parties, pour qu'il confirme, ou non, l'ordonnance en cause. Il ne s'agit donc pas d'un appel mais d'une réouverture ou d'une révision de la première demande et, à mon avis, le juge peut ordonner le contre-interrogatoire s'il l'estime nécessaire.

A mon avis, le juge Gushue, de la Cour d'appel, rejette la conclusion du juge Goodridge, contraire à celle de l'affaire *Volckmar c. Krupp*, voulant que la demande *ex parte* et la requête en annulation constituent deux instances séparées, la requête en annulation ne serait pas une nouvelle instance mais plutôt rouvrirait la première, lorsqu'il dit:

... l'éminent juge conservait toujours le pouvoir d'ordonner un contre-interrogatoire

et lorsqu'il ajoute:

Une requête en annulation constitue une procédure de révision d'une ordonnance rendue ex parte qui élargit le droit ordinaire de révision car elle la prévoit avant que le défendeur ne compare

et

Il ne s'agit donc pas d'un appel mais d'une réouverture ou d'une révision de la première demande

Si je comprends bien les dires du juge Gushue, de la Cour d'appel, il adopte le raisonnement tenu dans *Volckmar c. Krupp*, la demande de rescision de l'ordonnance octroyée *ex parte* constitue un prolongement de la même instance, non une nouvelle instance distincte.

J'en conclus donc que l'arrêt du juge Gushue et l'affaire *Volckmar c. Krupp* font jurisprudence et autorisent d'ordonner un contre-interrogatoire portant sur l'affidavit fourni à l'appui d'une ordonnance *ex parte* de signification hors de la juridic-

of the jurisdiction in a subsequent application to rescind that order. In its present application the defendant, TRW Inc., seeks to set aside that order but the hearing of that application is premature if cross-examination on the affidavit is ordered.

Thus I conclude that there is authority to order cross-examination on the affidavit.

Having so concluded the next question which arises is whether I have a discretion in the matter.

In *Province of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.*, Gushue J.A. stated that such a discretion was vested in Goodridge J. and that the learned Trial Judge had properly exercised that discretion.

The Newfoundland Rule upon which the application for leave to cross-examine was based is Order 34, Rule 1 which was quoted in the extract from the reasons of Gushue J.A. previously quoted but is repeated here for convenience:

Upon any motion, petition, or summons, evidence may be given by affidavit; but the Court or a Judge may, on the application of either party, order the attendance for cross-examination of the person making any such affidavit.

The pertinent Rule of the *Federal Court Rules* is Rule 332(5) which reads:

Rule 332. . . .

(5) Any person making an affidavit that has been filed may be required to appear before a prothonotary, or any other person specially appointed by a prothonotary or the Court, or agreed upon by the parties for that purpose, to be cross-examined thereon; and the attendance of such person may be enforced by subpoena (*Rule 333*). Two clear days' notice of such cross-examination is to be given by the cross-examining party to the opposite party.

Under the Newfoundland Rule leave to cross-examine must be by application of a party to the Court. Since leave is required that necessarily imports a discretion to grant such leave.

Under Federal Court Rule 332(5) leave is not required from which it follows that a party has the right to cross-examine the person who made an affidavit as of right. Therefore no question of discretion by the Court is involved.

tion lors d'une demande subséquente de rescision de cette ordonnance. Dans sa demande actuelle la défenderesse, TRW Inc., conclut à l'annulation de l'ordonnance mais son instruction est prématurée si un contre-interrogatoire portant sur l'affidavit est ordonné.

Ainsi je statue que la jurisprudence autorise d'ordonner un contre-interrogatoire portant sur un affidavit.

Ayant statué en ce sens, la question qui se pose ensuite est de savoir si je détiens en la matière un pouvoir discrétionnaire.

Dans l'affaire *La province de Terre-Neuve c. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.* le juge Gushue, de la Cour d'appel, a dit que le juge Goodridge détenait un tel pouvoir et que c'est à bon droit qu'il l'avait exercé.

La Règle terre-neuvienne sur laquelle se fondait la demande d'autorisation de contre-interroger était l'Ordonnance 34, Règle 1, citée dans l'extrait des motifs du juge Gushue, eux-mêmes déjà cités; elle est répété ici pour plus de commodité:

Lorsque est en cause quelque requête, pétition ou assignation, on peut fournir un affidavit comme preuve mais la cour, ou le juge, sont autorisés, sur demande de l'une des parties en cause, à ordonner à l'auteur de l'affidavit de se présenter pour subir un contre-interrogatoire.

La Règle correspondante de la Cour fédérale est la Règle 332(5) que voici:

Règle 332. . . .

(5) Toute personne ayant fait un affidavit qui a été déposé peut être requise de comparaître devant un protonotaire, ou devant toute autre personne spécialement nommée par un protonotaire ou par la Cour, ou désignée à cette fin du consentement des parties, pour être contre-interrogée au sujet de son affidavit; et cette personne peut être contrainte à comparaître par subpoena (*Règle 333*). La partie qui demande un tel contre-interrogatoire doit donner à ce sujet, à la partie opposée, un préavis de 2 jours francs.

Selon la Règle terre-neuvienne une partie peut obtenir, sur demande, présentée à la Cour, l'autorisation de contre-interroger. La nécessité d'obtenir une autorisation implique un pouvoir discrétionnaire, de l'accorder ou non.

La Règle 332(5) de la Cour fédérale, elle, ne parle pas d'autorisation, d'où il suit que les parties ont de droit celui de contre-interroger l'auteur de l'affidavit. Il s'ensuit qu'aucune question de pouvoir discrétionnaire dévolu à la Cour n'est en cause.

Accordingly it is ordered that James R. Stokes should be produced for cross-examination on his affidavit sworn on December 7, 1979 and used in support of the *ex parte* order for service on the defendant, TRW Inc., out of the jurisdiction granted on December 13, 1979 at a time and place to be agreed upon between the plaintiffs and the defendant, TRW Inc.

It is not appropriate that there should be any order for costs either for or against the plaintiff or the defendant, TRW Inc., at this time.

En conséquence il est ordonné qu'on présente James R. Stokes pour qu'il subisse un contre-interrogatoire portant sur son affidavit fait le 7 décembre 1979 et fourni pour justifier l'ordonnance *ex parte* de signification à la défenderesse, TRW Inc., hors de la juridiction, octroyée le 13 décembre 1979, aux temps et lieu dont conviendront les demandereses et la défenderesse TRW Inc.

Il serait inopportun d'accorder les dépens, que ce soit à la demanderesse ou à la défenderesse, TRW Inc., en cet état de la cause.