

T-2919-74

T-2919-74

C. Ralph Lipper (Plaintiff)

v.

The Queen (Defendant)

Trial Division, Walsh J.—Montreal, October 16 and 17, 1978.

Practice — Discovery — Application pursuant to Rule 465(19) to examine individual neither a party to the action nor an officer or employee of corporation party to the action — Plaintiff unable to answer questions on discovery, and refused to answer others on the ground of professional confidence — Defendant seeks to examine individual said to be able to answer questions as being promoter to enterprise central to facts of plaintiff's action — Argued that proposed examination for discovery necessary for defendant to appreciate case to be met — Whether or not Court should grant order for examination for discovery — Federal Court Rule 465(19).

Defendant moves pursuant to Rule 465(19) to have a further examination for discovery of Murray Shostek in his personal capacity and as an officer of Intermedia Studios Inc., formerly Potterton Productions Inc., neither Shostek nor the corporation being parties to the proceedings. At the examination for discovery in this action concerning losses incurred as a result of involvement as a limited partner in a film enterprise, plaintiff Lipper frequently stated that he was unable to answer questions, such knowledge being that of Shostek, an officer of Potterton Productions Inc., and the promoter of the enterprise. Lipper, an attorney, revealed that he represents either Intermedia or Shostek, and therefore can refuse to answer certain questions on the ground of professional confidence. Defendant contends that without an opportunity of examining Shostek the information required to appreciate the case that defendant is required to meet cannot be obtained.

Held, the application is allowed. Rule 465(19) is not intended to open the door to a series of discoveries including that of persons who are not parties to the case nor in the employ of a party but may merely be important witnesses possessing pertinent information the details of which the examining party wishes to ascertain. On the other hand, it is not limited to the re-examination of a witness already examined for discovery, nor apparently to an employee or agent of a party. Shostek is in possession of highly pertinent information which plaintiff Lipper cannot or will not provide and his examination for discovery may be very useful in giving necessary factual information to assist in the final determination of the issues. While not a party to the action, Shostek is hardly a disinterested third party and his examination is not in the nature of a fishing expedition. This is a proper case for the exercise of the Court's discretion on Rule 465(19).

Frost v. Minister of National Revenue T-2536-72, *Gray v. Minister of National Revenue* T-2537-72, *Butcher v. Minister of National Revenue* T-2422-72 [1974] 2 F.C. 689,

C. Ralph Lipper (Demandeur)

c.

a La Reine (Défenderesse)

Division de première instance, le juge Walsh—Montréal, les 16 et 17 octobre 1978.

b Pratique — Interrogatoire préalable — Requête fondée sur la Règle 465(19) et tendant à l'interrogatoire préalable d'une personne qui n'est ni partie à l'action ni un dirigeant ou employé de la compagnie en cause — Le demandeur n'a pu répondre aux questions posées à l'interrogatoire préalable, et a invoqué le secret professionnel pour refuser de répondre à c d'autres — La défenderesse demande à interroger une personne qui serait à même de répondre aux questions en sa qualité de promoteur de l'entreprise en cause — La défenderesse soutient que l'interrogatoire préalable envisagé lui est nécessaire pour défendre sa cause — Il échet d'examiner s'il y a lieu de rendre l'ordonnance d'interrogatoire préalable — d Règle 465(19) de la Cour fédérale.

La défenderesse se fonde sur la Règle 465(19) pour demander l'interrogatoire préalable de Murray Shostek à titre personnel et en sa qualité de dirigeant de la Intermedia Studios Inc., ci-devant Potterton Productions Inc., alors que ni Shostek ni la compagnie n'est partie à l'action. Au cours de l'interrogatoire préalable de cette action portant sur des pertes résultant de la participation à une société à responsabilité limitée de production cinématographique, le demandeur Lipper déclara à plusieurs reprises qu'il ne pouvait répondre aux questions, celles-ci étant du ressort de Shostek qui est un dirigeant de Potterton Productions Inc. et le promoteur de l'entreprise. Lipper, qui est *f* avocat, déclara qu'il représentait Intermedia et Shostek et qu'il pouvait refuser de répondre à certaines questions pour cause de secret professionnel. La défenderesse soutient que si elle ne peut interroger Shostek, elle ne pourra pas obtenir les renseignements dont elle a besoin pour apprécier la preuve que la partie adverse lui opposera.

g Arrêt: la requête est accueillie. La Règle 465(19) n'a pas pour objet d'ouvrir la porte à des interrogatoires préalables en série, dont l'interrogatoire de personnes qui ne sont ni en cause ni au service d'une partie, mais seulement des témoins importants ayant en leur possession des renseignements dont la partie qui interroge désire connaître le détail. En revanche, elle n'est *h* pas limitée au nouvel interrogatoire d'un témoin ayant déjà fait l'objet d'un interrogatoire préalable ni, apparemment, à un préposé ou mandataire d'une partie. Shostek est en possession d'informations des plus pertinentes que le demandeur Lipper ne peut pas, ou ne veut pas, fournir; son interrogatoire préalable *i* pourrait être fort utile en ce qu'il fournirait des renseignements sur les faits nécessaires à la solution finale du litige. Quoiqu'il ne soit pas en cause, Shostek n'est nullement un tiers désintéressé et son interrogatoire ne se ferait pas à l'aveuglette. Voilà un cas qui justifie l'exercice du pouvoir discrétionnaire que la Cour tient de la Règle 465(19).

Arrêts mentionnés: *Frost c. Le ministre du Revenu national* T-2536-72, *Gray c. Le ministre du Revenu national* T-2537-72, *Butcher c. Le ministre du Revenu national*

referred to. *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue* [1966] Ex.C.R. 481, referred to.

APPLICATION.

COUNSEL:

M. Menard for plaintiff.
C. MacNab for defendant.

SOLICITORS:

Verchere & Gauthier, Montreal, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order delivered orally in English by

WALSH J.: Defendant moves to have a further examination for discovery of Murray Shostek as an officer of Intermedia Studios Inc., formerly Potterton Productions Inc., and in his personal capacity, neither Shostek nor the said corporation being parties to the proceedings.

The proceedings are an appeal from an income tax assessment for the 1971 taxation year arising out of a limited partnership entered into by plaintiff with a large number of other persons whereby the limited partnership acquired two motion pictures *Tiki Tiki* and *Fleur Bleue* from Potterton Productions Inc. Plaintiff claimed a loss in the 1971 taxation year from his investment being 1/88 share of the total purported loss of the limited partnership for that year; and this loss was disallowed by the Minister who did not accept the taxpayer's calculation of the total capital cost of the film, by disallowing certain expenses including capital cost allowance.

Without going into details of the various transactions, which is unnecessary for the purposes of this motion, it may be said that plaintiff contends that these films had a reasonable expectation of profit. (A somewhat similar case is under advisement in the Court of Appeal at present.) Plaintiff relies on paragraph 11(1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, subsection 1100(1) of the *Income Tax Regulations*, C 1955, and Class 18 Schedule B [SOR 66-120] of said Regulations and contends that the profitability is not a criterion to be used in determining whether a particular expen-

T-2422-72 [1974] 2 C.F. 689; *Donald Applicators Ltd. c. Le ministre du Revenu national* [1966] R.C.É. 481.

REQUÊTE.

a AVOCATS:

M. Menard pour le demandeur.
C. MacNab pour la défenderesse.

b PROCUREURS:

Verchere & Gauthier, Montréal, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

c

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance prononcés à l'audience par

LE JUGE WALSH: La défenderesse demande un nouvel interrogatoire préalable de Murray Shostek, en tant que dirigeant de la Intermedia Studios Inc., auparavant Potterton Productions Inc., et en son nom propre, alors que ni ledit Shostek, ni la compagnie, ne sont parties à l'instance.

e

L'instance est un appel formé d'une cotisation d'impôt sur le revenu pour l'année d'imposition 1971, le demandeur ayant, de concert avec un grand nombre d'autres personnes, constitué une société à responsabilité limitée, société qui acheta deux films, *Tiki Tiki* et *Fleur Bleue*, de Potterton Productions Inc. Le demandeur affecte au poste de ses pertes, pour l'année d'imposition 1971, son apport dans la société, soit 1/88 de la perte totale que prétend avoir subie la société cette année-là; le Ministre a écarté cette perte, n'acceptant pas le mode de calcul du coût total en capital du film et refusant de reconnaître fondées certaines dépenses, dont l'allocation du coût en capital.

h

Sans entrer dans le détail des diverses transactions effectuées, ce qui n'est pas nécessaire en l'instance présente, on peut dire que le demandeur prétend qu'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ces films soient rentables. (La Cour d'appel est actuellement saisie d'une affaire assez semblable.) Il invoque l'alinéa 11(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, le paragraphe 1100(1) des *Règlements de l'impôt sur le revenu*, C 1955 et la catégorie 18 de l'annexe B [DORS 66-120] de ces Règlements, et soutient que la rentabilité n'est pas un critère qui

diture may be deducted. Defendant contends that the interest of plaintiff in joining the limited partnership was to avoid payment of tax on his professional and other income and that in fact the limited partnership did not engage in the motion picture business or any other business, the transactions being sham transactions.

At the examination for discovery of Lipper he frequently stated that he was unable to answer the questions, such knowledge being that of Murray Shostek an officer of Potterton Productions Inc. who arranged the sales of the films, and in fact according to defendant's counsel was the promoter of the enterprise, capable of giving particulars of the delay in distribution of the film Tiki Tiki, its profit potential, and whether Potterton (now Intermedia) ever intended to collect the balance due on the sales. However, Lipper, an attorney, has now allegedly revealed that he represents either Intermedia or Shostek and hence can refuse to answer certain questions on the ground of professional confidence. Defendant's counsel therefore contends that without an opportunity of examining Shostek he cannot get the information required to appreciate the case which defendant is required to meet.

Rule 465(19) of the Rules of this Court relating to discovery reads:

Rule 465. . . .

(19) The Court may, for special reason in an exceptional case, in its discretion, order a further examination for discovery after a party or assignor has been examined for discovery under this Rule.

Clearly this is not intended to open the door to a series of discoveries including that of persons who are not parties to the case nor in the employ of a party but may merely be important witnesses possessing pertinent information the details of which the examining party wishes to ascertain. On the other hand it is not limited to the re-examination of a witness already examined for discovery, nor apparently to an employee or agent of a party. Plaintiff directs attention to Rule 464 permitting an order for the production of a document in the hands of a third party, and to Rule 465(5) permitting the assignor of a patent copyright, or trade mark to be examined for discovery by any party

entre en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'établir si un débours particulier peut être déduit. La défenderesse, elle, fait valoir que le demandeur, en devenant membre de la société, cherchait uniquement à éviter de payer de l'impôt sur ses revenus professionnels et autres et qu'en fait la société ne faisait pas de cinéma, ni n'avait d'autre but commercial, les transactions effectuées étant fictives.

Lors de son interrogatoire préalable, Lipper n'arrêta pas de répéter qu'il ne pouvait répondre à telle ou telle question, que c'était Murray Shostek, un dirigeant de Potterton Productions Inc. qui s'était occupé de la vente des films et qu'il, selon l'avocat de la défenderesse, était le promoteur de l'entreprise, celui qui pourrait expliquer en détails les raisons des délais intervenus dans la distribution du film Tiki Tiki, les possibilités qu'il génère un profit et si vraiment la Potterton (aujourd'hui devenue la Intermedia) avait eu l'intention de recouvrer le reste, en souffrance, du prix des ventes. Mais Lipper, qui est avocat, aurait depuis révélé qu'il représente et Intermedia et Shostek et qu'il s'ensuit qu'il peut refuser de répondre à certaines questions pour motif de secret professionnel. L'avocat de la défenderesse fait donc valoir que s'il ne peut interroger Shostek, il ne pourra obtenir les renseignements dont il a besoin pour apprécier la preuve qu'on lui opposera.

Voici le texte de la Règle 465(19) de la Cour fédérale relative à l'interrogatoire préalable:

Règle 465. . . .

(19) La Cour pourra, pour des raisons spéciales, mais exceptionnellement, et dans sa discrétion, ordonner un autre examen préalable après qu'une partie ou cédant aura été examiné au préalable en vertu de la présente Règle.

Manifestement celle-ci n'a pas pour objet d'ouvrir la porte à des interrogatoires préalables en série dont celui de personnes non parties au litige, ni au service d'une partie, mais simplement témoins importants ayant en leur possession des renseignements pertinents à l'espèce dont la partie qui veut interroger désire connaître le détail. D'autre part la Règle n'est pas limitée à l'autorisation de réinterroger un témoin ayant déjà subi un interrogatoire préalable ni, apparemment, à celle d'interroger un préposé ou mandataire d'une partie en cause. Le demandeur appelle l'attention sur la Règle 464 qui permet d'ordonner la production d'une pièce qui se trouve en la possession d'un

adverse to the assignee, as examples of specific authority in the Rules for bringing in third parties to produce documents or to be examined for discovery and contends that, in the absence of any such specific provision in Rule 465(19) it cannot be applied so as to order the examination for discovery of a third party. Reference was made to the Ontario case of *Guaranty Trust Co. v. Fleming and Talbot* [1947] 1 D.L.R. 184 at page 187 where it was held that since Rule 327 provided for the examination of an officer or servant of a corporation which is a party to the action, while no similar provision is made in the cases of Rule 334 permitting examination of a person for whose benefit an action is brought or defended, or Rule 335 where an assignor may be examined in an action brought by an assignee, it must be assumed that no such right was intended to be given. Reference was also made to the Alberta case of *Abel v. Stone* (1968) 63 W.W.R. 420 at page 428 where in reference to Rule 249 of that Province permitting an order to a third party to produce a document relating to matters in issue it was held that since the right was confined to the production of documents it was a fair inference that there was no intention that a person not a party to the action should be made a party for the purposes of examination for discovery. Neither Province appears to have a broadly worded discretionary rule compared to Rule 465(19) of this Court however.

There is some authority in this Court for the application of this Rule to third parties. In a judgment of Gibson J. dated October 30, 1974 in *Frost v. M.N.R.* T-2536-72, *Gray v. M.N.R.* T-2537-72, and *Butcher v. M.N.R.* T-2422-72 [1974] 2 F.C. 689 the motion sought to add a non-party to the appellants as he too was concerned in the allocation of profits between them. This was refused but an order was issued requiring him to attend for examination for discovery as a non-party to be examined by counsel both for respondent and appellant. The case of *Donald Applicators Ltd. v. M.N.R.* [1966] Ex.C.R. 481, a judgment of Noël J., permitted a second examination of directors of ten appellant companies alleged to be associated when the manager examined for

tiers, et sur la Règle 465(5), qui permet l'interrogatoire préalable du cédant d'un brevet, d'un droit d'auteur ou d'une marque de commerce, par toute partie opposée au cessionnaire, et y voit des exemples où les Règles autorisent l'assignation de tiers pour leur faire produire des pièces ou subir un interrogatoire préalable; il soutient qu'en l'absence de semblable disposition expresse dans la Règle 465(19) elle ne saurait justifier une ordonnance d'interrogatoire préalable d'un tiers. On a cité l'affaire ontarienne *Guaranty Trust Co. c. Fleming and Talbot* [1947] 1 D.L.R. 184, à la page 187 où il fut jugé qu'étant donné que la Règle 327 prévoyait l'interrogatoire d'un dirigeant, ou d'un préposé, d'une compagnie partie à l'instance et qu'aucune disposition semblable ne se retrouvait dans la Règle 334, qui autorise l'interrogatoire de celui profitant de l'action intentée ou de celle dont on se défend, ni dans la Règle 335, selon laquelle le cédant peut être interrogé dans une action engagée par le cessionnaire, on devait présumer qu'on avait voulu n'allouer aucun droit semblable. On a aussi cité l'affaire albertaine *Abel c. Stone* (1968) 63 W.W.R. 420, à la page 428 où, parlant de la règle 249 de cette province, autorisant d'ordonner à un tiers de venir produire une pièce pertinente au litige, on jugea que puisque le droit était restreint à la production de pièces, il était juste de déduire qu'on n'avait pas l'intention qu'un tiers, non partie à l'instance, soit mis en cause pour les seules fins de l'interrogatoire préalable. Ni l'une ni l'autre province ne semble posséder une règle libellée en des termes aussi larges que notre Règle 465(19) toutefois.

Il y a une certaine jurisprudence de la Cour où cette Règle est appliquée à des tiers. Dans un jugement du juge Gibson, du 30 octobre 1974, en les affaires *Frost c. M.R.N.* T-2536-72, *Gray c. M.R.N.* T-2537-72 et *Butcher c. M.R.N.* T-2422-72 [1974] 2 C.F. 689, on demandait de mettre en cause un tiers apparemment concerné par le partage des gains entre les divers appelants. Ce qui fut refusé. Mais fut accordée une ordonnance l'obligeant à comparaître pour subir un interrogatoire préalable, en tant que tiers, par les avocats tant de l'intimé que de l'appellant. Dans l'affaire *Donald Applicators Ltd. c. M.R.N.* [1966] R.C.É 481, un jugement du juge Noël, on autorisa un deuxième interrogatoire des administrateurs de dix compagnies appelantes, qui

discovery could not give the information sought. This case is authority however only for permitting examination of a second witness on behalf of the parties, not for examination of a third party. Defendant also referred to the Supreme Court case of *In the matter of the Hess Manufacturing Company, Edgar (Liquidator) v. Sloan (Contributory)* (1895) 23 S.C.R. 644 at page 658, which while not directly in point, held at page 658 that it was the duty of a vendor selling property to a company toward which he stood in a fiduciary relationship to see that the management of the company was in the hands of a thoroughly independent board of directors over which he could exert no influence and which would keep it at arm's length in making the bargain. Defendant suggests that Shostek, far from dealing with plaintiff and his associates at arm's length was the promoter and prime mover of the entire deal, and therefore, in his knowledge of the details and purpose of it, is closely associated with plaintiff, although not a party to nor directly affected by the present proceedings.

In the case of *Bowlen v. The Queen* [1977] 1 F.C. 589 at page 594 Smith D.J. of this Court in commenting on Ontario Rule 349 respecting production of documents by persons not parties to the action said, "There has, however, been general judicial agreement that the Rule is not intended to authorize obtaining discovery from a stranger to the action nor engaging in a fishing expedition".

While I fully agree with this, it would appear that Shostek is in possession of highly pertinent information which the plaintiff Lipper cannot or will not provide and that his examination for discovery may be very useful in giving necessary factual information to assist in the final determination of the issues. While not a party to the action he is hardly a disinterested third party, and his examination is not in the nature of a fishing expedition. Needless to say objection can be made at his examination to any question eliciting an opinion as to what was in the minds of plaintiff and his associates, their motivation on a non-

auraient été associées, lorsque le gérant interrogé au préalable se révéla incapable de fournir les informations recherchées. Cette affaire ne fait cependant jurisprudence que lorsqu'il s'agit d'autoriser l'interrogatoire d'un second témoin des parties, non dans le cas de l'interrogatoire d'un tiers. La défenderesse invoque aussi l'arrêt de la Cour suprême *In the matter of the Hess Manufacturing Company, Edgar (liquidateur) c. Sloan (souscripteur)* (1895) 23 R.C.S. 644, à la page 658, où, quoique l'arrêt ne soit pas applicable en soi, on a statué, à la page 658, que le vendeur d'un bien à une compagnie, alors qu'existait entre eux un rapport d'ordre fiduciaire, avait l'obligation de s'assurer que sa gestion était confiée à un conseil d'administration entièrement indépendant, sur lequel il ne pourrait exercer aucune influence, et qui en sauvegarderait les intérêts lors de la conclusion de l'affaire. La défenderesse laisse entendre que Shostek, loin de traiter avec le demandeur et ses associés selon ce que lui dictaient ses intérêts, était le promoteur, le premier moteur, de toute l'opération et qu'en conséquence, à cause de sa connaissance de l'affaire dans tous ses détails, et de sa fin, il est associé de fort près au demandeur quoiqu'il ne soit pas partie à l'instance ni directement mis en cause.

Dans l'affaire *Bowlen c. La Reine* [1977] 1 C.F. 589, à la page 594, le juge Smith, juge suppléant de notre juridiction, commentant la Règle ontarienne 349 portant sur la production de documents par des gens non parties à l'instance, dit: «Cependant, un accord général est intervenu sur le plan juridique selon lequel la règle n'a pas pour but de permettre d'obtenir communication de documents d'un tiers à l'action ni de s'engager dans une recherche à l'aveuglette».

Quoique je sois tout à fait de cet avis, il semblerait cependant que Shostek soit en possession d'informations des plus pertinentes que le demandeur Lipper ne peut pas, ou ne veut pas, fournir et que son interrogatoire préalable pourrait être fort utile en fournissant ainsi des renseignements sur les faits nécessaires à la résolution finale du litige. Quoiqu'il ne soit pas en cause, on peut difficilement le qualifier de tiers désintéressé et son interrogatoire ne se ferait nullement à l'aveuglette. Il va sans dire qu'au cours de l'interrogatoire on pourra s'objecter à toute question sollicitant son opinion sur l'état d'esprit du demandeur et de ses associés,

expert opinion as to the likelihood of success of the movies in question, but proper questions eliciting factual information which he has in his possession and Mr. Lipper does not, or is prevented from revealing for reasons of professional confidentiality can be asked. This appears to be a proper case for the exercise of my discretion on the Rule 465(19).

ORDER

Murray Shostek may be examined for discovery as an officer of Intermedia Studios Inc. formerly Potterton Productions Inc., in his personal capacity, at a time and place and before a person to be agreed upon by the parties, and failing agreement to be determined by the Court, being tendered travelling expenses if necessary. Costs in the event.

sur leur motivation, ou encore une opinion, qui alors ne serait pas celle d'un expert, sur les chances de succès des films en question; pourront être demandées cependant des questions de bon aloi, pour obtenir plus d'information sur les faits dont il a connaissance, et qu'ignore M. Lipper, et auxquelles il ne lui est pas interdit de répondre pour raisons de secret professionnel. C'est là me semble-t-il un cas approprié à l'exercice du pouvoir discrétionnaire que me donne la Règle 465(19).

ORDONNANCE

Murray Shostek pourra être interrogé au préalable à titre de dirigeant de la Intermedia Studios Inc., autrefois la Potterton Productions Inc., en sa capacité personnelle, aux temps et lieu et devant celui dont conviendront les parties ou, à défaut d'accord, que choisira la Cour, ses frais de déplacement lui étant offerts si nécessaire. Les dépens à suivre.