

T-3190-73

T-3190-73

**Rae Import Corporation (Plaintiff)**

v.

**Federal Pacific Lakes Lines, Federal Commerce & Navigation Company Limited and Atlantska Plovidba (Defendants)**INDEXED AS: *RAE IMPORT CORP. v. FEDERAL PACIFIC LAKES LINES (T.D.)*

Trial Division, Pinard J.—Montréal, October 15; Ottawa, October 23, 1990.

*Practice — Evidence — Motion to reverse Senior Prothonotary's order allowing examination for discovery of deceased deponent to be read into evidence at trial — Prothonotary's interpretation of Quebec Code of Civil Procedure, art. 320 contrary to Lortie-Tremblay v. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, [1988] R.J.Q. 1016 (S.C.) — Cartwright v. City of Toronto still applicable in jurisdictions where Rules of Practice not allowing party who was discovered to read into evidence examination of deceased deponent — RR. 478 and 479 limited to evidence "of any particular fact" — Not applying to production of examination on discovery governed exclusively by R. 494(9) — Appeal allowed.*

*Practice — "Gap" Rule — Motion to reverse Senior Prothonotary's order allowing examination for discovery of deceased deponent to be read into evidence at trial — Implicit reference to R. 5 ill founded — Must be "gap" in Rules for R. 5 to apply — Cannot be used to amend unambiguous provision, such as R. 494(9).*

**STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED**

*Code of Civil Procedure of Quebec, R.S.Q., c. C-25, art. 320.*  
*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 478, 479, 494(9).*  
*Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, R. 31.11(c).*

**CASES JUDICIALLY CONSIDERED****APPLIED:**

*Lortie-Tremblay v. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, [1988] R.J.Q. 1016 (S.C.); Cartwright v. City of Toronto (1914), 50 S.C.R. 215; 20 D.L.R. 189.*

**COUNSEL:**

*Mireille A. Tabib* for plaintiff.  
*David G. Colford* for defendants.

**Rae Import Corporation (demanderesse)**

c.

a

**Federal Pacific Lakes Lines, Federal Commerce & Navigation Company Limited et Atlantska Plovidba (défenderesses)**b *RÉPERTORIÉ: RAE IMPORT CORP. c. FEDERAL PACIFIC LAKES LINES (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Pinard—Montréal, 15 octobre; Ottawa, 23 octobre 1990.

c

*Pratique — Preuve — Requête visant à infirmer l'ordonnance du protonotaire en chef qui a autorisé la présentation en preuve, à l'instruction, de l'interrogatoire préalable d'un témoin décédé depuis — L'interprétation donnée par le protonotaire en chef à l'art. 320 du Code de procédure civile du Québec est contraire à celle qui a été donnée dans Lortie-*

d

*Tremblay c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, [1988] R.J.Q. 1016 (C.S.) — L'arrêt Cartwright v. City of Toronto, s'applique toujours aux ressorts dans lesquels les règles de pratique ne permettent pas à une partie qui a été interrogée au préalable de présenter en preuve l'interrogatoire d'un témoin qui est décédé depuis — Les Règles 478 et 479 s'appliquent strictement à la preuve "d'un fait particulier" — Elles ne s'appliquent pas à la production d'un interrogatoire préalable qui est régi exclusivement par la Règle 494(9) — Appel accueilli.*

e

*Pratique — Règle des «lacunes» — Requête visant à infirmer l'ordonnance du protonotaire en chef qui a autorisé la*

f

*présentation en preuve, à l'instruction, de l'interrogatoire préalable d'un témoin décédé depuis — La référence implicite à la Règle 5 n'est pas fondée — Il doit y avoir une «lacune» dans les Règles pour que la Règle 5 puisse s'appliquer — Cette Règle ne peut être invoquée pour modifier une disposition non ambiguë des Règles, comme la Règle 494(9).*

g

**LOIS ET RÈGLEMENTS**

*Code de procédure civile du Québec, L.R.Q., chap. C-25, art. 320.*  
*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 478, 479, 494(9).*  
*Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, Règle 31.11(c).*

h

**JURISPRUDENCE**

i

**DÉCISIONS APPLIQUÉES:**

*Lortie-Tremblay c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, [1988] R.J.Q. 1016 (C.S.); Cartwright v. City of Toronto (1914), 50 R.C.S. 215; 20 D.L.R. 189.*

j

**AVOCATS:**

*Mireille A. Tabib* pour la demanderesse.  
*David G. Colford* pour les défenderesses.

## SOLICITORS:

*Stikeman, Elliott*, Montréal, for plaintiff.

*Brisset Bishop*, Montréal, for defendants.

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

PINARD J.: This is a motion by the defendants for an order reversing the order of the Senior Prothonotary, dated August 17, 1990, and dismissing plaintiff's motion entitled "Application for an Order that Evidence be given at the Trial by Production of an Examination on Discovery".

The only question at issue is whether a party who was discovered can be allowed to read into evidence the examination of a deponent who has since deceased.

The order under appeal states:

After hearing arguments of both counsel, upon reading the file and more especially the supporting Affidavit of Mireille A. Tabib, upon considering Rule 494, paragraph 9, Rule 465, paragraph 15, extracts from British Columbia and Ontario Rules, Code of Civil Procedure, Section 320, this Motion is granted on the grounds of paragraphs 6, 7, 8 and 9 of the said Affidavit of Mireille A. Tabib; at the time of the examination of Mr. Edward Shatilla, he was the only officer of the Plaintiff still alive who would have had knowledge of the facts of this action; he died in 1989; the sworn evidence given by Mr. Shatilla during the examination on Discovery conducted by Mr. Cypihot, counsel at the time for the Defendants, is the best evidence available to Plaintiff on the issue raised by Defendants in their plea; it is in the interest of justice; and finally, this file has originated 17 years ago, the Statement of Claim being dated on the 28th of March 1973.

In my view, the implicit reference to Rule 5 of this Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] in that order is ill founded in law. In order for Rule 5 to have any application, there must be a "gap" or void in the Rules and legislation governing procedure in this Court; it cannot be used to amend an unambiguous provision in the Rules, such as Rule 494(9) which states:

*Rule 494. ...*

(9) Any party may, at the trial of an action, use in evidence against another party any of his examination for discovery of

## PROCUREURS:

*Stikeman, Elliott*, Montréal, pour la demanderesse.

*Brisset Bishop*, Montréal, pour les défenderesses.

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

LE JUGE PINARD: Il s'agit d'une requête des défenderesses visant à obtenir une ordonnance infirmant l'ordonnance rendue par le protonotaire en chef le 17 août 1990, et rejetant la requête de la demanderesse intitulée [TRADUCTION] «Requête visant à obtenir une ordonnance portant que la preuve soit présentée à l'instruction par la production d'un interrogatoire préalable».

Le seul point en litige porte sur la question de savoir si une partie qui a été interrogée au préalable peut présenter en preuve l'interrogatoire d'un témoin qui est décédé depuis.

L'ordonnance dont appel porte:

Après avoir entendu les arguments des deux avocats, lu le dossier et tout spécialement l'affidavit de Mireille A. Tabib, et étudié le paragraphe 9 de la Règle 494, le paragraphe 15 de la Règle 465, des extraits des Règles de la Colombie-Britannique et de l'Ontario, et l'article 320 du Code de procédure civile, la présente requête est accueillie sur la base des paragraphes 6, 7, 8 et 9 dudit affidavit de Mireille A. Tabib; au moment de l'interrogatoire de M. Edward Shatilla, celui-ci était le seul dirigeant de la demanderesse encore vivant qui pouvait avoir connaissance des faits visés par la présente action; il est décédé en 1989; la déposition donnée sous serment par M. Shatilla au cours de l'interrogatoire préalable dirigé par M. Cypihot, avocat pour les défenderesses à cette époque, est la meilleure preuve dont dispose la demanderesse sur le point en litige soulevé par les défenderesses dans leur défense; elle est dans l'intérêt de la justice; enfin, ce dossier remonte à 17 ans, puisque la déclaration est datée du 28 mars 1973.

À mon avis, la référence implicite à la Règle 5 de notre Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] dans cette ordonnance n'est pas fondée en droit. Pour que la Règle 5 puisse s'appliquer, il doit y avoir une «lacune» ou un vide dans les Règles et dans les dispositions législatives régissant la procédure devant cette Cour; cette Règle ne peut être utilisée pour modifier une disposition non ambiguë des règles, comme la Règle 494(9) qui s'énonce comme suit:

*Règle 494. ...*

(9) Une partie peut, à l'instruction d'une action, utiliser en preuve contre une autre partie tout passage de l'interrogatoire

that other party, but, on the application of an adverse party, the Court may direct that any other part of the examination which, in the opinion of the Court, is so connected with the part to be used that the last-mentioned part ought not to be used without such other part, be put in evidence by the party seeking to use such examination.

Furthermore, the suggestion by the Senior Prothonotary that section 320 of the *Code of Civil Procedure of Quebec*<sup>1</sup> allows the party who was discovered to read into evidence the examination of a deponent who has since deceased is contrary to the interpretation given to that section by Mr. Justice Gonthier, when he was a Superior Court judge in Quebec, in *Lortie-Tremblay v. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, [1988] R.J.Q. 1016, at pages 1017-1018:

[TRANSLATION] Its very wording indicates that art. 320 applies to a deposition given "at a former trial of the same action, or of another action founded in whole or in part on the same cause of action", and in French "*lors d'une première introduction de la demande ou d'une autre demande basée en partie ou pour le tout sur la même cause d'action*". This provision has been given a broad interpretation by the Court of Appeal, in particular in *Day & Ross Ltd. c. Marois*, [C.A. Québec 200-09-000615-778 and 200-09-000616-778, April 1, 1981 (J.E. 81-444)] as covering both a criminal and a civil action, including a proceeding before a coroner. However, the article applies only to depositions given at trial (*à l'instruction*). It is clear from article 398.1, as the Court of Appeal recognized, that a deposition under article 397 does not form part of the evidence, unless it is included in the record by the party conducting the examination. As Mr. Léo Ducharme wrote in his recent article:

The option the party conducting an examination on discovery has to decide whether the depositions so obtained will be part of the evidence radically alters the nature of this procedure.

Whereas previously the principal purpose of the procedure was to inform the court, and secondarily to inform the party concerned, it has become a means available to the parties for obtaining information, and incidentally an exceptional procedure for the administration of evidence . . .

Since depositions obtained on discovery will now no longer automatically be part of the evidence, a defendant examining a plaintiff on a fact alleged by the latter and about which oral evidence is prohibited no longer runs any risk. [Léo Ducharme, "Chroniques. Le nouveau régime de l'interrogatoire préalable et de l'assignation pour production d'un écrit" (1983), 43 *R. du B.* 973].

<sup>1</sup> 320. A deposition given at a former trial of the same action, or of another action founded in whole or in part upon the same cause of action, may be given in evidence if it is established that the witness who made it is dead, or is so ill as to be unable to be present, or is absent from Quebec, provided in all cases that the adverse party had a full opportunity to cross-examine.

préalable qu'elle a fait subir à cette autre partie, mais, à la demande d'une partie opposée, la Cour pourra prescrire qu'un autre passage de l'interrogatoire qui, de l'avis de la Cour, est en rapport si étroit avec le passage à utiliser que ce dernier ne devrait pas être utilisé sans cet autre passage, soit présenté en preuve par la partie qui veut utiliser cet interrogatoire.

De plus, la suggestion du protonotaire en chef, portant que l'article 320 du *Code de procédure civile du Québec*<sup>1</sup> permet à la partie qui a été interrogée au préalable de présenter en preuve l'interrogatoire d'un témoin qui est décédé depuis est contraire à l'interprétation donnée à cet article par le juge Gonthier, lorsqu'il était juge de la Cour supérieure du Québec, dans la décision *Lortie-Tremblay c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, [1988] R.J.Q. 1016, aux pages 1017 et 1018:

Selon son libellé même, l'article 320 vise une déposition donnée «lors d'une première instruction de la demande ou d'une autre demande basée en partie ou pour le tout sur la même cause d'action» et en anglais «*a deposition given at a former trial of the same action, or of another action founded in whole or in part on the same cause of action*». Ce texte a reçu de la Cour d'Appel, en particulier dans l'arrêt *Day & Ross Ltd. c. Marois* [C.A. Québec 200-09-000615-778 et 200-09-000616-778, le 1<sup>er</sup> avril 1981 (J.E. 81-444)], une interprétation large comme couvrant une action tant criminelle que civile, y compris une instruction devant un coroner. Cependant, cet article ne vise que des dépositions à l'instruction (*given at a trial*). Or, il ressort de l'article 398.1, comme le reconnaît la Cour d'Appel, qu'une déposition selon l'article 397 ne fait pas partie de la preuve, à moins qu'elle ne soit versée au dossier par la partie qui procède à l'interrogatoire. Comme l'écrit Me Léo Ducharme dans son récent article:

La faculté accordée à la partie qui procède à un interrogatoire préalable de décider si des dépositions ainsi recueillies feront partie ou non de la preuve, change radicalement la nature de cette procédure.

Alors qu'elle était auparavant une procédure ayant pour objet principal l'information du tribunal et subsidiairement l'information de la partie concernée, elle est devenue un moyen d'information à la disposition des parties et, accessoirement, un mode exceptionnel d'administration de la preuve [ . . . ].

Puisque désormais les dépositions recueillies au préalable ne font plus automatiquement partie de la preuve, le défendeur qui interroge le demandeur sur un fait que celui-ci a allégué et au sujet duquel la preuve testimoniale est prohibée ne court plus aucun risque [Léo Ducharme, «Chroniques, Le nouveau régime de l'interrogatoire préalable et de l'assignation pour production d'un écrit» (1983), 43 *R. du B.* 973].

<sup>1</sup> 320. La déposition donnée lors d'une première instruction de la demande ou d'une autre demande basée en partie ou pour le tout sur la même cause d'action, est reçue en preuve, s'il est établi que le témoin qui l'a donné est décédé, ou est malade au point de ne pouvoir être présent, ou encore qu'il est absent du Québec, pourvu dans tous les cas, que la partie adverse ait eu pleine liberté de le contre-interroger.

This therefore means that such an examination is not part of any trial, whether of the same action or of some other action based wholly or partly on the same cause of action. Even by the extension given by article 395 to article 320, it can only be part of the trial if the party who has conducted the examination, the defendant, so wishes. It thus does not fall within the wording of article 320.

Deciding otherwise would be to alter *ex post facto* the basis on which counsel for the defendant chose to conduct this examination, namely with the assurance that it could only be entered into evidence if they wished.

I am of the opinion that with respect to jurisdictions where the Rules of Practice have not been amended to allow a party who was discovered to read into evidence the examination of a deponent who has since deceased or is not available for trial,<sup>2</sup> the following reasoning, by Mr. Justice Duff, in the Supreme Court of Canada case *Cartwright v. City of Toronto*,<sup>3</sup> still applies:

The appellant seeks to shew that the late Sir Richard Cartwright entered into an agreement with Mr. Biggar, then City Solicitor of Toronto, and for the purpose of proving this he offers in evidence certain statements in the examination of Sir Richard Cartwright for discovery. The principle upon which he relies is this: Where a witness has given evidence in the course of litigation, such evidence may be used in other litigation relating to the same subject matter between same parties if the witness have [*sic*], in the meantime, died, provided the party against whom it is offered has had an opportunity of cross-examining the witness.

I think the rule has no application. The examination for discovery is in the nature of a cross-examination; but the rule relating to the admission of evidence given on such examination entitles the cross-examiner to proceed with the absolute assurance that no part of the examination can be used against him, unless he on his part seeks to make use of it for his own purposes.

Finally, even though the plaintiff's application before the Senior Prothonotary was based on Rule 479 which itself refers to Rule 478,<sup>4</sup> I am of the view that those Rules by their very terms strictly

<sup>2</sup> Rule 31.11(c) of the Ontario Rules of Practice [*Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84] now allows such use of evidence led on an examination on discovery.

<sup>3</sup> (1914), 50 S.C.R. 215, at p. 218.

<sup>4</sup> *Rule 478*. The Court may, at any time, order that any particular fact be proved by affidavit or that the affidavit of any witness may be read at the trial on such conditions as the Court may specify.

C'est donc dire que cet interrogatoire ne fait partie d'aucune instruction, que ce soit celle de la présente demande ou d'une autre demande basée sur la même cause d'action, en tout ou en partie. Même par l'extension qu'apporte l'article 395 à l'article 320, elle ne pourra faire partie de l'instruction que par la volonté de la partie, c'est-à-dire la défenderesse, qui a procédé à l'interrogatoire. Elle ne tombe donc pas dans le cadre prévu par l'article 320, selon son libellé même.

En décider autrement serait d'ailleurs modifier après coup la base sur laquelle les procureurs de la défenderesse ont choisi de faire cet interrogatoire, c'est-à-dire avec l'assurance qu'il ne puisse être mis en preuve sauf par leur volonté.

Je suis d'avis qu'en ce qui a trait aux ressorts dans lesquels les règles de pratique n'ont pas été modifiées de façon à permettre à une partie qui a été interrogée au préalable de présenter en preuve l'interrogatoire d'un témoin qui est décédé depuis ou qui ne pourra être présent au procès<sup>2</sup>, le raisonnement suivant, du juge Duff de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Cartwright v. City of Toronto*<sup>3</sup>, s'applique toujours:

[TRADUCTION] L'appelant cherche à établir que feu Sir Richard Cartwright avait conclu une entente avec M. Biggar, alors avocat de la ville de Toronto, et pour prouver cela, il offre en preuve certaines déclarations faites au cours de l'interrogatoire préalable de Sir Richard Cartwright. Le principe sur lequel il se fonde est le suivant: lorsqu'un témoin a fait une déposition au cours d'une action, cette déposition peut être utilisée dans d'autres actions portant sur le même objet entre les mêmes parties si le témoin est décédé depuis, pourvu que la partie contre laquelle la déposition est utilisée ait eu l'occasion de contre-interroger le témoin.

Je pense que la règle n'est pas applicable. L'interrogatoire préalable est de la nature d'un contre-interrogatoire; toutefois, la règle portant sur l'admissibilité de la preuve donnée au cours d'un tel interrogatoire habilite la partie qui contre-interroge à procéder en étant absolument assurée qu'aucune partie de l'interrogatoire ne peut être utilisée contre elle, sauf si elle cherche elle-même à l'utiliser à ses propres fins.

Enfin, même si la requête de la demanderesse devant le protonotaire en chef était fondée sur la Règle 479, qui fait elle-même référence à la Règle 478<sup>4</sup>, j'estime que ces Règles, de par leur

<sup>2</sup> Règle 31.11c) des règles de pratique de l'Ontario [*Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84] permet maintenant d'utiliser les témoignages obtenus au cours de l'interrogatoire préalable.

<sup>3</sup> (1914), 50 R.C.S. 215, à la p. 218.

<sup>4</sup> *Règle 478*. La Cour pourra, à tout moment, ordonner qu'un fait particulier soit prouvé par affidavit ou que l'affidavit d'un témoin soit lu à l'instruction aux conditions que la Cour pourra spécifier.

apply to the evidence “of any particular fact” and have no application with respect to the requested “production of an examination on discovery” which is governed exclusively by Rule 494(9).

I also adopt the following comments (which, in this case, must refer to the federal legislative authority rather than to the “*législateur québécois*”) made by Mr. Justice Gonthier, in *Lortie-Tremblay (supra)*, at page 1019:

[TRANSLATION] It might be a very good idea for the Quebec legislature to follow the example of Ontario, so as to enable the Court to avoid the kind of injustice that may occur in the case at bar. However, that is not for the Court to do, especially as acting thus would have the effect of placing on the record a deposition which was taken on condition it not be entered as evidence, except at the instance of the defendant.

The Court must therefore grant the present appeal and set aside the order of the Senior Prothonotary dated August 17, 1990. In view of the circumstances, however, there will be no costs.

libellé, s'appliquent strictement à la preuve «d'un fait particulier» et ne s'appliquent pas à la «production d'un interrogatoire préalable» demandée, qui est régie exclusivement par la Règle 494(9).

<sup>a</sup> J'adopte également les commentaires suivants (qui, en l'espèce, doivent mentionner le législateur fédéral plutôt que le «législateur québécois») du juge Gonthier, dans la décision *Lortie-Tremblay*, précitée, à la page 1019:

<sup>b</sup> Il pourrait être fort indiqué pour le législateur québécois de suivre l'exemple de l'Ontario afin de permettre au Tribunal d'éviter une injustice telle que celle qui est susceptible de se produire dans la présente cause. Il n'appartient cependant pas au Tribunal de le faire, d'autant plus que d'agir ainsi aurait pour effet de mettre en preuve une déposition qui a pris naissance sous condition de ne pas être mise en preuve, sauf sur l'initiative de la défenderesse.

<sup>d</sup> La Cour doit par conséquent accueillir le présent appel et annuler l'ordonnance rendue par le protonotaire en chef le 17 août 1990. Compte tenu des circonstances, il n'y aura toutefois pas de dépens.

(Continued from previous page)

*Rule 479.* (1) Without prejudice to Rule 478 the Court may, before the trial of an action, order that evidence of any particular fact shall be given at the trial in such manner as may be specified by the order.

(2) The power conferred by paragraph (1) extends in particular to ordering that evidence of any particular fact may be given at the trial

(a) by statement on oath of information or belief;

(b) by the production of documents or entries in books;

(c) by copies of documents or entries in books; or

(d) in the case of a fact that is or was a matter of common knowledge either generally or in a particular district, by the production of a specified newspaper which contains a statement of that fact.

(Suite de la page précédente)

*Règle 479.* (1) Sous réserve de la Règle 478, la Cour pourra, avant l'instruction d'une action ordonner que la preuve d'un fait particulier soit présentée à l'instruction de la manière que spécifie l'ordonnance.

(2) Le pouvoir conféré par le paragraphe (1) permet notamment d'ordonner que la preuve d'un fait particulier soit présentée à l'instruction

a) par une déclaration sous serment de renseignements obtenus ou de la croyance qu'on peut avoir quant à certains renseignements;

b) par la production de documents ou d'entrées de livres ou registres;

c) par la production de copies de documents ou d'extraits de livres ou registres; ou

d) dans le cas d'un fait notoirement connu en général ou dans un district particulier, par la production d'un journal spécifié qui relate ce fait.