

T-5189-73

T-5189-73

Paul D. Bowlen (Plaintiff)

v.

The Queen (Defendant)

Trial Division, Smith D.J.—Calgary, July 20 and August 19, 1976.

Income tax—Practice—Motion by defendant under Rule 464 for order to produce documents in possession of Royal Bank of Canada with respect to plaintiff and others for inspection by defendant and to prepare certified copies of said documents—Plaintiff seeking declaration that no portion of additional income of \$2,406,814.92 added to taxable income for taxation years 1963-70 is or should be included in his income—Defendant claiming amounts properly added and action should be dismissed—Jurisdiction to order Canadian resident to produce documents situated outside Canada—Whether “fishing expedition” or attempt to obtain discovery, from stranger to action—Previous decisions difficult to reconcile—Motion maintained—Federal Court Rule 464—Bank Act, R.S.C. 1970, c. B-1.

The statement of claim seeks a declaration that no portion of additional income of \$2,406,814.92 assessed for taxation years 1963-70 is or should be included in plaintiff's income. Defence claims that the sums are properly added thereto and the action should be dismissed. In issue are three transactions that took place on May 9, 1963 in which: (a) plaintiff purchased \$6,891,-647.59 in demand debentures from *R. Ltd.*; (b) *R. Ltd.* purchased a debenture from *H. Ltd.* in same amount; and (c) *H. Ltd.* purchased securities from plaintiff having total market value of \$6,891,647.59. All transactions were paid for by cheque. Both *R. Ltd.* and *H. Ltd.* were incorporated in the Bahamas. Defence claims that the purpose of incorporation of these companies by plaintiff was to have offshore companies to which he could legally divert his personal income and capital. Pleadings show that plaintiff controlled *R. Ltd.*, its shares being held by Trust Corporation of Bahamas Limited in trust for his wife and children. Substantial ownership or control of *H. Ltd.*, alleged by defendant, was denied by plaintiff. Defence alleges that all three transactions were shams and that none of purchasers had sufficient funds to cover the cheques involved. All three transactions took place at the New York Branch of Royal Bank of Canada which has or has had possession of documents relevant to issues in dispute. The question is whether the order asked for may be made and if so whether it should be limited.

Paul D. Bowlen (Demandeur)

c.

La Reine (Défenderesse)

Division de première instance, le juge suppléant Smith—Calgary, les 20 juillet et 19 août 1976.

Impôt sur le revenu—Pratique—Requête de la défenderesse présentée en vertu de la Règle 464 sollicitant une ordonnance en vue d'enjoindre à la Banque Royale du Canada, d'une part, de produire et de permettre l'inspection par la défenderesse de documents relatifs, entre autres personnes, au demandeur et, d'autre part, de préparer des copies certifiées desdits documents—Le demandeur requiert une déclaration portant qu'aucune fraction du revenu supplémentaire, d'un montant total de \$2,406,814.92, ajouté à son revenu imposable pour les années d'imposition allant de 1963 à 1970 n'est incluse, ou ne doit être incluse, dans son revenu—La défenderesse prétend que les montants ont été ajoutés à juste titre et elle demande le rejet de l'action—Compétence d'ordonner à une personne résidant au Canada de produire des documents qui se trouvent à l'étranger—S'agit-il d'une recherche à l'aveuglette ou d'une demande de communication de documents en possession d'un tiers—Jurisprudence contradictoire—Requête accueillie—Règle 464 de la Cour fédérale—Loi sur les banques, S.R.C. 1970, c. B-1.

L'exposé de la demande requiert du tribunal une déclaration portant qu'aucune fraction du revenu supplémentaire, au montant de \$2,406,814.92, établi pour les années d'imposition allant de 1963 à 1970, n'est incluse, ou ne doit être incluse, dans le revenu du demandeur. L'acte de défense prétend que les sommes ont été ajoutées à juste titre et il demande le rejet de l'action. Trois transactions, qui se sont déroulées le 9 mai 1963, sont sérieusement controversées: a) le demandeur a acheté de *R. Ltd.* des débetures à vue pour le montant total de \$6,891,-647.59, b) *R. Ltd.* a acheté une débeture de *H. Ltd.* pour le même montant et c) *H. Ltd.* a acheté au demandeur des titres ayant une valeur marchande totale équivalente. Les trois transactions ont été payées par chèque. *R. Ltd.* et *H. Ltd.* ont toutes deux été constituées en corporation au Bahamas. L'acte de défense prétend que le demandeur, en procédant à la constitution de ces deux compagnies, envisageait de disposer de compagnies étrangères de manière à pouvoir détourner licitement des revenus et des capitaux qui lui appartenaient personnellement. Les plaidoiries démontrent que le demandeur contrôlait *R. Ltd.* vu que Trust Corporation of Bahamas Limited détenait les actions de celle-ci en fiducie pour sa femme et ses enfants. La défenderesse allègue que le demandeur est pratiquement propriétaire de *H. Ltd.* ou encore, qu'il la contrôle; ceci est contesté par le demandeur. L'acte de défense allègue en outre que les trois transactions étaient des trompe-l'œil et qu'aucun des acheteurs ne disposait des fonds nécessaires pour honorer les chèques en question. Les trois opérations se sont déroulées à la succursale de la Banque Royale du Canada à New York; la banque a en sa possession, ou a eu en sa possession, des documents concernant le litige. Il s'agit de savoir si l'on peut à bon droit décerner une ordonnance et, dans l'affirmative, si celle-ci doit être limitée dans son application.

Jurisdiction to order production of documents situated outside Canada for use in litigation in a Canadian Court by a resident of Canada is well settled. Royal Bank of Canada is domiciled in Canada and special relationship with customers or inconvenience to bank is no bar. The present motion was brought under Rule 464(1) of the *Federal Court Rules*. The provinces have similar Rules. It is generally agreed they are not intended to authorize obtaining discovery from a stranger to an action nor engaging in a "fishing expedition". Distinction as to intention has resulted in decisions difficult to reconcile. Recent cases hold that orders for discovery are not limited to documents admissible at trial but the general rule remains as stated in *McCurdy v. Oak Tire & Rubber Co. Limited*: the rule is not intended to be used as means of obtaining discovery from a stranger to an action but merely to simplify procuring of evidence for presentation at trial.

Held, the application is granted. Production may be of all documents in possession of a stranger to an action providing they are sufficiently described and relevant to the issues between the parties to the extent that it is likely their production would be compellable at trial. Some documents have not been seen by defendants but alleged purposes of incorporation of *R. Ltd.* and *H. Ltd.* and relationship between them and plaintiff suggests they are likely relevant and no "fishing expedition" is involved.

Robertson v. St. John City Railway Company (No. 1) [1892] New Brunswick Equity Cases 462 and *Hannum v. McRae* (1898) 28 O.R. 185 (Ont. C.A.), followed. *McCurdy v. Oak Tire & Rubber Co. Limited* (1918) 44 O.L.R. 235; *Trustee of the Property of Lang Shirt Co. v. London Life Insurance Co.* (1926) 31 O.W.N. 285; *Doig v. Hemphill* [1942] O.W.N. 391; *Weber v. Czerevko* [1962] O.W.N. 245; *McGilly v. Cushing* [1964] 2 O.R. 544; *Markowitz v. Toronto Transit Commission* [1965] 2 O.R. 215; *Kokan v. Dales* [1970] 1 O.R. 465; *Coderque v. Mutual of Omaha Insurance Co.* [1970] 1 O.R. 473 and *Rhoades v. Occidental Life Insurance Company of California* [1973] 3 W.W.R. 625, applied. *Elder v. Carter* (1890) 25 Q.B.D. 194, distinguished.

MOTION.

COUNSEL:

H. S. Prowse, Q.C., for plaintiff.
M. R. V. Storrow for defendant.
J. Chipman, Q.C., for Royal Bank of Canada.

La compétence d'ordonner à une personne résidant au Canada de produire des documents se trouvant à l'étranger pour emploi dans un procès devant un tribunal canadien est bien établie. La Banque Royale du Canada est domiciliée au Canada. L'existence de rapports particuliers entre la banque et ses clients, de même que les désagréments que l'ordonnance demandée pourrait lui causer, ne sauraient constituer un motif de refus. La présente requête a été présentée conformément à la Règle 464(1) des *Règles de la Cour fédérale*. Dans les provinces, il existe des Règles semblables. Il est généralement admis qu'elles n'ont pas pour objet de permettre d'obtenir la communication de documents appartenant à des tiers ni d'autoriser les recherches à l'aveuglette. La jurisprudence ayant fait des distinctions en prenant pour base le but recherché, certains précédents sont difficiles à réconcilier. Dans des décisions récentes on a statué que les ordonnances de communication de documents n'ont pas besoin de se rapporter uniquement à des documents admissibles comme preuve à l'audience mais la règle générale énoncée dans l'affaire *McCurdy c. Oak Tire & Rubber Co. Limited* demeure: la règle n'a pas pour objet de permettre d'obtenir une communication provenant d'un tiers; sa raison d'être, c'est de faciliter l'obtention de preuves pour le procès.

Arrêt: la demande est accueillie. Dans la mesure où leur présentation en preuve sera vraisemblablement exigible à l'audience, la production de tous les documents qu'un tiers a en sa possession peut être demandée pourvu que la description qui en est faite suffise à démontrer l'intérêt qu'ils représentent pour le litige. Les représentants de la défenderesse n'ont pas vu certains des documents mais l'objectif qui aurait conduit à la constitution en corporation de *R. Ltd.* et de *H. Ltd.* et les liens qui existeraient entre le demandeur et ces compagnies laissent supposer d'une part, que les documents concernent vraisemblablement le litige et d'autre part, qu'il ne s'agit pas d'une recherche à l'aveuglette.

Arrêts suivis: *Robertson c. St. John City Railway Company (No. 1)* [1892] New Brunswick Equity Cases 462 et *Hannum c. McRae* (1898) 28 O.R. 185 (Ont. C.A.). Arrêts appliqués: *McCurdy c. Oak Tire & Rubber Co. Limited* (1918) 44 O.L.R. 235; *Trustee of the Property of Lang Shirt Co. c. London Life Insurance Co.* (1926) 31 O.W.N. 285; *Doig c. Hemphill* [1942] O.W.N. 391; *Weber c. Czerevko* [1962] O.W.N. 245; *McGilly c. Cushing* [1964] 2 O.R. 544; *Markowitz c. Toronto Transit Commission* [1965] 2 O.R. 215; *Kokan c. Dales* [1970] 1 O.R. 465; *Coderque c. Mutual of Omaha Insurance Co.* [1970] 1 O.R. 473 et *Rhoades c. Occidental Life Insurance Company of California* [1973] 3 W.W.R. 625. Distinction faite avec l'arrêt: *Elder c. Carter* (1890) 25 Q.B.D. 194.

REQUÊTE.

AVOCATS:

H. S. Prowse, c.r., pour le demandeur.
M. R. V. Storrow pour la défenderesse.
J. Chipman, c.r., pour la Banque Royale du Canada.

SOLICITORS:

Fenery, Robertson, Brennan, Prowse, Fraser, Bell & Hatch, Calgary, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

PROCUREURS:

Fenery, Robertson, Brennan, Prowse, Fraser, Bell & Hatch, Calgary, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

SMITH D.J.: This is a motion by the defendant for an order

LE JUGE SUPPLÉANT SMITH: La défenderesse sollicite, par voie de requête, une ordonnance

(1) directing the Royal Bank of Canada to produce and allow the inspection by officers of the Defendant all ledgers, records, memoranda, correspondence, documents and other records in the possession of the Royal Bank of Canada with respect to Paul D. Bowlen, the Plaintiff herein, Regent Tower Estates Limited, Hambeldon Estates Limited, Tico Estates S.A. and Bowlen Investments Ltd., wheresoever found including, without restricting the generality of the foregoing, the documents set out in Schedule A hereto which documents were sent, received, prepared or originated by the Royal Bank of Canada, its agents or servants in the course of carrying on its business.

[TRADUCTION] (1) enjoignant la Banque Royale du Canada de produire et de permettre l'inspection par des fonctionnaires de la défenderesse de tous les grands livres, dossiers, notes de service, lettres, documents et autres dossiers en la possession de la Banque Royale du Canada afférents au demandeur Paul D. Bowlen, à Regent Tower Estates Limited, à Hambeldon Estates Limited, à Tico Estates S.A. et à Bowlen Investments Ltd., où qu'ils se trouvent, y compris et sans restreindre la généralité de ce qui précède, les documents mentionnés à l'annexe A envoyés, reçus, préparés ou établis par la Banque Royale du Canada, ses agents ou préposés au cours de leurs activités.

(2) directing the preparation of certified copies of the said documents.

(2) prescrivant la préparation de copies certifiées desdits documents.

On the hearing of the motion counsel for the defendant stated that the defendant was not, at this time, seeking production of documents with respect to Tico Estates S.A.

A l'audition de la requête, l'avocat de la défenderesse a déclaré qu'elle ne demandait pas, à ce moment, la production de documents relatifs à Tico Estates S.A.

Schedule A to the motion contains a list of 319 documents.

L'annexe A de la requête contient une liste de 319 documents.

The statement of claim in the action states that the Minister of National Revenue has re-assessed the plaintiff in respect of each of his 1963 to 1970 taxation years, adding to his income as previously assessed substantial amounts for each year, totalling in all the sum of \$2,406,814.92. It asks for a declaration that no portion of this sum is the plaintiff's income and that no portion thereof should be included in his income.

L'exposé de demande précise que le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard du demandeur pour les années d'imposition allant de 1963 à 1970, qui ajoute à ses cotisations antérieures des montants substantiels pour chaque année d'un montant total de \$2,406,814.92. Il demande une déclaration portant qu'aucune fraction de cette somme ne fait partie du revenu du demandeur et qu'aucune fraction ne doit être incluse dans son revenu.

The statement of defence states that the amounts added to the plaintiff's income by the notices of re-assessment were properly added thereto and asks that the action be dismissed.

L'exposé de défense affirme que les montants ont été ajoutés à juste titre au revenu du demandeur par les avis de nouvelle cotisation et il demande le rejet de l'action.

The true nature, purpose and effect of three transactions all of which took place on the 9th day of May 1963 are very much in issue in the action. According to the statement of claim these were as follows:

La nature, le but et l'effet réels de trois transactions qui se sont déroulées le 9 mai 1963 sont sérieusement controversés dans cette action. Selon l'exposé de demande, il s'agit des transactions suivantes:

1. On or about the 9th day of May 1963 the plaintiff purchased from Regent Tower Estates Limited (hereinafter called Regent) demand debentures of that company in the total amount of \$6,891,647.59 Canadian funds and paid that sum to Regent by cheque. ^a

2. On or about the 9th day of May 1963 after completion of transaction number 1, Regent purchased a debenture of Hambeldon Estates Limited (hereinafter called Hambeldon) in the same amount and paid that sum to Hambeldon by cheque. ^b

3. On or about the 9th day of May 1963 Hambeldon purchased from the plaintiff securities consisting of shares, bonds and debentures having a total market value of the same amount, \$6,891,647.59, and paid that sum to the plaintiff by cheque. ^c

Both Regent and Hambeldon were incorporated under the Companies Act of the Bahama Islands. ^d

The statement of defence says that the purpose of the plaintiff in causing these two companies to be incorporated was to have offshore companies available to him so that he would be able to give the "appearance" of legally diverting income and capital which was properly his personal income and capital to either or both of Regent and Hambeldon. ^e

From the pleadings it seems clear that the plaintiff controlled Regent at all material times, its shares being held by Trust Corporation of Bahamas Limited in trust for his wife and children. The statement of defence states that at all material times the plaintiff owned substantially or otherwise controlled all the shares of Hambeldon. This is denied by the plaintiff. ^f

The statement of defence then says that all three transactions of May 9, 1963 were shams or similar transactions and that none of the purchasers had, at any material times sufficient funds to cover their respective cheques. ^g

At the hearing of this motion it was stated by counsel for the defendant, and not denied, that all three of the foregoing transactions took place at ^j

1. Le 9 mai 1963 ou vers cette date, le demandeur a acheté à Regent Tower Estates Limited (ci-après Regent) des débetures à vue pour un montant total de \$6,891,647.59 \$CAN et il lui a payé cette somme par chèque.

2. Le 9 mai 1963 ou vers cette date, après l'achèvement de la première transaction, Regent a acheté une débeture de Hambeldon Estates Limited (ci-après Hambeldon) pour le même montant et a payé cette somme par chèque à Hambeldon.

3. Le 9 mai 1963 ou vers cette date, Hambeldon a acheté au demandeur des titres composés d'actions, d'obligations et de débetures pour \$6,891,647.59, soit une valeur marchande totale équivalente, payée par chèque au demandeur.

Regent et Hambeldon ont été constituées en corporation en vertu du *Companies Act* des Îles Bahamas. ^d

L'exposé de défense énonce que le demandeur, en procédant à la constitution de ces deux compagnies, envisageait de disposer de compagnies étrangères de manière à pouvoir donner l'«apparence» de détourner légalement des revenus et des capitaux qui lui appartenaient personnellement au profit de Regent et de Hambeldon ou au profit de chacune d'elles. ^e

Il ressort clairement des plaidoiries qu'à toutes les époques pertinentes, le demandeur contrôlait Regent dont Trust Corporation of Bahamas Limited détenait les actions en fiducie pour sa femme et ses enfants. L'exposé de défense précise qu'à toutes les époques pertinentes le demandeur était le propriétaire principal ou qu'il contrôlait par ailleurs toutes les actions de Hambeldon. Ceci est contesté par le demandeur. ^f

L'exposé de défense précise ensuite que les trois transactions du 9 mai 1963 étaient des trompes l'œil ou des transactions semblables et qu'aucun des acheteurs ne disposait, à aucune des époques pertinentes, des fonds nécessaires pour couvrir leurs chèques respectifs. ^g

A l'audition de cette requête, l'avocat de la défenderesse a déclaré que les trois opérations précédentes se sont déroulées à la succursale de la ^j

the New York branch of the Royal Bank of Canada.

There can be no doubt that the Royal Bank has or has had in its possession documents relevant to the issues in this action. In fact, most if not all, of the 319 documents listed in Schedule A to the notice of motion have been seen at the New York branch of the Bank, by representatives of the defendant.

Counsel for the defendant submits that the availability of the said 319 documents and of other documents in the possession of the bank relating to the matters in issue in the action, for presentation to the Court at the trial, is vital to the defendant's case. The question before me is whether the order asked for may properly be made, and if so, should it be limited in its application.

The jurisdiction of the Court to order a person resident in Canada to produce documents situated outside Canada for use in litigation in a Canadian court, though that person is not a party to the action, is well settled. The Royal Bank of Canada is a banking corporation created under the *Bank Act*¹, having its head office at the City of Montreal. It is domiciled in Canada. The fact that the documents whose production is asked for, or most of them, are situate at the Bank's branch in the City of New York, U.S.A., is no bar to the Court making an order of the kind sought (*Robertson v. St. John City Railway Company (No. 1)*²). Neither is the special relationship of a bank to its customers nor the fact that compliance with such an order may occasion inconvenience to the bank. (*Hannum v. McRae*³.)

The present motion is brought under Rule 464 of the *Federal Court Rules*. Subsection (1) of this Rule reads:

Rule 464. (1) When a document is in the possession of a person not a party to the action and the production of such document at a trial might be compelled, the Court may at the instance of any party, on notice to such person and to the other parties to the action, direct the production and inspection thereof, and may give directions respecting the preparation of a

Banque Royale du Canada à New-York. Ceci n'a pas été contesté.

Il ne fait aucun doute que la Banque Royale a ou a eu en sa possession des documents concernant les points litigieux que soulève cette action. En réalité, des représentants de la défenderesse ont vu à la succursale de la Banque à New-York la plupart sinon l'ensemble des 319 documents inscrits à l'annexe A de l'avis de requête.

L'avocat de la défenderesse prétend que la présentation à l'audience de la Cour desdits 319 documents et d'autres documents en la possession de la Banque relatifs aux points litigieux soulevés dans cette action est d'une importance capitale pour la défenderesse. Il s'agit donc de savoir si l'on peut à bon droit décerner une ordonnance, et, dans l'affirmative, si celle-ci doit être limitée dans son application.

La compétence de la Cour pour ordonner à une personne résidant au Canada, bien que cette personne soit un tiers, de produire des documents qui se trouvent à l'étranger et doivent être utilisés pour un litige devant un tribunal canadien, est bien établie. La Banque Royale du Canada est une société bancaire créée en vertu de la *Loi sur les banques*¹ et dont le siège social se trouve à Montréal. Son domicile est situé au Canada. Le fait que les documents, ou la plupart de ceux-ci, dont la production est demandée se trouvent à la succursale de New-York (É.-U.) n'empêche pas la Cour de décerner l'ordonnance demandée (*Robertson c. St. John City Railway Company (N° 1)*²). Il en est de même des rapports particuliers d'une banque avec ses clients et du fait que l'obéissance à une telle ordonnance peut causer des désagréments à la Banque. (*Hannum c. McRae*³.)

La présente requête est présentée conformément à la Règle 464 des *Règles de la Cour fédérale* dont voici le paragraphe (1):

Règle 464. (1) Lorsqu'un document est en la possession d'une personne qui n'est pas partie à l'action et lorsqu'on pourrait la contraindre à produire ce document à une instruction, la Cour pourra, à la demande d'une partie, après avis à cette personne et aux autres parties à l'action, prescrire la production et l'examen du document, et elle peut donner des instructions pour

¹ R.S.C. 1970, c. B-1.

² [1892] New Brunswick Equity Cases 462 at p. 467.

³ (1898) 28 O.R. 185 (Ontario Court of Appeal).

¹ S.R.C. 1970, c. B-1.

² [1892] New Brunswick Equity Cases 462, à la p. 467.

³ (1898) 28 O.R. 185 (Cour d'appel de l'Ontario).

certified copy which may be used for all purposes in lieu of the original.

Ontario Rule 349, formerly 350, is in identical terms except that it has the words "opposite party" instead of "other parties to the action", which difference has no significance for our purposes. In British Columbia and probably other provinces a Rule in very similar terms exists. There has been a good deal of controversy as to the true meaning and application of the Rule, which controversy has not yet been fully resolved. 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. Much of the controversy that has arisen is due to the fact that the distinction between what is and what is not a fishing expedition and likewise the distinction between what is and what is not seeking discovery from a stranger to the action seem to be affected by the facts and circumstances of each case. The result is, at least to my mind, that some of the decisions are difficult to reconcile.

The case of *McCurdy v. Oak Tire & Rubber Co. Limited*⁴ has frequently been cited and followed, as one that lays down the general rule. In it Middleton J. said [at page 235]:

I am clear that Rule 350 [now 349] was intended to simplify the procuring of evidence, and to avoid the taking of a witness who is the custodian of documents to a trial, and was not intended to be a means of obtaining discovery from strangers to an action.

A few years later, in *Trustee of the Property of Lang Shirt Co. v. London Life Insurance Co.*⁵ the Master (Garrow) stated the matter more explicitly. He said [at page 286]:

The Rule applies not to discovery at all, but to the production and inspection for the purposes of the trial, including the making of certified copies, of documents shewn to be in the possession of a stranger to the action, the production of which might be compelled at the trial. Before any order can be made under it it must be made to appear that the stranger to the action has in his possession certain specific documents which the Court would in all probability admit at the trial as evidence in respect of some of the issues in the action.

⁴ (1918) 44 O.L.R. 235.

⁵ (1926) 31 O.W.N. 285.

la préparation d'une copie certifiée qui peut être utilisée à toutes fins à la place de l'original.

La Règle 349 de l'Ontario, ancienne Règle 350, est rédigée de la même façon à l'exception du mot «opposant» au lieu de «autres parties à l'action», différence qui ne présente aucune importance pour nous. En Colombie-Britannique et probablement dans les autres provinces, il existe une Règle très semblable. Le sens réel et l'application de la Règle ont fait l'objet de nombreuses controverses qui n'ont pas encore été tout à fait résolues. 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. Pour l'essentiel, ces controverses proviennent du fait que la distinction entre ce qui est et ce qui n'est pas une recherche à l'aveuglette et entre ce qui est et ce qui n'est pas une demande de communication de pièces adressée à un tiers à l'action, semble être influencée par les faits et les circonstances de chaque espèce. Il en résulte, du moins à mon avis, que certaines décisions sont difficiles à réconcilier.

On a souvent cité et suivi *McCurdy c. Oak Tire & Rubber Co. Limited*⁴ comme étant l'arrêt qui a posé la règle générale. Le juge Middleton a dit à cette occasion [à la page 235]:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que la Règle 350 (devenue Règle 349) avait pour but de simplifier l'obtention de preuves et d'éviter d'impliquer dans un procès un témoin qui a la garde de documents, et non pas de permettre une communication qui provient de tiers à une action.

Quelques années plus tard, le *Master* (Garrow) a exposé la question de façon plus explicite dans *Trustee of the Property of Lang Shirt Co. c. London Life Insurance Co.*⁵ il dit [à la page 286]:

[TRADUCTION] La Règle ne s'applique pas du tout à la communication, mais à la production et à l'inspection aux fins de l'audition, y compris au dépôt de copies certifiées, de documents dont on a démontré qu'ils sont en la possession d'un tiers à l'action et dont la production peut être ordonnée à l'audience. Avant de pouvoir décerner une ordonnance en vertu de cette Règle, il faut avoir établi qu'un tiers à l'action a en sa possession certains documents spécifiques que la Cour admettrait en toute probabilité à l'audience comme élément de preuve se rapportant à certain des points litigieux que soulève l'action.

⁴ (1918) 44 O.L.R. 235.

⁵ (1926) 31 O.W.N. 285.

*Doig v. Hemphill*⁶ is another case frequently cited as indicating limits to the production of documents under Ontario Rule 350. In that case the defendant had acted for the plaintiffs and also for a number of other persons, as agent in dealings on the grain market. All purchases and sales were made through Parrish & Heimbecker Limited, brokers, and all of them were made in the defendant's own name. The plaintiffs applied for an order that the brokers should produce for inspection their records of all orders for sales and purchases given by the plaintiffs during a specified period. The Master, F. H. Barlow, K.C., said, at page 392:

The dealings of the defendant with the brokers, Parrish & Heimbecker Limited were in his own name on behalf of the plaintiffs and several other persons and it, therefore, follows that a production and inspection of the brokers' books and even a certified copy thereof, will not be of any assistance to the plaintiffs at the trial without calling as a witness someone from the brokers' office. It is clear that the purpose of this application is to obtain discovery from Parrish & Heimbecker Limited, a stranger to the action. This is contrary to the proper interpretation of Rule 350.

Twenty years later, in *Weber v. Czerevko*⁷ in the Ontario High Court of Justice, the Master (Kimber) gave a similar opinion. In that case a nurse's aide claimed that she had been assaulted and injured by the defendant, who with others operated the small hospital where the plaintiff worked. The plaintiff had suffered from a nervous disorder prior to the occurrence complained of. The defendant applied for an order directing the St. Catharines General Hospital and the Hotel Dieu Hospital to produce all of the medical records and history in any way pertaining to the treatment of the plaintiff. The Master referred [at page 246] to *Doig v. Hemphill*, saying:

In the last mentioned case the master (Barlow) makes it clear that Rule 349 is not designed to give the right to discovery from a third person. That, in fact, is what the defendant is asking for in this case. The defendant does not know whether there are any records that would be of assistance to him, nor what those records will disclose if they in fact do exist. He will

On a aussi souvent cité l'affaire *Doig c. Hemphill*⁶ en faisant valoir qu'elle posait des limites à la production de documents en vertu de la Règle 350 de l'Ontario. Dans cette affaire, le défendeur avait agi à titre de mandataire au cours de transactions sur le marché des grains pour les demandeurs et pour un certain nombre d'autres personnes. Tous les achats et toutes les ventes ont été effectués par l'intermédiaire des courtiers Parrish & Heimbecker Limited et ils ont tous été effectués au nom du défendeur. Les demandeurs ont sollicité une ordonnance tendant à la production, aux fins d'inspection, par les courtiers de leurs dossiers concernant toutes les commandes de ventes et d'achats données par les demandeurs au cours d'une période déterminée. Le Master F. H. Barlow, K.C., dit à la page 392:

[TRADUCTION] Les transactions du défendeur avec les courtiers Parrish & Heimbecker Limited ont été effectuées en son nom propre pour le compte des demandeurs et diverses autres personnes. Par conséquent, il en résulte que la production et l'inspection des livres des courtiers et même d'une copie certifiée de ceux-ci ne sera d'aucune aide pour les demandeurs à l'audience si l'on ne cite personne du bureau des courtiers comme témoin. Il est clair que cette demande a pour but d'obtenir communication de pièces de Parrish & Heimbecker Limited qui est un tiers à l'action. Ceci est contraire à l'interprétation exacte de la Règle 350.

Vingt ans plus tard, le Master (Kimber) exprimait une opinion semblable dans l'affaire *Weber c. Czerevko*⁷ soumise à la Haute Cour de justice de l'Ontario. Dans cette affaire, une aide infirmière prétendait avoir été agressée et blessée par le défendeur qui dirigeait avec d'autres personnes le petit hôpital où elle travaillait. La demanderesse avait souffert de troubles nerveux avant l'événement dont elle se plaignait. Le défendeur a demandé une ordonnance enjoignant l'Hôpital général de Ste-Catharine et l'hôpital Hôtel Dieu de produire tous les dossiers médicaux et tous les antécédents concernant d'une façon ou d'une autre le traitement de la demanderesse. Le Master s'est reporté [à la page 246] à l'affaire *Doig c. Hemphill*, en disant:

[TRADUCTION] Dans l'affaire mentionnée en dernier lieu, le Master (Barlow) explique que la Règle 349 n'a pas pour but d'accorder le droit à la communication des pièces d'une tierce personne. En réalité, c'est ce que demande le défendeur en l'espèce. Il ignore si certains dossiers pourraient lui être utiles ou ce que révéleraient ces dossiers s'ils existaient en réalité. Il

⁶ [1942] O.W.N. 391.

⁷ [1962] O.W.N. 245.

⁶ [1942] O.W.N. 391.

⁷ [1962] O.W.N. 245.

be embarking upon a fishing expedition to see if he may discover something which will be of assistance to him at the trial. In fact, what he is asking for is no different from asking for the right to examine a potential trial witness.

While it might have facilitated the administration of justice had this Rule been given a wider interpretation, the authorities are quite to the contrary and this application must be dismissed.

We now turn to a more recent case which had a different result: *McGilly v. Cushing*⁸. This was an appeal by the defendant from an order of the Master refusing production by the plaintiff of medical records. The defendant asked leave to amend her application by asking in the alternative for an order under Rule 349 directing the production and inspection of the medical reports of the Toronto General Hospital upon the plaintiff in respect of her hospitalization and treatment for the injuries which were the subject matter of the action. Haines J. said, at the bottom of page 544 and continuing on page 545:

It is apparent that the medical record contains important information that ought to be before the Court . . . and that the production of this medical record might be compelled by either party at the trial through the simple expedient of a *subpoena duces tecum*.

The applicant submits that the medical record should be produced now and I am inclined to agree. A properly compiled medical record is a team effort containing the reports of doctors, technicians, nurses and other members of the staff. When its production is obtained for the first time at the trial through the medium of a subpoena much of the important information cannot be admitted in evidence since its introduction offends the hearsay rule. A party desiring to introduce this evidence is then compelled either to ask for an adjournment which causes great loss of time of the Court, counsel and witnesses or to endeavour hastily to locate those who have made the reports and place them under subpoena. This results in great inconvenience to witnesses who are summoned peremptorily to appear on a few hours notice, and furthermore causes disruption to the work of the witness and those members of the community served by him. It seems to me that it is the duty of this Court so to direct the use of its processes that there will be timely disclosure to the parties of material facts in the possession of persons not parties to the litigation and thereby an opportunity be afforded the parties to arrange for the attendance of witnesses with some regard to the other commitments of the witnesses. In this respect I take especial cognizance of the demands of the community on the medical and paramedical services.

On page 546 he said, in part:

⁸ [1964] 2 O.R. 544.

se lancera dans une recherche à l'aveuglette pour voir s'il peut découvrir quelque chose qui lui servira à l'audience. En réalité, sa demande équivaut à demander le droit d'interroger un témoin éventuel pour l'audience.

^a Bien qu'une interprétation plus large de cette règle aurait pu faciliter l'administration de la justice, la jurisprudence est tout à fait contraire et cette demande doit être rejetée.

^b Passons maintenant à une affaire plus récente qui a eu un résultat différent, *McGilly c. Cushing*⁸. La défenderesse interjetait appel d'une ordonnance du *Master* qui refusait la production par le demandeur de dossiers médicaux. La défenderesse a demandé l'autorisation de modifier sa requête en demandant comme alternative une ordonnance en vertu de la Règle 349 prescrivant la production et l'examen des dossiers médicaux de l'Hôpital général de Toronto sur la demanderesse au sujet de son hospitalisation et de son traitement pour les blessures qui faisaient l'objet de l'action. Le juge Haines a dit en bas de la page 544 et à la page 545:

^c [TRADUCTION] Il est évident que le dossier médical contienne des informations importantes dont la Cour devrait être saisie . . . et que la production de ce dossier médical peut être demandée par l'une ou l'autre des parties au cours de l'audience par le simple recours à un *subpoena duces tecum*.

^d La requérante prétend que le dossier médical devrait être produit maintenant et je tends à en convenir. Un dossier médical bien compilé est un effort d'équipe qui contient les rapports des médecins, des techniciens, des infirmières et d'autres membres du personnel. Lorsque sa production est obtenue pour la première fois à l'audience au moyen d'un *subpoena*, une bonne partie des informations importantes ne peut être admise comme preuve puisque son introduction contredit la règle de la preuve par oui-dire. Une partie qui désire présenter ces éléments de preuve est alors obligée soit de demander un ajournement, ce qui provoque une grande perte de temps pour la Cour, les avocats et les témoins, soit de s'efforcer de trouver rapidement ceux qui ont établi les rapports et de les assigner. Ceci cause un grand embarras aux témoins qui sont cités péremptoirement à comparaître avec un préavis de quelques heures, et cela provoque en outre une rupture dans le travail du témoin et des membres de la collectivité qu'il sert. Il me semble que cette Cour a pour obligation d'ordonner l'utilisation de ses moyens de contrainte pour que les faits matériels en la possession de tiers soient révélés à temps aux parties et qu'elles aient ainsi la possibilité de prévoir la présence de témoins en tenant compte dans une certaine mesure des autres engagements que peuvent avoir ces témoins. A cet égard, je prends une connaissance spéciale des demandes de la collectivité aux services médicaux et para-médicaux.

^e A la page 546 il dit, en partie:

⁸ [1964] 2 O.R. 544.

An order will go directing the proper officers of the Toronto General Hospital to permit the applicant, or his solicitors, to inspect and receive information from the medical record of the plaintiff. . . .

In *Markowitz v. Toronto Transit Commission*⁹ Thompson J. agreed with Haines J.'s opinion in the *McGilly* case that previous inspection, i.e., before trial, should be ordered for the purpose of facilitating proof at trial of the information therein contained.

Then in *Kokan v. Dales*¹⁰, Lacourcière J. agreed with both Haines J.'s and Thompson J.'s view. At page 468 he said:

It seems to me that Rule 349 by its terms is not restricted only to documents admissible at trial. . . .

The fact that some medical records are compellable at trial by subpoena but are not admissible at trial as being statements of opinion, diagnosis, impression, or of events which occurred outside of the hospital prior to admission, dictates that such medical records should be produced for inspection prior to trial so as to facilitate proof of the information therein contained at trial.

And at page 470 he said:

While the order [under Rule 349], if made, may indirectly be a discovery of documents in the hands of the third party, the application is not brought for the purposes of discovery, but rather to facilitate proof of information at trial, and therefore there is no more an element of discovery present in this case than was present in *McGilly v. Cushing* and the many cases that followed it. Some documents and entries in the record might be quite irrelevant to the action and perhaps embarrassing to the plaintiff and even scandalous and as such cannot be used at trial. I agree with counsel, however, that it is impossible to determine if these qualities exist without first seeing the documents and records, and their admissibility at trial will have to be determined by the trial Judge.

*Coderque v. Mutual of Omaha Insurance Co.*¹¹ is another case in which production of medical documents and reports in the possession of a doctor was ordered on the application of the defendant. Keith J. said, at page 477:

[TRADUCTION] Il sera décerné une ordonnance enjoignant les employés concernés de l'Hôpital général de Toronto d'autoriser la requérante ou ses avocats à examiner et à recevoir les informations tirées du dossier médical de la demanderesse. . . .

a Dans *Markowitz c. Toronto Transit Commission*⁹, le juge Thompson s'est dit d'accord avec l'opinion que le juge Haines a exposée dans *McGilly* selon laquelle l'examen antérieur de documents, c'est-à-dire avant l'audience, devrait être *b* ordonné pour faciliter la preuve des informations qui y étaient contenues au cours de l'audience.

Ensuite dans *Kokan c. Dales*¹⁰, le juge Lacourcière a accepté les points de vue exprimés par le *c* juge Haines et le juge Thompson. Il dit à la page 468:

[TRADUCTION] Il me semble que l'énoncé de la Règle 349 ne se limite pas simplement aux documents admissibles à l'audience. . . .

d Le fait qu'on peut exiger, par *subpoena*, la production à l'audience de certains dossiers médicaux mais qu'ils ne sont pas admissibles à l'audience puisqu'il s'agit d'exposés d'opinions, de diagnostics, d'impressions ou d'événements qui se sont produits en dehors de l'hôpital avant l'admission, invite fortement à penser que de tels dossiers médicaux devraient être produits *e* pour être examinés avant l'audience de manière à faciliter la preuve des informations qu'ils contiennent au cours de l'audience.

Il ajoute à la page 470:

f [TRADUCTION] Bien que l'ordonnance [en vertu de la Règle 349], si elle est décernée, puisse être indirectement une communication de documents en la possession du tiers, la demande n'est pas présentée dans le but de la communication de pièces, mais plutôt pour faciliter la preuve d'informations à l'audience et, par conséquent, il n'y a pas plus d'élément de communication dans la présente affaire que dans l'affaire *McGilly c. Cushing* et dans les nombreuses affaires qui l'ont suivie. Certains documents et certaines inscriptions mentionnés au dossier sont peut-être tout à fait sans importance pour l'action; elles sont peut-être embarrassantes pour le demandeur, voire diffamatoires et, en tant que telles, elles ne peuvent être utilisées à *h* l'audience. Avec l'avocat, je pense cependant qu'il est impossible de savoir si c'est le cas avant d'avoir vu les documents et les dossiers et c'est le juge de première instance qui statuera sur leur admissibilité à l'audience.

i La production de documents et de rapports médicaux en la possession d'un médecin a également été ordonnée à la demande du défendeur dans *Coderque c. Mutual of Omaha Insurance Co.*¹¹; le juge Keith dit à la page 477:

⁹ [1965] 2 O.R. 215.

¹⁰ [1970] 1 O.R. 465.

¹¹ [1970] 1 O.R. 473.

⁹ [1965] 2 O.R. 215.

¹⁰ [1970] 1 O.R. 465.

¹¹ [1970] 1 O.R. 473.

This is not a question of obtaining discovery from a third party. It is perfectly apparent, both from the affidavit of Mr. Cornwall in his cross-examination on it that the defendant is well aware of the fact that Dr. Will is in possession of documents, specifically electrocardiograph reports and others, that have a most direct bearing on the very issue which is between the parties in this case. This is no fishing expedition.

Keith J. did not, however, agree with the argument of defendant's counsel that a whole new line of authority had developed with the case of *McGilly v. Cushing*. He said [at page 477]:

I do not agree. In my opinion Haines, J., in the *McGilly v. Cushing* case, above referred to, did not depart from the principles laid down in the original case of *McCurdy v. Oak Tire Co.* from which this controversy stems and, indeed, Thompson, J., in the *Markowitz* case expressly found that there was no deviation in principle.

There is one further case I wish to refer to, namely, *Rhoades v. Occidental Life Insurance Company of California*¹². This was a decision of the British Columbia Court of Appeal. Like the *Coderque* case it was a claim under a life insurance policy. The defendant insurance company pleaded that the insured died by suicide within two years of the issue of the policy, and, further, that the policy had been rendered void or voidable by misrepresentation or failure to disclose suicidal tendencies. The defendant applied under O. 31, R. 20A (M.R. 362A) of the Rules of the Supreme Court of British Columbia for the production, inspection and copying of all documents in the possession of Dr. James E. Miles and University of British Columbia Health Sciences Hospital relevant to the death of the insured, including documents outlining her medical history and all notes, records and tests related to her mental or physical health.

McFarlane J.A. (in whose judgment Robertson J.A. concurred) referred to Ontario cases, e.g.: *McCurdy v. Oak Tire* and *Doig v. Hemphill* (*supra*) as holding that the comparable Ontario Rule was intended merely to simplify the procuring of evidence for presentation at trial and was not intended to be used for the purpose of compelling discovery by a person not a party to the action. He stated that in *Doig v. Hemphill*, Barlow (Master) had quoted from Lindley L.J. in *Elder v.*

¹² [1973] 3 W.W.R. 625.

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'obtenir une communication de pièces d'un tiers. Il est tout à fait évident d'après l'affidavit de M. Cornwall et d'après son contre-interrogatoire que le défendeur sait que le Dr. Will est en possession de documents, en particulier d'électrocardiogrammes et d'autres rapports qui ont un impact direct sur le problème réel qui fait l'objet du litige entre les parties. Il ne s'agit pas d'une recherche à l'aveuglette.

Cependant, le juge Keith était en désaccord avec la thèse de l'avocat du défendeur selon laquelle il y a eu un revirement de jurisprudence avec l'arrêt *McGilly c. Cushing*. Il a dit [à la page 477]:

[TRADUCTION] Je ne suis pas d'accord. A mon avis, le juge Haines dans l'arrêt *McGilly c. Cushing*, précité, ne s'est pas écarté du principe posé dans l'arrêt initial *McCurdy c. Oak Tire Co.* qui a suscité cette controverse. En fait, le juge Thompson a conclu expressément dans l'affaire *Markowitz* que le principe n'avait subi aucune déviation.

J'aimerais mentionner une dernière décision, celle de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Rhoades c. Occidental Life Insurance Company of California*¹². Comme dans l'affaire *Coderque*, il s'agissait d'une réclamation au sujet d'une police d'assurance-vie. La compagnie d'assurance défenderesse a plaidé le suicide de la personne assurée moins de deux ans après la délivrance de la police et la nullité de la police par suite d'une présentation erronée des faits ou de l'absence de révélation de tendances suicidaires. La défenderesse a demandé, conformément à la Règle O. 31, R. 20A (M.R. 362A) des Règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, la production, l'examen et une copie de tous les documents relatifs au décès de la personne assurée, en la possession du docteur James E. Miles et du University of British Columbia Health Sciences Hospital, y compris les documents exposant ses antécédents médicaux et toutes les notes, dossiers et examens relatifs à sa santé mentale ou physique.

Le juge d'appel McFarlane (au jugement duquel le juge d'appel Robertson a souscrit) a mentionné deux arrêts ontariens, à savoir *McCurdy c. Oak Tire* et *Doig c. Hemphill* (précités) affirmant que la règle équivalente en Ontario avait simplement pour but de simplifier l'obtention de preuves à présenter à l'audience et qu'elle ne devait pas être utilisée pour obliger un tiers à l'action à communiquer des pièces. Il a déclaré que dans l'arrêt *Doig c. Hemphill*, le Master Barlow avait cité un

¹² [1973] 3 W.W.R. 625.

*Carter*¹³ and had said, "This is clearly applicable to our Rule 350."

McFarlane J.A. then pointed out that the English Rule¹⁴ under which *Elder v. Carter* was decided dealt only with production of documents, and not with their inspection as did British Columbia Rule O. 31, R. 20A. Further the English Rule was directed to enforcing the attendance of a person, while the British Columbia Rule was directed to production and inspection. The British Columbia Rule in effect before 1970 had been identical with the English Rule under which *Elder v. Carter* was decided. The learned Judge of Appeal could not accept the idea that the introduction of the new British Columbia Rule, O. 31, R. 20A in 1970 left matters virtually unchanged. For these reasons he said the reasoning based on *Elder v. Carter* was not applicable in British Columbia.

McFarlane J.A. then quoted Middleton J.'s short statement in *McCurdy v. Oak Tire* about the intended effect of Ontario Rule 350 (*supra*), and noted that Middleton J.'s statement gave no apparent effect to the word "inspection". He concluded by saying he did not feel he "should apply *McCurdy v. Oak Tire* here" and noted that later decisions in the Ontario courts had given a less restricted meaning to Rule 350 than had been given in that case.

McFarlane J.A. at page 628, agreed that the Rule should not

... be used for the mere purpose of obtaining discovery from a person not a party. This would be a "fishing expedition", i.e., an attempt to discover whether or not that person is in possession of a document, the production of which might be compelling at trial and if so, the nature of the document. The reason why a fishing expedition is not permissible is that the Rule envisages an application being made with respect to a particular document and an order for the production and inspection of that document. It must therefore be shown to the court or judge that such a document is in the possession of a person who is not a party to the action before an order can be made for the

extrait de la décision du lord juge Lindley dans l'affaire *Elder c. Carter*¹³, et il avait dit: [TRADUCTION] «Ceci s'applique évidemment à notre Règle 350.»

^a Le juge d'appel McFarlane a ensuite souligné que la Règle anglaise¹⁴ qui a servi de fondement à l'arrêt *Elder c. Carter* ne concernait que la production de documents, et non pas leur inspection ^b comme c'est le cas pour la Règle O. 31, R. 20A de la Colombie-Britannique. En outre, la Règle anglaise avait pour but d'assurer la présence d'une personne, alors que la Règle de la Colombie-Britannique ne concernait que la production et l'examen. ^c Avant 1970 en effet, la Règle de la Colombie-Britannique était identique à la Règle anglaise qui avait servi de fondement à l'arrêt *Elder c. Carter*. Le savant juge d'appel n'a pas pu accepter l'idée que certaines questions demeuraient inchangées avec la nouvelle Règle O. 31, R. 20A de la Colombie-Britannique en 1970. C'est pourquoi il a déclaré que le raisonnement de l'arrêt *Elder c. Carter* n'était pas applicable en Colombie-Britannique.

^e Le juge d'appel McFarlane a ensuite cité l'exposé succinct du juge Middleton dans *McCurdy c. Oak Tire* au sujet du but recherché de la Règle 350 précitée de l'Ontario et il a fait remarquer que ^f l'exposé du juge Middleton n'accordait aucun effet apparent au mot «examen». En conclusion, il a déclaré qu'il n'avait pas l'impression qu'il devrait appliquer l'arrêt *McCurdy c. Oak Tire*, et il a fait observer que les deux dernières décisions rendues ^g par les tribunaux ontariens ont attribué un sens moins restrictif à la Règle 350 que dans cette dernière affaire.

^h Le juge d'appel McFarlane était d'accord pour dire à la page 628 que la Règle ne devrait pas

[TRADUCTION] ... être simplement utilisée pour obtenir d'un tiers communication de pièces. Ce serait une «recherche à l'aveuglette» c'est-à-dire une tentative visant à déterminer si cette personne est ou non en possession d'un document dont la production pourrait être demandée à l'audience et à déterminer ⁱ dans ce cas la nature du document. Si une telle recherche à l'aveuglette est interdite, c'est parce que la Règle envisage une demande relative à un document déterminé et une ordonnance concernant la production et l'examen de ce document. Par conséquent, il faut montrer à la cour ou au juge que le tiers à l'action est en possession d'un tel document avant de pouvoir

¹³ (1890) 25 Q.B.D. 194 at 198.

¹⁴ Order XXXVII, r. 7.

¹³ (1890) 25 Q.B.D. 194, à la p. 198.

¹⁴ Order XXXVII, r. 7.

production of the document by him. I do not, however, think that the description of the document sought must be so specific that it could be picked out from among any number of other documents.

In the case before him he thought the description of the documents in the notice of motion launching the application was sufficient.

Branca J.A., the third judge sitting on the appeal, wrote a separate judgment, agreeing in the result.

In my opinion, after a careful study of all the cases referred to above, and of others cited to me, the limitations contained in Middleton J.'s statement in *McCurdy v. Oak Tire & Rubber Co.* (*supra*) of the purpose of Rule 350 has been broadened to some extent by the recent decisions mentioned and others to a similar effect. This broadened purpose first appeared in *McGilly v. Cushing*. Its application in particular circumstances has been explained in cases subsequent to it.

It is true that all the recent cases referred to above were cases in which the documents of which production was ordered were medical or hospital documents, records and reports, but I see no reason why the result should be different in other kinds of cases, provided the conditions are right. It is clear that the production sought need not be of one particular document only, but may be of all the documents in the possession of a person not a party to the action, provided they are sufficiently described as to indicate their relevance to the issues between the parties, more particularly to the applicant's case. They must thus be documents of which it is likely that production would be compelled at the trial. This does not mean that they must be admissible as evidence at the trial, at which time their admissibility will be determined by the trial judge.

In the present case the defendant's representatives have seen 319 of the documents of which her counsel is seeking production, inspection and preparation of certified copies at the New York Branch of the Royal Bank of Canada. Counsel submits that he cannot prove these documents unless the application is granted. These 319 are specific documents which are sufficiently described by names and dates and in some cases by

décerner une ordonnance visant la production du document. Je ne pense pas cependant que la précision de la description du document demandé doit être telle qu'on puisse l'identifier parmi d'autres documents.

Dans l'affaire dont il était saisi, il pensait que la description des documents mentionnés dans l'avis de requête soumettant la demande était suffisante.

Le juge d'appel Branca, troisième juge en appel, a rédigé un jugement distinct souscrivant au résultat.

Après une étude attentive de toutes les décisions précitées et de celles qu'on m'a citées, je pense que les décisions récentes mentionnées ainsi que d'autres décisions dont le but est le même, ont élargi dans une certaine mesure les limites de l'objectif de la Règle 350 énoncées dans l'exposé du juge Middleton dans *McCurdy c. Oak Tire & Rubber Co.* (précité). Cet objectif élargi est apparu tout d'abord dans *McGilly c. Cushing*. On a expliqué dans des arrêts ultérieurs son application à des circonstances particulières.

Il est exact que les documents dont la production a été ordonnée dans toutes les affaires récentes précitées étaient des documents, des dossiers et des rapports médicaux ou hospitaliers, mais je ne vois pas pourquoi les résultats devraient être différents dans d'autres affaires, à supposer que les conditions restent les mêmes. Il est clair que la production demandée n'a pas besoin de se rapporter uniquement à un document déterminé, mais il peut s'agir de tous les documents en la possession d'un tiers à l'action, à supposer que la description suffise à démontrer l'intérêt qu'il présente pour les points en litige entre les parties, et plus particulièrement pour le requérant. Il doit donc s'agir de documents dont la production sera probablement demandée à l'audience. Ceci ne signifie pas qu'ils doivent être admissibles comme preuve à l'audience, mais c'est à cette époque que leur admissibilité sera établie par le juge de première instance.

Parmi les documents dont l'avocat de la défenderesse demande la production, l'inspection et la préparation de copies certifiées, les représentants de la défenderesse en ont vu 319, à la succursale de la Banque Royale du Canada à New-York. L'avocat prétend qu'il ne peut pas établir la preuve de ces documents tant que la demande n'est pas accordée. Il s'agit de 319 documents spécifiques qui sont décrits en détail par nom, date et parfois

subject matter. Counsel is also seeking production, inspection and certified copies of all other documents in the possession of the Royal Bank of Canada with respect to the plaintiff Paul D. Bowlen, Regent, Hambeldon and Bowlen Investments Ltd. In view of the purposes for which the defendant alleges Mr. Bowlen had Regent and Hambeldon incorporated in the Bahamas, the relationship alleged to exist between the plaintiff and these two corporations, and particularly in view of the allegation that the three transactions, each involving a cheque for \$6,891,647.59, all made on the 9th day of May 1963 and involving the plaintiff and Regent and Hambeldon, were all carried out at the New York branch of the Royal Bank of Canada, it appears to be certain that the Royal Bank has in its possession a number of documents relevant to the defendant's case. From what was said by counsel at the hearing it seems more than likely that some of such documents have not been seen by representatives of the defendant. I do not consider that asking for all documents in the possession of the Bank is any more a fishing expedition than was asking for the production of all documents in the possession of the doctor or hospital in the medical cases. The purpose alleged to have led to the incorporation of Regent and Hambeldon and the relationship alleged to exist between the plaintiff and those companies indicates that almost every transaction between them or between him and one or both of them is highly likely to be relevant to the defendant's case, as will the documents relating to all such transactions.

On this point I agree with the words of Lacourcière J. in *Kokan v. Dales* (*supra*) at page 470 of the report and hold them applicable to the present case. He said:

While the order [under Rule 349], if made, may indirectly be a discovery of documents in the hands of the third party, the application is not brought for the purposes of discovery, but rather to facilitate proof of information at trial, and therefore there is no more an element of discovery present in this case than was present in *McGilly v. Cushing* and the many cases that followed it.

The application is granted. There will be an order directing the Royal Bank of Canada, through its proper officers, to arrange for the production to and permit the inspection by officers

par sujet. L'avocat demande également la production, l'inspection et les copies certifiées de tous les autres documents concernant le demandeur Paul D. Bowlen, Regent, Hambeldon et Bowlen Investments Ltd. en la possession de la Banque Royale du Canada. Eu égard aux motifs pour lesquels la défenderesse prétend que Bowlen a constitué en corporation Regent et Hambeldon aux Bahamas, aux rapports existant entre le demandeur et ces deux compagnies, et eu égard notamment à la prétention selon laquelle ces trois transactions concernant un chèque de \$6,891,647.59, effectuées le 9 mai 1963 et impliquant le demandeur ainsi que Regent et Hambeldon, ont toutes été exécutées à la succursale de la Banque Royale du Canada à New-York, il paraît certain que la Banque Royale a en sa possession un certain nombre de documents pertinents aux prétentions de la défenderesse. D'après ce qu'a dit l'avocat à l'audience, il est plus probable que les représentants de la défenderesse n'ont pas vu certains de ces documents. J'estime que le fait de demander tous les documents en la possession de la Banque n'est pas plus une recherche à l'aveuglette que ne l'est la demande de production de tous les documents en possession du médecin ou de l'hôpital dans les affaires médicales. L'objectif qui aurait conduit à la constitution en corporation de Regent et de Hambeldon et les liens qui existeraient entre le demandeur et ces compagnies montrent que presque chaque transaction intervenue entre eux ou entre lui et une compagnie ou les deux, concerne très vraisemblablement les prétentions de la défenderesse comme c'est le cas pour les documents relatifs à toutes ces transactions.

Sur ce point, je suis d'accord avec la déclaration faite par le juge Lacourcière dans *Kokan c. Dales* (précité) à la page 470 du recueil et j'estime qu'elle est applicable à la présente affaire. Il dit:

[TRADUCTION] Bien que l'ordonnance [en vertu de la Règle 349], si elle est décernée, puisse être indirectement une communication de documents en la possession du tiers, la demande n'est pas présentée dans le but de la communication de pièces, mais plutôt pour faciliter la preuve d'informations à l'audience et, par conséquent, il n'y a pas plus d'élément de communication dans la présente affaire que dans l'affaire *McGilly c. Cushing* et dans les nombreuses affaires qui l'ont suivie.

Le demande est accueillie. Il sera décerné une ordonnance enjoignant la Banque Royale du Canada, par l'intermédiaire de ses agents, de produire tous les grands livres, dossiers, notes de

of the defendant of all ledgers, records, memoranda, correspondence, documents and other records in the possession of the Royal Bank of Canada with respect to Paul D. Bowlen, the plaintiff herein, Regent Tower Estates Limited, Hambeldon Estates Limited and Bowlen Investments Ltd., wheresoever found, including, without restricting the generality of the foregoing, the documents, 319 in number, set out in Schedule A to the notice of motion herein, which documents were sent, received, prepared or originated by the Royal Bank of Canada, its agents or servants in the course of carrying on its business.

Since it seems that most if not all of the above described documents are located at the New York Branch of the Royal Bank of Canada it will probably be convenient for all parties to have the production and inspection, at least of the documents located in New York, take place there. Unless the parties otherwise agree the production and inspection shall begin not later than three weeks from the date of delivery of this order to the plaintiff's solicitors and the Bank's solicitors. The production and inspection shall be at the cost of the defendant. The plaintiff's solicitors shall have the right to be present at the production, to inspect the documents and make copies thereof.

The order will further direct that the Bank arrange that a copy be prepared for certifying of all documents indicated by the defendant's officers. If the defendant and the Bank agree, the copies may be prepared by the Bank and certified by one of its proper officers, at the cost of the defendant. Otherwise the copies shall be prepared by or under the direction of the defendant's officers and certified either by one of them or by one of the Bank's proper officers.

As between the defendant and the plaintiff the final allocation of the costs of the production, inspection, copying and certifying will be left for the decision of the trial judge. The costs of this motion will be costs in the cause.

service, lettres, documents et autres dossiers en la possession de la Banque Royale du Canada et d'autoriser les représentants de la défenderesse à examiner tous ces documents afférents au défendeur Paul D. Bowlen, à Regent Tower Estates Limited, à Hambeldon Estates Limited et à Bowlen Investments Ltd., où qu'ils se trouvent, y compris et sans restreindre la généralité de ce qui précède, les 319 documents mentionnés à l'annexe A de l'avis de requête ci-joint, documents qui ont été envoyés, reçus, préparés ou établis par la Banque Royale du Canada, ses agents ou préposés au cours de leurs activités.

Étant donné que la plupart des documents mentionnés ci-dessus, sinon tous, se trouvent à la succursale de la Banque Royale du Canada à New-York, il conviendrait peut-être pour toutes les parties que la production et l'examen soient effectués à cet endroit, du moins pour les documents qui se trouvent à New-York. Sauf accord différent des parties, la production et l'inspection des documents devront commencer au plus tard dans les trois semaines qui suivent la date de délivrance de cette ordonnance aux avocats du demandeur et de la Banque. La défenderesse supportera les frais de la production et de l'examen. Les avocats du demandeur sont autorisés à assister à la production, à examiner les documents et à en établir des copies.

L'ordonnance prescrira en outre à la Banque de faire préparer une copie pour certification de tous les documents indiqués par les fonctionnaires de la défenderesse. Si la défenderesse et la Banque y consentent, les copies pourront être établies par la Banque et certifiées par un de ses agents, aux frais de la défenderesse. Sinon les copies seront établies par les fonctionnaires de la défenderesse ou sous leur contrôle et certifiées soit par l'un d'eux ou par l'un des agents de la Banque.

Le juge de première instance décidera de la répartition définitive entre la défenderesse et le demandeur des frais de production, d'examen, des copies et de l'authentification. Dépens de cette requête à suivre l'issue de la cause.