

T-64-80
T-2207-80
T-3346-80
T-707-84
T-5652-80

T-64-80
T-2207-80
T-3346-80
T-707-84
T-5652-80

The Queen (*Plaintiff*)

v.

Amway of Canada Limited/Amway du Canada Ltée and Amway Corporation (*Defendants*)

INDEXED AS: *R. v. AMWAY OF CANADA LTD.*

Trial Division, Reed J.—Montréal, March 26; Ottawa, June 6, 1986.

Customs and excise — Customs Act — Practice — “Deemed forfeiture” pursuant to Customs Act ss. 180 and 192 — Whether discovery of defendants’ officers can be ordered — Whether claims civil or penal and quasi-criminal — Forfeiture proceeding not in rem forfeiture — Common law privilege against self-incrimination abrogated at federal level in 1893 — Statutory provisions establishing wide right of discovery — Defendants compellable at common law — Charter s. 11(c) right not to be compelled to testify applicable, but right of discovery restriction reasonable limit under s. 1 — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 465(1)(b),(6),(8),(9),(11), 494(9) — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 2, 22 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 32, s. 2), 102, 160, 161, 180, 192, 248, 249 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 64(2)), 250, 251, 252 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 64(2)) — Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 58 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 7, 8, 11(c),(d),(e),(f),(g),(h), 13 — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 10, 11 — Environmental Contaminants Act, S.C. 1974-75-76, c. 72, s. 13(2) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 58(5) — The Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1893, c. 31, s. 5 — An Act to amend The Law of Evidence, 1851, 14 & 15 Vict., c. 99, ss. 2, 3 (U.K.) — Criminal Evidence Act, 1898, 61 & 62 Vict., c. 36, s. 1(a),(b),(e) (U.K.) — The Public Health Act, 1875, 38 & 39 Vict., c. 55 (U.K.) — Civil Evidence Act, 1968, 1968, c. 64 (U.K.) — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 2, 3, 5 — Rules of the Supreme Court (Revision) 1965, S.I. 1965/1776 — The Evidence Act, R.S.S. 1909, c. 60 — An Act for the further Alteration and Amendment of the Laws and Duties of Customs, 1854, 17 & 18 Vict., c. 122, s. 15 (U.K.) — The Supplemental Customs Consolidation Act, 1855, 18 & 19 Vict., c. 96, s. 36 (U.K.) — The Customs Amendment Act, 1857, 20 & 21 Vict., c. 62, ss. 14, 15 (U.K.) — The Crown Suits, & c. Act, 1865, 28 & 29 Vict., c. 104, s. 34 (U.K.) — The Customs Consolidation Act, 1876, 39 & 40 Vict., c. 36, s. 259 (U.K.) — An Act respecting the Customs, S.C. 1867, c. 6, s. 102 — An Act to amend and consolidate the Acts respecting the Customs, S.C. 1877, c. 10, s. 103 — The Customs Act, 1883, S.C. 1883, c. 12, ss. 188, 190, 191 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 3 — Immigration Act, 1976,

^a La Reine (*demanderesse*)

c.

^b Amway of Canada Limited/Amway du Canada Ltée et Amway Corporation (*défenderesses*)

RÉPERTORIÉ: *R. c. AMWAY DU CANADA LTÉE*

Division de première instance, juge Reed—Montréal, 26 mars; Ottawa, 6 juin 1986.

c.

Douanes et accise — Loi sur les douanes — Pratique — “Confiscation présumée” conformément aux art. 180 et 192 de la Loi sur les douanes — La Cour peut-elle ordonner aux membres de la direction des défenderesses de se soumettre à un interrogatoire préalable? — S’agit-il d’actions de nature civile ou d’actions de nature pénale et quasi criminelle? — La procédure de confiscation ne constitue pas une confiscation in rem — Le privilège de common law contre l’auto-incrimination a été aboli à l’échelle fédérale en 1893 — Les dispositions législatives donnent droit à l’interrogatoire préalable et à la communication des documents et il s’agit d’un droit étendu — Suivant la common law, les défenderesses peuvent être contraintes à témoigner — Le droit de ne pas être contraint de témoigner garanti par l’art. 11(c) de la Charte s’applique, mais le droit à l’interrogatoire préalable constitue une limite raisonnable au sens de l’art. 1 — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 465(1)(b),(6),(8),(9),(11), 494(9) — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 2, 22 (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 32, art. 2), 102, 160, 161, 180, 192, 248, 249 (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 64(2)), 250, 251, 252 (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 64(2)) — Loi sur la taxe d’accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 58 — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 7, 8, 11(c),(d),(e),(f),(g),(h), 13 — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10, 11 — Loi sur les contaminants de l’environnement, S.C. 1974-75-76, chap. 72, art. 13(2) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 58(5) — Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1893, chap. 31, art. 5 — An Act to amend The Law of Evidence, 1851, 14 & 15 Vict., chap. 99, art. 2, 3 (R.-U.) — Criminal Evidence Act, 1898, 61 & 62 Vict., chap. 36, art. 1(a),(b),(e) (R.-U.) — The Public Health Act, 1875, 38 & 39 Vict., chap. 55 (R.-U.) — Civil Evidence Act, 1968, 1968, chap. 64 (R.-U.) — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 2, 3, 5 — Rules of the Supreme Court (Revision) 1965, S.I. 1965/1776 — The Evidence Act, R.S.S. 1909, chap. 60 — An Act for the further Alteration and Amendment of the Laws and Duties of Customs, 1854, 17 & 18 Vict., chap. 122, art. 15 (R.-U.) — The Supplemental Customs Consolidation Act, 1855, 18 & 19 Vict., chap. 96, art. 36 (R.-U.) — The Customs Amendment Act, 1857, 20 & 21 Vict., chap. 62, art. 14, 15 (R.-U.) — The Crown Suits, & c. Act, 1865, 28 & 29 Vict., chap. 104, art. 34

S.C. 1976-77, c. 52 — *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 — *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

Practice — Discovery — Examination for discovery — “Deemed forfeiture” under Customs Act — Whether discovery can be ordered in claims for penalties or forfeitures — Common law privilege against self-incrimination abrogated at federal level in 1893 — Statutory provisions establishing wide right of discovery — Defendants compellable at common law — Although Charter s. 11(c) right not to be compelled to testify applicable, right of discovery restriction reasonable limit under s. 1 — Ruling on Charter issue not premature at examination for discovery stage — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 465(1)(b),(6),(8),(9),(11), 494(9) — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 2, 22 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 32, s. 2), 102, 160, 161, 180, 192, 248, 249 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 64(2)), 250, 251, 252 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 64(2)) — Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 58 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 7, 8, 11(c),(d),(e),(f),(g),(h), 13 — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 2, 3, 5.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Right not to be compelled to testify — “Deemed forfeiture” under Customs Act — Whether ordering production for discovery of defendants’ officers contrary to Charter s. 11(c) — Only argument discovery prima facie infringement based on distinction officer speaks “for” company on examination for discovery but not at trial — S. 11(c) applicable as applies to penal as well as criminal matters — Discovery requirement in “deemed forfeiture” procedures reasonable limit on Charter s. 11(c) right of non-compellability demonstrably justified in free and democratic society — Ruling on Charter issue not premature at examination for discovery stage — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 465(1)(b),(6),(8),(9),(11), 494(9) — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 2, 22 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 32, s. 2), 102, 160, 161, 180, 192, 248, 249 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 64(2)), 250, 251, 252 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 64(2)) — Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 58 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 7, 8, 11(c),(d),(e),(f),(g),(h), 13 — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 10, 11 — Environmental Contaminants Act, S.C. 1974-75-76, c. 72, s. 13(2) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 58(2) — Federal Court Act,

(R.-U.) — The Customs Consolidation Act, 1876, 39 & 40 Vict., chap. 36, art. 259 (R.-U.) — Acte concernant les Douanes, S.C. 1867, chap. 6, art. 102 — Acte pour amender et refondre les actes concernant les douanes, S.C. 1877, chap. 10, art. 103 — L’Acte des Douanes, 1883, S.C. 1883, chap. 12, art. 188, 190, 191 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 3 — Loi sur l’immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52 — Loi de l’impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — “Confiscation présumée” en vertu de la Loi sur les douanes — La Cour peut-elle ordonner la tenue d’un interrogatoire préalable lorsqu’on réclame le paiement d’amendes ou la confiscation de biens? — Le privilège de common law contre l’auto-incrimination a été aboli à l’échelle fédérale en 1893 — Les dispositions législatives donnent droit à l’interrogatoire préalable et à la communication des documents et ce droit est très étendu — Suivant la common law, les défenderesses peuvent être contraintes à témoigner — Même si le droit de ne pas être contraint de témoigner garanti par l’art. 11(c) de la Charte s’applique, le droit à l’interrogatoire préalable constitue une limite raisonnable au sens de l’art. 1 — Il n’est pas prématuré de trancher une question portant sur la Charte au stade de l’interrogatoire préalable — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 465(1)(b),(6),(8),(9),(11), 494(9) — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 2, 22 (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 32, art. 2), 102, 160, 161, 180, 192, 248, 249 (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 64(2)), 250, 251, 252 (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 64(2)) — Loi sur la taxe d’accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 58 — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 7, 8, 11(c),(d),(e),(f),(g),(h), 13 — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 2, 3, 5.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Droit de ne pas être contraint à témoigner — “Confiscation présumée” en vertu de la Loi sur les douanes — Une ordonnance enjoignant aux défenderesses de faire témoigner des membres de leur direction contrevient-elle à l’art. 11(c) de la Charte? — Le seul argument suivant lequel l’interrogatoire préalable contrevient prima facie à la Charte repose sur la distinction qui veut que le membre de la direction parle “au nom de” la compagnie à l’interrogatoire préalable mais non au procès — L’art. 11(c) s’applique car il vise à la fois les affaires pénales et les affaires criminelles — La disposition des procédures de “confiscation présumée” exigeant la tenue d’un interrogatoire préalable constitue une limite raisonnable apportée au droit à la non-contrainctibilité énoncé à l’art. 11(c) de la Charte, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique — Il n’est pas prématuré de trancher une question portant sur la Charte au stade de l’interrogatoire préalable — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 465(1)(b),(6),(8),(9),(11), 494(9) — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 2, 22 (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 32, art. 2), 102, 160, 161, 180, 192, 248, 249 (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 64(2)), 250, 251, 252 (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 64(2)) — Loi sur la taxe

R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 3 — *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52 — *Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63* — *Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34*.

Unpaid customs duty, unpaid taxes and an amount attributable to a deemed forfeiture are claimed against the defendants under subsection 180(2) and paragraph 192(2)(a) of the *Customs Act* for alleged failure to report goods and the smuggling into Canada of goods, contrary to the Act.

This is an application to compel the production for discovery of two of the defendants' officers.

Two issues are raised: 1) whether compelling discovery would infringe paragraph 11(c) of the Charter and 2) whether the common law rule that discovery will not be ordered in claims for penalties or forfeitures is still extant and applicable to the present case.

Held, the application should be allowed.

It is clear that the commission of an offence is involved in the claim, notwithstanding the fact that the Crown chose to proceed by way of deemed forfeiture instead of by way of summary conviction or indictment, as it could have done. The Act, in subsection 192(2), refers to offences, the definition of which is wide enough to include the present fact situation. Nor could the proceeding be characterized as *in rem* forfeiture against the goods. It is the conduct of the "offenders" which triggers a "deemed forfeiture" against them. And although the deemed forfeiture provisions of sections 180 and 192 of the Act resort to a civil procedure, it is a means by which a penalty is imposed for the commission of an offence.

The common law privilege enabling a witness to refuse to answer incriminating questions including those which might tend to expose the person to penalties or forfeiture was abolished in Canada, at the federal level, in 1893 and was replaced by what is referred to as a subsequent use immunity. There is no express statutory provision embodying common law rules respecting penalties and forfeitures; on the contrary, our rules expressly provide for a wide right of discovery. In fact, the *Canada Evidence Act* expressly abrogated the common law rules contended for here. Given the Federal Court rules applicable to discovery, a person being examined for discovery is in substance a witness and section 5 of the *Canada Evidence Act* applies to him.

d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 58 — *Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 7, 8, 11(c),d),e),f),g),h), 13* — *Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10, a 11* — *Loi sur les contaminants de l'environnement, S.C. 1974-75-76, chap. 72, art. 13(2)* — *Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 58(2)* — *Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 3* — *Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52* — *Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63* — *Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34*.

On réclame aux défenderesses en vertu du paragraphe 180(2) et de l'alinéa 192(2)a) de la *Loi sur les douanes* le versement de droits de douane et de taxes non payés ainsi que le paiement d'une somme pour la confiscation présumée de marchandises qu'elles auraient omis de déclarer et qu'elles auraient passé en contrebande au Canada et ce, en violation de la Loi.

La présente demande vise à obtenir que la Cour enjoigne aux défenderesses de soumettre deux membres de leur direction à un interrogatoire préalable.

Deux points ont été soulevés: 1) serait-il contraire à l'alinéa 11(c) de la Charte d'ordonner aux membres de la direction de se soumettre à un interrogatoire préalable? et 2) la règle de *common law* portant que le tribunal ne peut ordonner la tenue d'un interrogatoire préalable lorsqu'on réclame le paiement d'amendes ou la confiscation de marchandises est-elle toujours en vigueur et s'applique-t-elle à l'espèce?

Jugement: la demande devrait être accueillie.

Il est évident que la perpétration d'une infraction est en cause dans la réclamation faite même si la Couronne a choisi d'invoquer la confiscation présumée plutôt que de procéder par voie de déclaration sommaire de culpabilité ou par voie de mise en accusation comme elle aurait pu le faire. Il est question d'infractions au paragraphe 192(2) de la Loi, mot dont la définition est suffisamment large pour englober les faits de l'espèce. On ne peut pas qualifier la procédure de confiscation *in rem* des marchandises. C'est le comportement des «auteurs de l'infraction» qui les assujettit à une «confiscation présumée». Et même si les dispositions des articles 180 et 192 de la Loi concernant la confiscation présumée prévoient le recours à une procédure civile, il s'agit là d'un moyen par lequel une peine est imposée pour la perpétration d'une infraction.

Au Canada, le privilège de *common law* qui habilitait un témoin à refuser de répondre à des questions incriminantes, y compris à celles qui pouvaient l'exposer à une peine ou à une confiscation, a été aboli à l'échelle fédérale en 1893 et a été remplacé par ce qu'on appelle la protection contre l'emploi ultérieur des témoignages. Aucune disposition législative expresse ne renferme les règles de *common law* relatives aux amendes et à la confiscation; au contraire, nos règles donnent expressément droit à l'interrogatoire préalable et à la communication de documents et ce droit est étendu. En fait, la *Loi sur la preuve au Canada* a abrogé expressément les règles de *common law* invoquées en l'espèce. Étant donné les règles de la Cour fédérale applicables à l'interrogatoire préalable, une personne interrogée au préalable est pour l'essentiel un témoin et l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* s'applique.

A study of British and Canadian legislative history reveals that a defendant in a forfeiture claim under the *Customs Act* would be compellable. There could therefore be no underpinning on the basis of non-compellability to ground an immunity from discovery, at common law.

To determine whether paragraph 11(c) of the Charter is applicable in a particular case, the proper test is not the jurisdiction of the Court. Nor can the proceeding chosen be, in all cases, determinative. Although section 11 was intended to apply mainly to proceedings in the ordinary criminal courts, it is not expressly limited to criminal proceedings. Indeed, the marginal note refers to proceedings in criminal and penal matters. The present claim is clearly penal in nature.

Most significant is the fact that sections 180 and 192 provide for parallel methods of enforcement of the penalties sought to be imposed: one criminal, one civil. But the defendant's constitutional rights cannot depend on the Crown's choice of procedure.

Paragraph 11(c) applies to the proceedings in the Federal Court, at least insofar as the "deemed forfeiture" is concerned. However, in the instant case, the limit on the right not to be compelled to be a witness is demonstrably justified in a free and democratic society. It is part of a taxation system based on self-reporting and self-assessment. It meets the criteria set forth by the Supreme Court of Canada in the *Oakes* case: the objective is sufficiently important and the means are reasonably proportional to the objectives sought.

Finally, it is not premature to determine a Charter issue such as the present one at the examination for discovery stage.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Regina v. Fox et al. (1899), 18 P.R. 343 (Ont. C.A.); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Allardice v. R.*, [1979] 1 F.C. 13 (T.D.); *United States v. Bisceglia*, 420 U.S. 141 (1975); *Customs and Excise Comrs. v. Ingram*, [1948] 1 All E.R. 927 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Belhumeur v. Discipline Ctee. of Que. Bar Assn. (1983), 34 C.R. (3d) 279 (Que. S.C.); *Re James*, [1983] 2 W.W.R. 316 (B.C.S.C.); *R. v. Wigglesworth* (1984), 11 C.C.C. (3d) 27 (Sask. C.A.); *Denton v. John Lister Ltd.*, [1971] 3 All ER 669 (Q.B.D.); *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] A.C. 547 (H.L.), reversing [1978] A.C. 553 (C.A.); *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111 (C.A.); *R. v. Mingo et al.* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23 (B.C.S.C.); *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286 (B.C.S.C.); *R. v. Boron* (1983), 3 D.L.R. (4th) 238 (Ont. H.C.); *Caisse Populaire Laurier D'Ottawa Ltée v. Guertin et al.* (No. 2) (1983), 150 D.L.R. (3d) 541 (Ont.

Il ressort de l'examen de l'historique de la législation anglaise et canadienne que le défendeur dans une poursuite en confiscation intentée en vertu de la *Loi sur les douanes* serait contraint de témoigner. On ne saurait donc invoquer le principe de la non-contrainctabilité pour prétendre, sur le fondement de la *common law*, ne pas être soumis à un interrogatoire préalable.

Ce n'est pas la compétence de la Cour qui constitue le critère approprié pour déterminer si l'alinéa 11c) de la Charte s'applique à un cas particulier. La nature des procédures choisies ne peut pas non plus, dans tous les cas, être déterminante. Même si l'article 11 était censé s'appliquer principalement aux procédures engagées devant les tribunaux ordinaires de juridiction criminelle, il ne se limite pas expressément aux procédures criminelles. En fait, il est question dans la note marginale qui accompagne cet article, d'affaires criminelles et pénales. Il est manifeste que la présente action est pénale.

Ce qui est plus important c'est que les articles 180 et 192 prévoient des méthodes parallèles pour obtenir le paiement des amendes qu'on cherche à imposer: l'une est de nature criminelle, l'autre, civile. Mais les droits constitutionnels du défendeur ne peuvent dépendre de la procédure choisie par la Couronne.

L'alinéa 11c) s'applique aux procédures engagées devant la Cour fédérale, du moins en ce qui concerne la «confiscation présumée». En l'espèce toutefois, la limite apportée au droit de ne pas être contraint de témoigner a une justification qui peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Elle fait partie d'un système d'imposition fondé sur la déclaration volontaire et l'autocotisation. Elle satisfait aux critères énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Oakes*: le but est suffisamment important et les moyens sont raisonnablement proportionnels aux objectifs recherchés.

Finalement, il n'est pas prématuré de trancher une question portant sur la Charte, comme c'est le cas en l'espèce, au stade de l'interrogatoire préalable.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Regina v. Fox et al. (1899), 18 P.R. 343 (C.A. Ont.); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Allardice c. R.*, [1979] 1 C.F. 13 (1^{re} inst.); *United States v. Bisceglia*, 420 U.S. 141 (1975); *Customs and Excise Comrs. v. Ingram*, [1948] 1 All E.R. 927 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Belhumeur v. Discipline Ctee. of Que. Bar Assn. (1983), 34 C.R. (3d) 279 (C.S. Qc); *Re James*, [1983] 2 W.W.R. 316 (C.S.C.-B.); *R. v. Wigglesworth* (1984), 11 C.C.C. (3d) 27 (C.A. Sask.); *Denton v. John Lister Ltd.*, [1971] 3 All ER 669 (Q.B.D.); *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] A.C. 547 (H.L.), infirmant [1978] A.C. 553 (C.A.); *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111 (C.A.); *R. v. Mingo et al.* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23 (C.S.C.-B.); *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286 (C.S.C.-B.); *R. v. Boron* (1983), 3 D.L.R. (4th) 238 (H.C. Ont.); *Caisse Populaire Laurier D'Ottawa Ltée v. Guertin et al.* (No. 2) (1983), 150 D.L.R. (3d) 541 (H.C. Ont.); *R. c.*

H.C.); *R. v. Taylor*, [1985] 1 F.C. 331 (T.D.); *Cutter (Can.) Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Can. Ltd.* (1984), 3 C.I.P.R. 143 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Marun, Tvrko Hardy v. The Queen, [1965] 1 Ex.C.R. 280; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253 (C.A.); *Martin v. Treacher* (1886), 16 Q.B.D. 507 (C.A.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Wooten* (1983), 9 C.C.C. (3d) 513 (B.C.S.C.); *Bowen v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 507 (C.A.).

REFERRED TO:

R. v. Bureau, [1949] S.C.R. 367; *Smith v. Goral*, [1952] 3 D.L.R. 328 (Ont. H.C.); *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255; *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412 (B.C.C.A.); *Bartleman v. Moretti* (1913), 4 W.W.R. 132 (Sask. S.C.); *Chambers v. Jaffray et al.* (1906), 12 O.L.R. 377 (Div. Ct.); *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309; *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608; (1984), 51 N.R. 1 (C.A.); *Stickney v. Trusz* (1973), 16 C.C.C. (2d) 25 (Ont. H.C.); *Attorney General v. Radloff* (1854), 10 Ex. 84; 156 E.R. 366; *The King v. Doull*, [1931] Ex.C.R. 159; *Russell v. Radley*, [1984] 1 F.C. 543 (T.D.); *R. v. Cohn* (1984), 15 C.C.C. (3d) 150 (Ont. C.A.); *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R. (4th) 389 (Alta. Q.B.); *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 204 (Ont. C.A.), leave to appeal dismissed [1971] S.C.R. viii; *R. v. Paterson (N.M.) and Sons Ltd.*, [1979] 1 W.W.R. 5 (Man. C.A.).

COUNSEL:

Edward R. Sojonky, Q.C. and *Michael F. Ciavaglia* for plaintiff.
Marc Noël and *Guy Du Pont* for defendants.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for plaintiff.
Verchère, Noël & Eddy, Montréal, for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: This application is brought by the plaintiff to compel the production for discovery of two officers of the defendant corporations, pursuant to paragraph 465(1)(b) and subsection 465(8) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. The

Taylor, [1985] 1 C.F. 331 (1^{re} inst.); *Cutter (Can.) Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Can. Ltd.* (1984), 3 C.I.P.R. 143 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Marun, Tvrko Hardy v. The Queen, [1965] 1 R.C.É. 280; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253 (C.A.); *Martin v. Treacher* (1886), 16 Q.B.D. 507 (C.A.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. v. Wooten* (1983), 9 C.C.C. (3d) 513 (C.S.C.-B.); *Bowen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 507 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. v. Bureau, [1949] R.C.S. 367; *Smith v. Goral*, [1952] 3 D.L.R. 328 (H.C. Ont.); *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Gosselin v. The King* (1903), 33 R.C.S. 255; *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412 (C.A.C.-B.); *Bartleman v. Moretti* (1913), 4 W.W.R. 132 (C.S. Sask.); *Chambers v. Jaffray et al.* (1906), 12 O.L.R. 377 (C. div.); *Klein v. Bell*, [1955] R.C.S. 309; *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608; (1984), 51 N.R. 1 (C.A.); *Stickney v. Trusz* (1973), 16 C.C.C. (2d) 25 (H.C. Ont.); *Attorney General v. Radloff* (1854), 10 Ex. 84; 156 E.R. 366; *The King v. Doull*, [1931] R.C.É. 159; *Russell c. Radley*, [1984] 1 C.F. 543 (1^{re} inst.); *R. v. Cohn* (1984), 15 C.C.C. (3d) 150 (C.A. Ont.); *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R. (4th) 389 (B.R. Alb.); *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 204 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée [1971] R.C.S. viii; *R. v. Paterson (N.M.) and Sons Ltd.*, [1979] 1 W.W.R. 5 (C.A. Man.).

AVOCATS:

Edward R. Sojonky, c.r. et *Michael F. Ciavaglia* pour la demanderesse.
Marc Noël et *Guy Du Pont* pour les défenderesses.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse.
Verchère, Noël & Eddy, Montréal, pour les défenderesses.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE REED: La demanderesse s'adresse à la Cour afin que celle-ci enjoigne aux sociétés défenderesses de soumettre deux membres de leur direction à un interrogatoire préalable et ce, conformément à l'alinéa 465(1)(b) et au paragraphe 465(8)

actions to which the discovery relate are five claims by the plaintiff against the defendants under the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40.

On the initial hearing of this motion the defendants raised the argument that discovery should not be compelled against them because to do so would be to infringe paragraph 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11(U.K.)].

11. Any person charged with an offence has the right

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

This argument having been raised without prior notice to either opposing counsel or the Court, written argument thereon was sought from both parties and the direction given that if, after exchange of written arguments, either party wished to make further oral representations with respect to the paragraph 11(c) argument they might do so. Such argument was subsequently heard.

The defendants also argue that regardless of any Charter argument which might apply there is a common law rule that discovery will not be ordered in claims for penalties or forfeitures and that this rule is still extant and applicable to the present case.

The proceedings under the *Customs Act* to which the five motions relate allege: that the defendants imported goods into Canada; that they were required to present, for customs purposes, invoices setting forth the fair market value of the goods; that they provided false documentation in this regard to the Department of National Revenue; that they made false declarations to customs regarding fair market value; and in the alternative that they undervalued the goods and thereby defrauded the Revenue of duty. As a consequence a claim is made for unpaid customs duty, unpaid

des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663]. L'interrogatoire préalable concerne cinq actions que la demanderesse a intentées contre les défenderesses en vertu de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40.

À l'audition initiale de la présente requête, les défenderesses ont soutenu qu'on ne devrait pas les soumettre à un interrogatoire préalable parce que cela contreviendrait à l'alinéa 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)].

11. Tout inculpé a le droit:

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

Cet argument a été présenté sans que l'avocat de la partie adverse ou la Cour en soit avisé; c'est pourquoi celle-ci a demandé aux deux parties de présenter des plaidoiries écrites et leur a indiqué que, si une fois les plaidoiries écrites échangées, l'une ou l'autre des parties souhaitait faire des observations orales au sujet de l'argument fondé sur l'alinéa 11c), elle pourrait le faire. La Cour a par la suite entendu cet argument.

Les défenderesses allèguent également que, indépendamment de tout argument fondé sur la Charte qui pourrait s'appliquer à l'espèce, il existe une règle de *common law* portant qu'une cour ne peut ordonner la tenue d'un interrogatoire préalable lorsqu'on réclame le paiement d'amendes ou la confiscation de marchandises, et que cette règle est toujours en vigueur et s'applique au cas présent.

On a allégué au cours des procédures engagées en vertu de la *Loi sur les douanes* et auxquelles les cinq requêtes se rapportent que les défenderesses ont importé des marchandises au Canada; qu'elles étaient tenues de produire, pour les douanes, des factures indiquant la juste valeur marchande desdites marchandises; qu'elles ont fourni à cet égard de faux documents au ministère du Revenu national; qu'elles ont fait de fausses déclarations aux douanes en ce qui concerne la juste valeur marchande des marchandises et, subsidiairement, qu'elles ont sous-évalué les marchandises et, par conséquent, ont fraudé le Revenu en ne payant pas les droits dus. Une action est donc intentée afin

taxes and an amount attributable to a deemed forfeiture of the goods:

duty	\$ 16,821,350.80
sales tax	\$ 12,770,989.58
value of goods	\$118,451,026.20
	\$148,043,366.58

One of the five actions (T-707-84) claims unpaid duty and taxes only. No claim for forfeiture is made on that file; the relevant limitation period had run by the time the claim was commenced.

The claims for unpaid duties arise pursuant to sections 102¹ and 22 [as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 32, s. 2] of the *Customs Act*. By virtue of section 58 of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13 the applicable sales tax is included in those claims.

The deemed forfeiture arises pursuant to sections 180 and 192 of the *Customs Act*. Subsection 180(1), in conjunction with section 18 provides that any person in charge of a vehicle arriving in Canada or any person arriving on foot shall report to the nearest customs house and make a report respecting the quantities and value of goods being imported. If this is not done the goods are forfeited. Section 180 provides:

180. (1) Where the person in charge or custody of any article mentioned in paragraph 18(b) has failed to comply with any of the requirements of section 18, all the articles mentioned in paragraph (b) of that section in the charge or custody of such person shall be forfeited and may be seized and dealt with accordingly.

¹ **102.** The true amount of customs duties payable to Her Majesty with respect to any goods imported into Canada or exported therefrom, from and after the time when such duties should have been paid or accounted for, constitutes a debt due and payable to Her Majesty, jointly and severally, from the owner of the goods at the time of the importation or exportation thereof, and from the importer or exporter thereof, as the case may be; and such debt may, at any time, be recovered with full costs of suit, in any court of competent jurisdiction, and any goods afterwards imported or exported by the owner are subject to a lien for such debt and may be withheld from delivery by customs until such debt is paid.

d'obtenir le versement des droits de douane et des taxes non payés et le paiement d'une somme pour la présumée confiscation des marchandises:

a	droits	16 821 350,80 \$
	taxe de vente	12 770 989,58 \$
	valeur des marchandises	118 451 026,20 \$
		148 043 366,58 \$

b

Dans une des cinq actions (T-707-84), on ne réclame que les taxes et les droits non payés. On ne demande pas qu'il y ait confiscation dans ce dossier; le délai de prescription applicable était déjà expiré au moment où l'action a été intentée.

La réclamation des droits non payés repose sur les articles 102¹ et 22 [mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 32, art. 2] de la *Loi sur les douanes*. Suivant l'article 58 de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, chap. E-13, la taxe de vente applicable est incluse dans ces réclamations.

La confiscation présumée a été effectuée en vertu des articles 180 et 192 de la *Loi sur les douanes*. Le paragraphe 180(1) prévoit, en corrélation avec l'article 18, que toute personne ayant la charge d'un véhicule arrivant au Canada ou toute personne arrivant à pied au Canada doit se présenter au bureau de douane le plus rapproché et faire connaître par écrit la quantité et la valeur des effets qu'elle importe. Si elle ne le fait pas, les effets sont saisis. L'article 180 prévoit:

180. (1) Lorsque la personne ayant la charge ou garde de quelque article mentionné à l'alinéa 18b) a omis de se conformer à l'une des exigences de l'article 18, tous les articles mentionnés à l'alinéa b) susdit et dont ladite personne a la charge ou garde, sont acquis légalement et peuvent être saisis et traités en conséquence.

¹ **102.** Le véritable montant des droits de douane payable à Sa Majesté, relativement à des marchandises importées au Canada ou exportées du Canada, constitue, à compter du moment où ces droits auraient dû être versés ou qu'il aurait dû en être rendu compte, une dette due et payable à Sa Majesté, conjointement et solidairement par le propriétaire des marchandises, au moment de leur importation ou de leur exportation, et par l'importateur ou l'exportateur de ces marchandises, suivant le cas; et cette dette peut, en tout temps, être recouvrée, avec frais de la poursuite, devant toute cour compétente; et toutes marchandises importées ou exportées dans la suite par ledit propriétaire sont assujetties à un privilège pour cette dette et la douane peut empêcher la livraison tant que la dette n'a pas été payée.

(2) If the articles so forfeited or any of them are not found, the owner at the time of importation and the importer, and every other person who has been in any way connected with the unlawful importation of such articles shall forfeit a sum equal to the value of the articles, and, whether such articles are found or not,

(a) if the value for duty of the articles is under two hundred dollars, is further liable on summary conviction before two justices of the peace to a penalty not exceeding two hundred dollars and not less than fifty dollars, or to imprisonment for a term not exceeding one year and not less than one month, or to both fine and imprisonment; and

(b) if the value for duty of the goods is two hundred dollars or over, is guilty of an indictable offence and liable on conviction to a penalty not exceeding one thousand dollars and not less than two hundred dollars, or to imprisonment for a term not exceeding four years, and not less than one year, or to both fine and imprisonment. [Underlining added.]

And section 192:

192. (1) If any person

(a) smuggles or clandestinely introduces into Canada any goods subject to duty under the value for duty of two hundred dollars;

(b) makes out or passes or attempts to pass through the custom-house, any false, forged or fraudulent invoice of any goods of whatever value; or

(c) in any way attempts to defraud the revenue by avoiding the payment of the duty or any part of the duty on any goods of whatever value;

such goods if found shall be seized and forfeited, or if not found but the value thereof has been ascertained, the person so offending shall forfeit the value thereof as ascertained, such forfeiture to be without power of remission in cases of offences under paragraph (a).

(2) Every such person shall, in addition to any other penalty to which he is subject for any such offence,

(a) forfeit a sum equal to the value of such goods, which sum may be recovered in any court of competent jurisdiction; and

(b) further be liable on summary conviction before two justices of the peace to a penalty not exceeding two hundred dollars and not less than fifty dollars, or to imprisonment for a term not exceeding one year and not less than one month, or to both fine and imprisonment. [Underlining added.]

The definition section, section 2 of the Act, provides:

2. (1) ...

“value” in respect of any penalty, punishment or forfeiture imposed by this Act and based upon the value of any goods or articles, means the duty-paid value of such goods or articles at the time of the commission of the offence by which such penalty, punishment or forfeiture is incurred; [Underlining added.]

(2) Si les articles ainsi confisqués ou l'un d'entre eux ne sont pas trouvés, le propriétaire au moment de l'importation, et l'importateur et toute autre personne qui a eu de quelque façon affaire avec l'importation illégale de ces articles sont passibles d'une amende égale à la valeur des articles; et, que ces articles soient trouvés ou non,

a) si la valeur, pour droits de douane, des articles est au-dessous de deux cents dollars, ils sont passibles en outre, sur déclaration sommaire de culpabilité devant deux juges de paix, d'une amende d'au moins cinquante dollars et d'au plus deux cents dollars, ou d'un emprisonnement d'au moins un mois et d'au plus un an, ou de l'amende et de l'emprisonnement à la fois; et

b) si la valeur, pour droits de douane, des effets est de deux cents dollars ou plus, ils sont coupables d'un acte criminel et passibles, sur déclaration de culpabilité, d'une amende d'au plus mille dollars et d'au moins deux cents dollars, ou d'un emprisonnement d'au plus quatre ans et d'au moins un an, ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement. [C'est moi qui souligne.]

Et l'article 192 est rédigé comme suit:

d 192. (1) Si quelqu'un

a) passe en contrebande ou introduit clandestinement au Canada des marchandises, sujettes à des droits, d'une valeur imposable inférieure à deux cents dollars;

b) dresse, ou passe ou tente de passer par la douane, une facture fausse, forgée ou frauduleuse de marchandises de quelque valeur que ce soit; ou

c) tente, de quelque manière de frauder le revenu en évitant de payer les droits ou quelque partie des droits sur des marchandises de quelque valeur que ce soit;

ces marchandises, si elles sont trouvées, sont saisies et confisquées, ou, si elles ne sont pas trouvées, mais que la valeur en ait été constatée, la personne ainsi coupable doit remettre la valeur établie de ces marchandises, cette remise devant être faite sans faculté de recouvrement dans le cas de contraventions prévues à l'alinéa a).

g (2) En sus de toute autre peine dont elle est passible pour une infraction de cette nature, cette personne,

a) doit remettre une somme égale à la valeur de ces marchandises, laquelle somme peut être recouvrée devant tout tribunal compétent; et

b) sur déclaration sommaire de culpabilité devant deux juges de paix, est de plus passible d'une amende d'au plus deux cents dollars et d'au moins cinquante dollars, ou d'un emprisonnement d'au plus un an et d'au moins un mois, ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement. [C'est moi qui souligne.]

L'article 2 de la Loi contient la définition suivante:

2. (1) ...

«valeur» relativement à une amende, à une peine ou à une confiscation imposée par la présente loi et basée sur la valeur des marchandises ou articles, signifie la valeur à l'acquitté de ces marchandises ou articles à la date où a été commise l'infraction pour laquelle est encourue cette amende, cette peine ou cette confiscation; [C'est moi qui souligne.]

The claim for all three components (duty, taxes and amount as deemed forfeiture) is brought by way of statement of claim in this Court pursuant to sections 249 [as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 64(2)] and 252 [as am. *idem*]:

249. (1) All penalties and forfeitures incurred under this Act, or any other law relating to the customs or to trade or navigation, may, in addition to any other remedy provided by this Act or by law, and even if it is provided that the offender shall be or become liable to any such penalty or forfeiture upon summary conviction, be prosecuted, sued for and recovered with full costs of suit, in the Federal Court of Canada, or in any superior court having jurisdiction in that province of Canada where the cause of prosecution arises, or wherein the defendant is served with process.

(2) If the amount of any such penalty or forfeiture does not exceed two hundred dollars, the same may also be prosecuted, sued for and recovered in any court having jurisdiction to that amount in the place where the cause of prosecution arises, or where the defendant is served with process.

252. Every prosecution or suit in the Federal Court of Canada, or in any superior court or court of competent jurisdiction, for the recovery or enforcement of any penalty or forfeiture imposed by this Act, or by any other law relating to the customs or to trade or navigation, may be commenced, prosecuted and proceeded with in accordance with any rules of practice, general or special, established by the court for Crown suits in revenue matters, or in accordance with the usual practice and procedure of the court in civil cases, in so far as such practice and procedure are applicable, and, whenever the same are not applicable, then in accordance with the directions of the court or a judge.

The plaintiff characterizes the five claims as debt collection proceedings against the defendants and therefore essentially civil in nature. The defendants on the other hand argue that the forfeiture claims are penal and quasi-criminal.

Nature of the Claim

I do not think there can be much dispute that the commission of an offence is involved in the claim being made. Subsection 192(2) itself refers to the activity giving rise to the forfeiture as an offence, as does the definition section of the Act itself. All the same elements (subject to what will be said later about the burden of proof) must be proven by the Crown for the purposes of these proceedings as would be necessary to establish a

Les droits, les taxes et un montant qui serait dû à titre de confiscation sont tous trois réclamés par voie d'une déclaration présentée à la Cour fédérale conformément aux articles 249 [mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 64(2)] et 252 [mod., *idem*]:

249. (1) Outre tout autre recours prévu par la présente loi ou par la loi et même s'il est prescrit que le contrevenant est ou devient passible d'une amende ou confiscation après déclaration sommaire de culpabilité, toutes les amendes et les confiscations encourues sous le régime de la présente loi ou de toute autre loi relative aux douanes, au commerce ou à la navigation, ainsi que tous les frais de poursuite, peuvent être poursuivis, obtenus en justice et recouverts, devant la Cour fédérale du Canada ou devant toute cour supérieure qui a juridiction dans la province du Canada où la cause de la poursuite a pris naissance, ou dans laquelle le défendeur a été assigné.

(2) Si le montant de l'amende ou la valeur des choses confisquées n'excède pas la somme de deux cents dollars, ils peuvent aussi être poursuivis, obtenus en justice et recouverts devant toute cour qui a juridiction, jusqu'à concurrence de cette somme, dans l'endroit où la cause de la poursuite a pris naissance, ou dans celui où le défendeur a été assigné.

252. Toute poursuite ou action devant la Cour fédérale du Canada, ou devant une cour supérieure ou cour compétente, pour le recouvrement de toute amende ou l'opération de toute confiscation, imposées par la présente loi ou par toute autre loi relative aux douanes, au commerce ou à la navigation, peut être commencée, poursuivie et continuée conformément à toutes règles de pratique, générales ou spéciales, établies par la cour pour les poursuites de la Couronne en matière de revenu, ou conformément à la pratique et à la procédure ordinaires de la cour dans les causes civiles, en tant que cette pratique et cette procédure sont applicables, et, lorsqu'elles ne le sont pas, conformément aux ordres de la cour ou d'un juge.

La demanderesse affirme que les cinq actions constituent des procédures de recouvrement de sommes dues par les défenderesses et, par conséquent, qu'il s'agit de procédures civiles. En revanche, les défenderesses allèguent que les actions en confiscation sont de nature pénale et quasi criminelle.

Nature de la réclamation

Je ne pense pas qu'on puisse contester que la perpétration d'une infraction est en cause dans la réclamation faite. Tout comme l'article d'interprétation de la Loi, le paragraphe 192(2) qualifie d'infraction l'acte donnant lieu à la confiscation. La Couronne doit prouver tous les mêmes éléments aux fins de ces procédures, comme elle devrait le faire si elle réclamait seulement la confiscation en vertu du paragraphe 180(2) et de l'alinéa 192(2)a)

case under paragraph 180(2)(a) for summary conviction, paragraph 180(2)(b) for indictable offence, or under paragraph 192(2)(b) for summary conviction, as must be proven in a forfeiture claim alone under subsection 180(2) and paragraph 192(2)(a) respectively. This is not a case such as *Belhumeur v. Discipline Ctee. of Que. Bar Assn.* (1983), 34 C.R. (3d) 279 (Que. S.C.); *Re James*, [1983] 2 W.W.R. 316 (B.C.S.C.) or *R. v. Wigglesworth* (1984), 11 C.C.C. (3d) 27 (Sask. C.A.). In those cases it could be said that the one single act gave rise to more than one legal consequence: eg. a breach of the duty a person owes to the state; a private cause of action *vis-à-vis* the person injured; a breach of the duties of one's office or calling. There are no such independent breaches in subsection 180(2) and paragraph 192(2)(a). There is an integral connection between the forfeiture and the proceedings by way of summary conviction and indictment. The sections provide alternative or potentially cumulative penalties for the commission of the offences to which they relate. The provisions can, for example, be compared to the forfeiture provision in the *Narcotic Control Act*.²

What is more, it will immediately be noticed that had the Crown proceeded by way of summary conviction pursuant to paragraph 180(2)(a) or paragraph 192(2)(b) for which a fine of two hundred dollars would be payable, or by way of indictable offence under paragraph 180(2)(b) for which a fine of one thousand dollars would be payable, there would be no doubt that the Charter guarantee provided for by paragraph 11(c) would apply. In any event the plaintiff did not proceed under these provisions of the *Customs Act*. It proceeded under subsection 180(2) and paragraph 192(2)(a) on the basis of a deemed forfeiture and claimed an

² See, for example, sections 10 and 11 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, subsection 13(2) of the *Environmental Contaminants Act*, S.C. 1974-75-76, c. 72 and subsection 58(5) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14 for sections that are comparable to the *Customs Act* provisions but which tie the forfeiture directly to conviction by way of summary proceeding or indictment.

respectivement (sous réserve de ce que je dirai plus loin au sujet du fardeau de la preuve), et comme elle devrait également le faire pour obtenir une déclaration sommaire de culpabilité en vertu de l'alinéa 180(2)a), une inculpation pour un acte criminel en vertu de l'alinéa 180(2)b) ou une déclaration sommaire de culpabilité en vertu de l'alinéa 192(2)b). L'espèce ne se compare pas aux affaires *Belhumeur v. Discipline Ctee. of Que. Bar Assn.* (1983), 34 C.R. (3d) 279 (C.S. Qc); *Re James*, [1983] 2 W.W.R. 316 (C.S.C.-B.) ou *R. v. Wigglesworth* (1984), 11 C.C.C. (3d) 27 (C.A. Sask.). On pouvait affirmer dans ces affaires que le seul acte en cause avait eu plus d'une conséquence juridique: par exemple, la violation du devoir d'une personne envers l'État, une cause d'action privée à l'égard de la personne blessée, la violation des devoirs imposés à une personne par sa charge ou sa profession. Il n'existe pas de telles violations indépendantes les unes des autres au paragraphe 180(2) et à l'alinéa 192(2)a). La confiscation et les procédures de déclaration sommaire de culpabilité ou de mise en accusation forment un seul bloc. Ces articles prévoient pour les infractions qu'ils visent des peines alternatives qui peuvent devenir cumulatives. On peut par exemple comparer ces dispositions à celles de la *Loi sur les stupéfiants*² qui prévoient la confiscation.

Qui plus est, il faut immédiatement souligner que si la Couronne avait procédé par voie de déclaration sommaire de culpabilité conformément aux alinéas 180(2)a) ou 192(2)b), qui prévoient le paiement d'une amende de deux cents dollars, ou par voie de mise en accusation conformément à l'alinéa 180(2)b), qui prévoit une amende de mille dollars, il ne ferait aucun doute que la garantie prévue à l'alinéa 11c) de la Charte s'appliquerait. De toute manière, la demanderesse n'a pas eu recours à ces dispositions de la *Loi sur les douanes*. Invoquant une confiscation présumée, elle a eu recours au paragraphe 180(2) et à l'alinéa

² À titre d'exemple d'articles comparables aux dispositions de la *Loi sur les douanes*, voir les articles 10 et 11 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, le paragraphe 13(2) de la *Loi sur les contaminants de l'environnement*, S.C. 1974-75-76, chap. 72 et le paragraphe 58(5) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14; il faut toutefois noter que ces dispositions lient directement la confiscation à la condamnation par voie de déclaration sommaire de culpabilité ou par mise en accusation.

amount, as noted above, of \$118,451,026.20 plus the duties and taxes owing.

While the claims for unpaid duties and taxes arise out of the fact of importation itself, as a debt owed, this is not true of the monies sought by way of "deemed forfeiture". This last is clearly punishment imposed as a result of culpable conduct; it is a penalty imposed on the person "so offending" (in the French version "*la personne ainsi coupable*");³ it is not a claim flowing from the non-payment of duties and taxes *per se* as for example a claim for interest would be.

In the *Belhumeur* case, cited above, Mr. Justice Hugessen examined French and English definitions of "offence". With respect to the English definitions, he was of the view that the word "offence" in the Charter was reserved for: "*le délit public puni par l'état*" (page 283). While he concluded that the violation of an ethical rule was not an offence for the purposes of section 11, he referred at pages 283 and 284 of his decision to the definition found in *Wharton's Law Lexicon*, 14th ed. (1938):

Offence . . . It is used as a *genus*, comprehending every crime and misdemeanour, or as a *species*, signifying a crime not indictable, but punishable summarily, or by the forfeiture of a penalty.

In my view, the present fact situation fits within those definitions.

It was sought to characterize the proceeding as an *in rem* forfeiture against the goods. But it is really no such thing. It has none of the characteristics of an *in rem* forfeiture. A usual aspect of that type of action is that the goods themselves are proceeded against, regardless of the identity, conduct or involvement of the owner in the proscribed activity.⁴ In this case the goods are not seized independently of the identity or conduct of the owner. It is the identity or conduct of the owner, importer or other person which triggers a deemed forfeiture against them under subsection 180(2). And, it is the conduct of the owner or other

192(2)a) et a réclamé, comme je l'ai déjà dit plus haut, une somme de 118 451 026,20 \$ plus les droits et les taxes dus.

a Les droits et les taxes non payés découlent de l'importation elle-même et constituent une dette exigible, mais ce n'est pas le cas des sommes réclamées au titre de la «confiscation présumée». Celle-ci est manifestement une peine infligée pour un comportement coupable; il s'agit d'une peine imposée à «la personne ainsi coupable» (dans le texte anglais «*the person so offending*»)³; il ne s'agit pas d'une réclamation découlant du non-paiement de droits et de taxes comme ce serait le cas, par exemple, de la réclamation d'un intérêt.

Dans l'affaire *Belhumeur*, précitée, le juge Hugessen a examiné des définitions en français et en anglais du terme «infraction» («*offence*»). Pour ce qui est des définitions anglaises, il était d'avis que le terme «*offence*» (infraction) dans la Charte était réservé au «délit public puni par l'état» (page 283). Même s'il a conclu que la violation d'une règle d'éthique ne constituait pas une infraction aux fins de l'article 11, il a invoqué aux pages 283 et 284 de sa décision la définition qu'on trouve dans *Wharton's Law Lexicon*, 14^e éd. (1938):

[TRADUCTION] **Infraction** . . . Ce mot est utilisé comme terme *générique* pour désigner tout acte criminel et tout acte délictuel, ou comme terme *spécifique* pour désigner non pas un acte criminel mais un acte punissable par déclaration sommaire de culpabilité ou par paiement d'une amende.

À mon avis, les faits de l'espèce sont visés par cette définition.

On a cherché à qualifier la procédure de confiscation *in rem* des marchandises. Mais tel n'est pas le cas. Cette procédure ne revêt aucune des caractéristiques d'une confiscation *in rem*. On prend habituellement ce genre de mesure à l'égard des marchandises sans tenir compte de l'identité et du comportement de leur propriétaire ni de sa participation à l'activité proscriée⁴. Il n'en a pas été ainsi en l'espèce. C'est l'identité ou le comportement du propriétaire, de l'importateur ou de toute autre personne qui assujettit ces derniers à une confiscation présumée en application du paragraphe 180(2). Et c'est le comportement du propriétaire

³ Subsection 192(2).

⁴ See *Denton v John Lister Ltd*, [1971] 3 All ER 669 (Q.B.D.).

³ Paragraphe 192(2).

⁴ Voir l'affaire *Denton v John Lister Ltd*, [1971] 3 All ER 669 (Q.B.D.).

individual, accused of an offence under subsection 192(1), which triggers the “deemed forfeiture” as against that person. And the amount is “forfeited” from whoever has committed the offence regardless of whether he or she was owner of the goods or had possession of them at the time the commission of the offence occurred. In my view the phrase “deemed forfeiture” is merely a way of describing a fine imposed on the person found to have committed the offence described by subsection 192(1).

That an offence is involved may be less clear under subsection 180(2), than under paragraphs 192(1)(b) and (c), since subsection 180(2) seems to visit a deemed forfeiture on every person “in any way connected with the unlawful importation”, and does not expressly refer to the commission of an offence. The very breadth of the subsection raises a host of questions concerning its constitutionality on grounds other than those raised in this case. One wonders, for example, whether it is not constitutionally suspect as contrary to either sections 7 or 8 of the Charter. In any event those considerations are not in argument in this case, and, in my view, the words requiring a person upon whom deemed forfeiture is imposed to be a person in some way “connected with the unlawful importation” indicates that the character of that forfeiture is a fine for the commission of an offence. The French version speaks of the forfeiture as “une amende égale à la valeur des articles”.

It is argued that the forfeiture claim is a debt collection proceeding because: (1) the forfeiture occurs automatically on the importation of the goods in contravention of the *Customs Act*; (2) the goods thereafter become the property of the Crown; (3) a monetary debt is thus created and; (4) the actions are civil proceedings to collect this ascertained amount of money alleged due and owing to the Crown. This argument relies on the comments of Mr. Justice Cattanach in *Marun, Tyrtko Hardy v. The Queen*, [1965] 1 Ex.C.R. 280, at page 295:

ou de tout autre individu accusé d'avoir contrevenu au paragraphe 192(1) qui assujettit cette personne à une «confiscation présumée». Toute personne qui a commis l'infraction, qu'elle soit propriétaire ou non des marchandises ou qu'elle les ait eues ou non en sa possession au moment de l'infraction, doit «remettre» la somme établie. À mon avis, l'expression «confiscation présumée» désigne tout simplement une amende imposée à la personne reconnue coupable de l'infraction décrite au paragraphe 192(1).

Les termes du paragraphe 180(2) sont peut-être moins clairs que ceux des alinéas 192(1)b) et c) quant à savoir si une infraction doit avoir été commise; le paragraphe 180(2) semble en effet frapper d'une confiscation présumée chaque personne qui a «eu de quelque façon affaire avec l'importation illégale» des articles mais il ne mentionne pas expressément qu'il doit y avoir eu infraction. La portée même de ce paragraphe soulève, pour d'autres motifs que ceux qui ont été invoqués en l'espèce, une foule de questions quant à sa constitutionnalité. On peut se demander, par exemple, s'il n'est pas inconstitutionnel parce qu'il contrevient à l'article 7 ou à l'article 8 de la Charte. De toute manière, ces considérations ne font pas l'objet du présent litige et, selon moi, les termes exigeant que la personne frappée d'une confiscation présumée soit une personne qui a eu de quelque façon «affaire avec l'importation illégale» indiquent que ladite confiscation constitue une amende imposée en raison de la perpétration d'une infraction. Dans le texte français, on parle de la remise «[d']une amende égale à la valeur des articles» («*forfeit a sum equal to the value of the articles*»).

On allègue que la demande de confiscation constitue une procédure de recouvrement de dettes parce que: 1) la confiscation est automatique lorsque l'importation de marchandises viole la *Loi sur les douanes*; 2) ces marchandises deviennent immédiatement propriété de la Couronne; 3) une dette pécuniaire est ainsi créée et 4) les actions intentées sont des procédures civiles visant à recouvrer une telle somme ainsi déterminée qui serait due à la Couronne. Cette argumentation repose sur les commentaires du juge Cattanach dans l'affaire *Marun, Tyrtko Hardy v. The Queen*, [1965] 1 R.C.É. 280, à la page 295:

The forfeiture under sections 178 and 183 is automatic and occurs immediately upon the unlawful importation by virtue of section 2(1)(q) of the *Customs Act* reading as follows:

2.(1) In this Act, or in any other law relating to the Customs,

(q) "seized and forfeited", "liable to forfeiture" or "subject to forfeiture", or any other expression that might of itself imply that some act subsequent to the commission of the offence is necessary to work the forfeiture, shall not be construed as rendering any such subsequent act necessary, but the forfeiture shall accrue at the time and by the commission of the offence, in respect of which the penalty of forfeiture is imposed;

The forfeiture is not brought about by any act of the Customs officials or officers of the Department, but it is the legal unescapable consequence of the unlawful importation of the goods by the suppliant, Marun. The goods thereupon became the property of the Crown and no act by any officer of the Crown can undo that forfeiture. Therefore, any defect, if such existed, in the notifications and procedure adopted by the Department under sections 150 and 158 is not material.⁵ [Underlining added.]

I am not convinced that this analysis assists the plaintiff in any way. The very paragraph to which Mr. Justice Cattanach referred, 2(1)(q), makes it clear that the forfeiture occurs as a result of and is visited upon the individual committing the offence described in section 192. I do not think characterizing the sum thus deemed to be owing as a "debt" assists the plaintiff. It seems to me that a fine imposed upon a person consequent upon a conviction for an offence in the criminal courts equally could be said to be a debt owing to the Crown.

Reference to the history of the customs legislation is essential to an understanding of the present proceedings. The *Customs Act* obviously has its roots in the customs and navigation laws of the United Kingdom which pre-date confederation. In that context there was no need to characterize provisions of the law as criminal or civil. The customs laws (and navigation acts) were simply enforced in the Exchequer Court for the protection of the King's revenue. Suits in the Exchequer for forfeitures were commenced by civil information,

⁵ See also: *R. v. Bureau*, [1949] S.C.R. 367; *Allardice v. R.*, [1979] 1 F.C. 13 (T.D.); *Smith v. Goral*, [1952] 3 D.L.R. 328 (Ont. H.C.).

[TRANSLATION] La confiscation prévue aux articles 178 et 183 est automatique et se produit dès qu'il y a importation illégale au sens de l'alinéa 2(1)q) de la *Loi sur les douanes* qui porte:

2.(1) Dans la présente loi ou toute autre loi relative aux douanes, l'expression

q) «saisi et confisqué», «passible de confiscation» ou toute autre expression qui pourrait par elle-même impliquer la nécessité d'un acte quelconque postérieur à l'infraction, en vue d'opérer la confiscation, ne doit pas s'interpréter comme rendant cet acte postérieur nécessaire, mais la confiscation résulte du fait même de l'infraction à l'égard de laquelle la peine de confiscation est imposée, à compter du moment où l'infraction est commise;

La confiscation n'est pas le fait d'un acte des autorités douanières ou des fonctionnaires du Ministère; elle est la conséquence juridique inévitable de l'importation illégale des marchandises par le fournisseur, Marun. Les marchandises sont devenues dès lors propriété de la Couronne et la confiscation ne peut être annulée par aucun fonctionnaire de la Couronne. Par conséquent, toute irrégularité qui pourrait exister dans les avis ou dans la procédure suivie par le Ministère sous le régime des articles 150 et 158 est sans importance⁵. [C'est moi qui souligne.]

Je ne suis pas convaincue que cette analyse soit de quelque utilité pour la demanderesse. L'alinéa invoqué par le juge Cattanach, l'alinéa 2(1)q), indique clairement que la confiscation résulte d'une infraction décrite à l'article 192 et frappe la personne qui l'a commise. Je ne crois pas que le fait de qualifier de «dette» la somme qui serait ainsi due soit utile pour la demanderesse. Il me semble qu'on pourrait également affirmer que la peine imposée à une personne par suite de sa condamnation pour une infraction par les cours criminelles est une dette envers la Couronne.

Il est essentiel pour bien comprendre les présentes procédures de faire l'historique des dispositions législatives relatives aux douanes. La *Loi sur les douanes* trouve manifestement son origine dans les lois sur les douanes et les lois sur la navigation du Royaume-Uni, antérieures à la confédération. Dans ce contexte, il n'était pas nécessaire de qualifier de criminelles ou de civiles les dispositions de ces lois. C'est la Cour de l'Échiquier qui faisait respecter les lois sur les douanes (et les lois sur la navigation) afin de protéger les revenus du Souve-

⁵ Voir aussi *R. v. Bureau*, [1949] R.C.S. 367; *Allardice c. R.*, [1979] 1 C.F. 13 (1^{re} inst.); *Smith v. Goral*, [1952] 3 D.L.R. 328 (H.C. Ont.).

either by a Crown Attorney or by an individual suing both for himself and the state;⁶ they were either *in personam* or *in rem* depending upon the statute or seizure involved.⁷ The “Exchequer procedure” of prosecuting what was in essence a penal offence by a civil proceeding was simply exported to this side of the Atlantic and prior to confederation became part of the pre-confederation laws of the colonies which eventually joined to become Canada.

I would re-emphasize that this case does not deal with an “*in rem*” forfeiture where goods or vehicles are seized, for example, coming across the border—where the goods might be said “to speak for themselves”. Under section 160 of the *Customs Act* where a forfeiture is incurred a customs officer reports that fact to the Minister. In this case it would be the report of an investigation stating that duties had been paid on the basis of untrue invoices and claiming both the duties and taxes owing as well as an amount equal to the value of the goods from the defendants. The Minister, then, under section 161 notifies “the person alleged to have incurred the penalty or forfeiture”. The rest

⁶ The capacity of individuals to initiate suit was, at least by 1859, withdrawn; section 250 of the present *Customs Act* continues that situation:

250. All penalties and forfeitures imposed by this Act, or by any other Act relating to the customs or to trade or navigation shall, unless other provisions are made for the recovery thereof, be sued for, prosecuted and recovered with costs by the Attorney General of Canada, or in the name or names of the Deputy Minister, or any officer or officers, or other person or persons thereunto authorized by the Governor in Council, either expressly or by general regulation or order, and by no other person. [Underlining added.]

⁷ See Harper L. A., *English Navigation Laws*, 1964 at pp. 111-113 for a description of the procedure. I note that United States jurisprudence appears to have focussed on the distinction between *in rem* and *in personam* forfeitures as significant for constitutional purposes in that jurisdiction—see: J. R. Maxeiner, *Bane of American Forfeiture Law—Banished at Last?* (1977), 62 Cornell L. Rev. 768.

rain. Les actions en confiscation étaient intentées devant la Cour de l'Échiquier par le dépôt d'une dénonciation au civil soit par un procureur de la Couronne soit par un particulier poursuivant en son nom et en celui de l'État⁶; il s'agissait de procédures *in personam* ou *in rem* suivant le texte législatif en cause ou la nature de la saisie⁷. La «procédure devant la Cour de l'Échiquier» qui consistait à poursuivre une personne, en ayant recours à une procédure civile, pour un acte qui constituait essentiellement une infraction pénale a tout simplement été exportée de ce côté de l'Atlantique et, avant la création de la confédération, est devenue partie intégrante des lois préconfédératives des colonies qui se sont finalement unies pour former le Canada.

Je souligne encore une fois que l'espèce ne concerne pas une confiscation «*in rem*» où, par exemple, des effets ou des véhicules sont saisis au moment où ils franchissent la frontière et où on pourrait affirmer que les effets [TRADUCTION] «parlent par eux-mêmes». L'article 160 de la *Loi sur les douanes* prévoit que, lorsqu'il y a une confiscation, un agent de douanes en fait rapport au Ministre. En l'espèce, il s'agit d'un rapport d'enquête indiquant que des droits ont été payés sur le fondement de fausses factures, et exigeant le paiement des droits et taxes dus ainsi que le versement par les défenderesses d'un montant égal à la valeur des marchandises. Conformément à l'article

⁶ La capacité des particuliers d'engager une poursuite leur a été retirée dès 1859; l'article 250 de l'actuelle *Loi sur les douanes* continue cet état de choses:

250. Toutes les amendes et confiscations imposées par la présente loi ou par toute autre loi concernant les douanes, le commerce ou la navigation, à moins qu'il ne soit établi d'autres dispositions pour leur recouvrement, sont poursuivies, obtenues en justice et recouvrées, avec dépens, par le procureur général du Canada, ou aux nom ou noms du sous-ministre ou d'un préposé ou de préposés, ou d'une autre personne ou d'autres personnes à ce autorisées par le gouverneur en conseil, soit expressément, soit par règlement ou décret général, et par nulle autre personne. [C'est moi qui souligne.]

⁷ Voir l'ouvrage de L. A. Harper intitulé *English Navigation Laws* (1964), qui décrit cette procédure aux pp. 111 à 113. Je souligne que la jurisprudence américaine semble avoir insisté sur le fait que la distinction entre les confiscations *in rem* et les confiscations *in personam* est importante pour les fins constitutionnelles de cette juridiction: voir J. R. Maxeiner, *Bane of American Forfeiture Law—Banished at Last?* (1977), 62 Cornell L. Rev. 768.

of the procedure under section 161 and following does not need to be discussed. Suffice it to say that the Crown ultimately commences action in this Court for payment by the defendants of the amounts claimed on the ground that they have undervalued the goods, defrauded the revenue, etc. As noted above, it is clear that the deemed forfeiture provisions of sections 180 and 192 of the *Customs Act* provide for the imposition of a penalty for the commission of an offence, by means of a civil procedure.

Common Law—Privilege Protecting Against Self-Incrimination

Apart from any Charter argument, the defendants contend that discovery is not available against them because a common law rule provides that discovery will not be granted in the case of claims for penalties or forfeitures. The defendants' common law argument is based on the decision in *Rio Tinto Zinc Corpn. v. Westinghouse Electric Corpn.*, [1978] A.C. 547 (H.L.), reversing [1978] A.C. 553 (C.A.), especially the comments of Lord Denning in the Court of Appeal at page 563; and, on the decision in *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111 (C.A.).

The relevant comments of Lord Denning in the *Rio Tinto Zinc* case (which involved the attempt of an American court to obtain documents and discovery against a United Kingdom corporation with respect to an alleged uranium cartel) are as follows [at page 563]:

We have a rule here against self-incrimination. The common law has for centuries held that a person is not bound to answer a question which may render him liable to punishment, penalty or forfeiture. In the United States under the Fifth Amendment an individual (not a company) is entitled to a privilege by which he is not bound to answer questions by which he may incriminate himself.

Take first our English position. We discussed it in the recent case of *Comet Products U.K. Ltd. v. Hawkex Plastics Ltd.*,

161, le Ministre avise ensuite «l'individu censé avoir encouru l'amende ou la confiscation». Il n'est pas nécessaire d'examiner le reste de la procédure prévue aux articles 161 et suivants. Il suffit de dire que la Couronne intente finalement une action devant la Cour pour obtenir des défenderesses le paiement des sommes réclamées pour le motif qu'elles ont sous-évalué les marchandises, fraudé le revenu, etc. Comme je l'ai déjà dit, il est clair que les dispositions des articles 180 et 192 de la *Loi sur les douanes* concernant la confiscation présumée prévoient l'imposition d'une peine en cas de perpétration d'une infraction et ce, par le biais d'une procédure civile.

Common law—Privilège accordant une protection contre l'auto-incrimination

Mis à part les arguments fondés sur la Charte, les défenderesses prétendent qu'on ne peut les soumettre à un interrogatoire préalable parce qu'il existe une règle de *common law* qui prévoit que les cours n'autorisent pas la tenue d'un interrogatoire préalable dans les cas où l'on réclame une amende ou une confiscation. Elles fondent cet argument sur la décision rendue dans l'affaire *Rio Tinto Zinc Corpn. v. Westinghouse Electric Corpn.*, [1978] A.C. 547 (H.L.), infirmant [1978] A.C. 553 (C.A.), en particulier les commentaires de lord Denning de la Cour d'appel à la page 563, et sur la décision rendue dans l'affaire *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111 (C.A.).

Les commentaires pertinents de lord Denning dans l'affaire *Rio Tinto Zinc* (qui concernait la tentative d'un tribunal américain d'obtenir d'une société du Royaume-Uni qu'elle fournisse des documents et qu'elle réponde à un interrogatoire préalable relativement à l'existence alléguée d'un cartel de l'uranium) sont les suivants [à la page 563]:

[TRADUCTION] Il existe dans ce pays une règle interdisant l'auto-incrimination. La *common law* reconnaît depuis des siècles qu'une personne n'est pas tenue de répondre à une question qui peut lui faire encourir une peine, une amende ou une confiscation. Aux États-Unis, le Cinquième Amendement confère à l'individu (et non à une compagnie) un privilège en vertu duquel il n'est pas obligé de répondre aux questions qui peuvent l'incriminer.

Examinons d'abord la position des tribunaux anglais. Cette question a été examinée dans une décision récente, *Comet*

[1971] 2 Q.B. 67. I quoted at p. 73 Bowen L.J. as saying in *Redfern v. Redfern* [1891] P. 139, 147:

"It is one of the inveterate principles of English law that a party cannot be compelled to discover that which, if answered, would tend to subject him to any punishment, penalty, forfeiture, ... 'no one is bound to criminate himself'."

That privilege prevailed in England until an inquiry by the Law Reform Committee, 16th Report in 1967 (Cmd. 3472). They recommended that the privilege in regard to forfeiture should be abolished. It had been upheld in *Earl of Mexborough v. Whitwood Urban District Council* [1897] 2 Q.B. 111. It was expressly abolished by the Civil Evidence Act 1968, section 16(1)(a).

The *Mexborough* case dealt with the forfeiture of a lease for a breach of a covenant thereof. The Court of Appeal refused to grant discovery of documents or administer interrogatories. Lord Esher M.R. in giving reasons for his decision stated, at pages 114-115:

I think that there are two rules of law which have always existed as part of the common law of England, and have been recognised as such by all courts whether of law or equity, and the rights conferred by them have never been taken away by any statute. The first is that, where a common informer sues for a penalty, the Courts will not assist him by their procedure in any way: and I think a similar rule has been laid down, and acted upon from the earliest times, in respect of actions brought to enforce a forfeiture of an estate in land. These are no doubt rules of procedure, but they are much more than that: they are rules made for the protection of people in respect of their property, and against common informers. There has been a great searching for reasons for these rules; but it does not signify what the reasons for them are, if they are well recognised rules which have existed from time immemorial. But the reasons for them have often been stated. It has been argued that the reason why the Courts will not assist the plaintiff in an action for a penalty is that it is a criminal action. But it is not. There is no such thing as a criminal action. An action for a penalty is a civil action just as much as an action for a forfeiture. The rule by which a witness is protected from being called on to answer questions which may tend to criminate himself is often referred to in connection with this subject, but it has really nothing to do with the two rules to which I have referred. [Underlining added.]

In my view neither the *Rio Tinto Zinc* case nor the *Mexborough* case are applicable in Canada because our evidence laws have a different legislative history from those in the United Kingdom. The common law privilege enabling a witness to refuse to answer incriminating questions including those which might tend to expose the person to

Products U.K. Ltd. v. Hawkex Plastics Ltd., [1971] 2 Q.B. 67. À la p. 73, j'ai cité le lord juge Bowen qui a dit dans *Redfern v. Redfern* [1891] P. 139, à la p. 147:

«Suivant un des principes enracinés du droit anglais, on ne peut contraindre une partie à répondre à un interrogatoire préalable si ses réponses tendent à l'exposer à une peine, à une amende, à une confiscation ... "nul n'est tenu de s'incriminer".»

C'est ce privilège qui a prévalu en Angleterre jusqu'à une enquête du Comité de réforme du droit [Law Reform Committee], 16^e rapport en 1967 (Cmd. 3472). Le Comité a recommandé que ce privilège soit aboli en ce qui concerne la confiscation. Cette recommandation a été confirmée dans l'affaire *Earl of Mexborough v. Whitwood Urban District Council* [1897] 2 Q.B. 111. Le privilège a été expressément aboli par l'alinéa 16(1)a) de la *Civil Evidence Act 1968*.

L'affaire *Mexborough* portait sur la résiliation d'un bail pour violation de l'une de ses clauses. La Cour d'appel a refusé de permettre la production de documents ou de procéder à des interrogatoires. Lord Esher, maître des rôles, a dit en prononçant les motifs de sa décision, aux pages 114 et 115:

[TRADUCTION] Je pense qu'il existe deux règles de droit qui font partie depuis toujours de la *common law* anglaise et que les cours, qu'il s'agisse de cours de justice ou de cours d'*equity*, reconnaissent comme telles; en outre, aucune loi n'a jamais abrogé les droits que confèrent ces règles. Suivant la première règle, lorsqu'un indicateur [*common informer*] intente une action en vue de faire rentrer une amende, les procédures judiciaires ne lui seront d'aucune utilité; je crois qu'une règle semblable a été établie et suivie depuis le tout début en ce qui a trait aux actions intentées pour obtenir la déchéance d'un droit foncier. Il ne fait aucun doute que ce sont des règles de procédure, mais il s'agit de beaucoup plus que cela: ce sont des règles destinées à protéger les biens des personnes et à protéger celles-ci contre les indicateurs. On a longuement cherché à expliquer l'existence de ces règles; mais cela n'indique pas quelles sont ces raisons et s'il s'agit de règles reconnues qui existent depuis des temps immémoriaux. Les raisons de leur existence ont toutefois été énoncées à plusieurs reprises. On a allégué que les cours n'aideraient pas le demandeur dans une action visant à recouvrer une amende parce qu'il s'agit d'une poursuite criminelle. Mais ce n'est pas le cas. Il n'y a pas de poursuite criminelle. Une action visant à recouvrer une amende est une poursuite civile tout comme une action intentée pour obtenir une confiscation. On fait souvent appel à ce sujet à la règle qui permet à un témoin d'éviter d'avoir à répondre aux questions qui peuvent tendre à l'incriminer, mais celle-ci n'a vraiment rien à voir avec les deux règles que je viens de mentionner. [C'est moi qui souligne.]

À mon avis, ni l'affaire *Rio Tinto Zinc* ni l'affaire *Mexborough* ne s'appliquent au Canada parce que l'historique de nos lois sur la preuve diffère de celui des lois du Royaume-Uni. Au Canada, le privilège de *common law* qui habilitait un témoin à refuser de répondre à des questions incriminantes, y compris à celles qui pouvaient

penalties or forfeitures⁸ was abolished in Canada, at the federal level, in 1893. What is often referred to as a subsequent use immunity was adopted instead.⁹ Section 5 of *The Canada Evidence Act, 1893* [S.C. 1893, c. 31], the predecessor of our present section provided:

5. No person [witness] shall be excused from answering any question upon the ground that the answer to such question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any other person: Provided, however, that no evidence so given shall be used or receivable in evidence against such person in any criminal proceeding thereafter instituted against him other than a prosecution for perjury in giving such evidence.

There is no comparable provision in the United Kingdom legislation. Indeed, quite the contrary is the case. When the common law position that parties were neither competent nor compellable was altered, with respect to civil proceedings, in the United Kingdom by the Evidence Act of 1851 [*An Act to amend The Law of Evidence, 1851, 14 & 15 Vict., c. 99 (U.K.)*], the right of a witness not to be compelled to answer incriminating questions was specifically by statute preserved:

II. On the Trial of any Issue . . . the Parties thereto . . . shall . . . be competent and compellable to give Evidence . . .

III. But nothing herein contained . . . shall render any Person compellable to answer any Question tending to criminate himself or herself . . . [Underlining added.]

And when accused persons in criminal proceedings were rendered competent, their immunity from being compelled to be witnesses was statutorily preserved.

It should be noted that while the Canadian legislation seems to distinguish between answers which may tend to "criminate" and those which tend to establish liability to a civil proceeding (penalties and forfeitures), the United Kingdom legislation uses the term criminate more broadly as including liability for criminal conviction, penalties

⁸ In the statute described as "liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or any other person".

⁹ A recent reference to this is found in the dissenting decision by Mr. Justice McIntyre in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at pp. 376-377.

l'exposer à une peine ou à une confiscation⁸, a été aboli à l'échelle fédérale en 1893. On l'a remplacé par ce qu'on appelle souvent la protection contre l'emploi ultérieur des témoignages⁹. L'article 5 de l'*Acte de la preuve en Canada, 1893* [S.C. 1893, chap. 31], qui a précédé la loi actuelle, portait:

5. Personne [témoin] ne sera exempté de répondre à aucune question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une poursuite civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit; néanmoins, nul témoignage ainsi rendu ne pourra être utilisé ou ne sera admissible comme preuve contre cette personne dans aucune poursuite criminelle intentée ensuite contre elle, sauf dans une poursuite pour parjure commis en rendant ce témoignage.

Il n'existe aucune disposition comparable dans les lois du Royaume-Uni. En fait, c'est plutôt le contraire. Lorsque la Evidence Act de 1851 [*An Act to amend The Law of Evidence, 1851, 14 & 15 Vict., chap. 99 (R.-U.)*] a modifié, au Royaume-Uni, la règle de *common law* suivant laquelle les parties n'étaient pas aptes à témoigner ni ne pouvaient être contraintes à le faire dans des procédures civiles, le droit d'un témoin de ne pas être contraint à répondre à des questions incriminantes a été expressément maintenu dans la loi:

[TRANSDUCTION] II. À l'instruction d'un litige . . . les parties en cause . . . sont . . . aptes à témoigner et peuvent y être contraintes . . .

III. Rien aux présentes . . . ne permet de contraindre une personne à répondre à toute question qui pourrait l'incriminer . . . [C'est moi qui souligne.]

Et lorsque des personnes accusées dans des poursuites criminelles devenaient aptes à témoigner, l'immunité qui les protégeait contre l'obligation de témoigner était préservée par la loi.

Il faut souligner que la loi canadienne semble faire une distinction entre les réponses qui peuvent tendre à «incriminer» une partie et celles qui tendent à établir sa responsabilité dans une procédure civile (amendes et confiscations), alors que les lois du Royaume-Uni emploient le terme «incriminer» dans un sens plus large qui inclut la responsabilité

⁸ Ce qui a été décrit dans la loi comme la «responsabilité dans une poursuite civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit».

⁹ On trouve un renvoi récent à cette immunité dans la décision dissidente du juge McIntyre dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, aux pp. 376 et 377.

and forfeitures.¹⁰ Per Goddard L. J. in *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253 (C.A.), at page 257:

... the rule is that no one is bound to answer any question if the answer thereto would, in the opinion of the judge, have a tendency to expose the deponent to any criminal charge, penalty, or forfeiture which the judge regards as reasonably likely to be preferred or sued for.

The question arises then whether despite the abolition, in our law, of the privilege to refuse to answer questions which incriminate or which expose a person to civil liability there exists an independent underpinning which establishes a right to refuse discovery as claimed by the defendants. An answer is rendered difficult by the fact that the origin and scope of the discovery rules are not easy to ascertain. As noted above, Lord Esher in the *Mexborough* case (which dealt with the forfeiture of a lease) stated that the rule had nothing to do with the principle protecting a person from self-incrimination. What is more he framed the rules as being applicable when a plaintiff sought forfeiture of an interest in land or brought an action for a penalty as a common informer. (Neither of which condition is relevant to the present case.) However, in *Martin v. Treacher* (1886), 16 Q.B.D. 507 (C.A.), which dealt with a claim by a plaintiff as common informer for penalties against a defendant under *The Public Health Act, 1875*, [38 & 39 Vict., c. 55 (U.K.)] Lord Esher M.R. refused to allow interrogatories to be put to the defendant and in commenting on the reasons for that decision stated at pages 511-512:

¹⁰ This is not the only terminology difference which bedevils a comparative review of the development of the law, in the two countries. The United Kingdom legislation distinguishes clearly between competency and compellability: section 2 of the Evidence Act of 1851 states, "the Parties ... shall ... be competent and compellable to give Evidence" and section 3 "But nothing herein contained shall render any Person who in any criminal Proceeding is charged ... competent or compellable." See also: *The Criminal Evidence Act, 1898* [61 & 62 Vict., c. 36 (U.K.)], *infra* p. 26. Section 3 of our Act [*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10] merely contains the cryptic statement "A person shall not be incompetent ...". But, see *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255, at p. 276 and Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, 2d ed., (1983), at p. 171.

pour une condamnation au criminel, l'imposition d'amendes et la confiscation¹⁰. Le lord juge Goddard a dit dans *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253 (C.A.), à la page 257:

a [TRADUCTION] ... la règle veut que personne ne soit obligé de répondre à une question si, de l'avis du juge, la réponse à celle-ci tend à exposer le déposant à une accusation criminelle, à une amende, ou à une confiscation, qui, selon le juge, donnerait vraisemblablement lieu à un acte d'accusation ou à une poursuite.

b Il faut donc se demander si, malgré l'abolition dans notre droit du privilège accordé à une personne de refuser de répondre à des questions qui l'incriminent ou qui tendent à établir sa responsabilité civile, il existe, comme le prétendent les défenderesses, un fondement indépendant lui conférant le droit de refuser de se soumettre à un interrogatoire préalable. Il est difficile de répondre à cette question parce qu'il n'est pas facile de déterminer l'origine et la portée des règles réglementant les interrogatoires préalables. Comme je l'ai déjà souligné, lord Esher a déclaré dans l'affaire *Mexborough* (qui concernait la résiliation d'un bail) que ces règles n'avaient rien à voir avec le principe protégeant une personne contre l'auto-incrimination. Qui plus est, il a conclu que ces règles s'appliquaient lorsque le demandeur cherchait à obtenir la déchéance d'un droit foncier ou intentait une action en vue de recouvrer une pénalité à titre d'indicateur. (Aucune de ces conditions n'est pertinente en l'espèce.) Dans l'affaire *Martin v. Treacher* (1886), 16 Q.B.D. 507 (C.A.), où le demandeur réclamait, à titre d'indicateur, des amendes contre le défendeur en vertu de la *The Public Health Act, 1875*, [38 & 39 Vict., chap. 55 (R.-U.)], lord Esher, maître des rôles, a toutefois refusé de permettre l'interrogatoire du défendeur et, commentant les motifs de cette décision, il a dit aux pages 511 et 512:

¹⁰ Ce n'est pas la seule différence terminologique qui rend difficile une étude comparative de l'évolution du droit dans ces deux pays. Les lois du Royaume-Uni font une distinction très nette entre la capacité de témoigner et la contraignabilité: l'article 2 de la Evidence Act de 1851 porte que [TRADUCTION] «les parties ... sont aptes à témoigner et peuvent y être contraintes» et l'article 3 ajoute que [TRADUCTION] «Rien aux présentes ne permet de rendre apte ou contraignable à témoigner ... une personne qui, dans une procédure criminelle, est accusée. ...» Voir aussi la *Criminal Evidence Act, 1898* [61 & 62 Vict., chap. 36 (R.-U.)], plus loin à la p. 26. L'article 3 de notre loi [*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10] ne contient que l'énoncé énigmatique suivant, «Nul n'est inhabile ...». Mais voir aussi l'arrêt *Gosselin v. The King* (1903), 33 R.C.S. 255, à la p. 276 et Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, 2^e éd., (1983), à la p. 171.

The reasons given seem substantially to amount to this: although the penalty is not in strict law a criminal penalty, yet the action is in the nature of a criminal charge against the defendant: it is obvious in such a case that the action is of a fishing character, the plaintiff first bringing his action and then seeking to obtain the necessary materials to support it by interrogating the defendant: and, the object of the action being to subject the defendant to a penalty in the nature of a criminal penalty, it would be monstrous that the plaintiff should be allowed to bring such an action on speculation, and then, admitting that he had not evidence to support it, to ask the defendant to supply such evidence out of his own mouth and so to criminate himself.

And Mr. Justice Lopes, at page 514:

I believe the true principle is that, when an action is brought the sole object of which is to enforce penalties, interrogatories cannot be administered, because the action is in the nature of a criminal proceeding

Cross at page 276 of his text on *Evidence* (5th ed., 1979) ascribes the origin of the discovery rule respecting penalties to the doctrine that equity would not assist a common informer. He ascribes the rule respecting forfeitures to the doctrine that equity would not grant discovery or order interrogatories in aid of a forfeiture of property. The Law Reform Committee Report to which Lord Denning referred in the *Rio Tinto Zinc* case, *supra* at pages 17 and 18, is no more illuminating with respect to the origin of the rules. It does indicate (paragraph 13) that the rule respecting penalties is of little practical importance at the present time and that (paragraph 14) the rule respecting forfeitures is an historical survival reflecting the reluctance of equity to aid a forfeiture of property. It was recommended that this last be abolished (which it was) because the courts now possess and exercise full power to grant relief against forfeiture in most cases. There is also some indication that these rules originally developed from the principle that the Court of Chancery would only issue a bill of discovery to aid proceedings in the common law courts with respect to suits relating to civil rights, not those relating to the prosecution of an indictment or information: Wigram, *Points in the Law of Discovery* (1840), at pages 5, 79-85; 8 Wigmore, *Evidence* § 2256 (McNaughton rev. 1961), at pages 334-336. Meagher, Gummow and Lehane, *Equity Doctrines and Remedies* (2nd ed., 1984), at pages 418 and

[TRADUCTION] Les motifs donnés semblent pour l'essentiel se résumer à ceci: même si l'amende ne constitue pas en droit strict une sanction pénale, l'action n'en demeure pas moins une accusation criminelle contre le défendeur; il est évident dans un tel cas qu'il s'agit d'une recherche à l'aveuglette, le demandeur intentant tout d'abord son action et cherchant ensuite, en interrogeant le défendeur, à obtenir les éléments nécessaires pour la justifier; et, comme l'action avait pour but de faire en sorte qu'une sanction pénale soit imposée au défendeur, il serait scandaleux de permettre au demandeur d'intenter son action à partir d'hypothèses et ensuite, tout en admettant qu'il ne possède pas les éléments requis pour fonder son action, de demander au défendeur de fournir ces éléments de preuve par son témoignage et ainsi de s'incriminer.

Et le juge Lopes a dit, à la page 514:

[TRADUCTION] Je crois que le véritable principe applicable est le suivant: lorsqu'on intente une action dans le seul but d'appliquer des sanctions, il n'y a pas lieu de procéder à des interrogatoires car l'action constitue une procédure criminelle

À la page 276 de son ouvrage intitulé *Evidence* (5^e éd., 1979), Cross estime que le principe suivant lequel l'*equity* n'est d'aucune utilité à l'indicateur est à l'origine des règles de l'interrogatoire préalable concernant les amendes. À son avis, la règle concernant les confiscations découle du principe suivant lequel on ne peut, en vertu de l'*equity*, permettre la communication préalable ni ordonner la tenue d'interrogatoires pour faciliter la confiscation d'un bien. Le rapport du Comité de réforme du droit (Law Reform Committee) que lord Denning a mentionné dans l'affaire *Rio Tinto Zinc*, précitée aux pages 17 et 18, ne nous éclaire pas beaucoup plus sur l'origine de ces règles. Il indique (paragraphe 13) que la règle relative aux amendes n'a que peu d'importance pratique de nos jours et que (paragraphe 14) la règle concernant les confiscations est un héritage historique montrant combien il répugne à l'*equity* de faciliter la confiscation d'un bien. On a recommandé d'abroger cette règle (ce qui a été fait) parce que les cours sont maintenant habilitées à accorder un redressement contre la confiscation dans la plupart des cas. On y indique également que ces règles découlent du principe que la Cour de la Chancellerie ne permettrait un interrogatoire préalable que pour faciliter les procédures devant les cours de *common law* dans les actions portant sur des droits civils et non dans les actions se rapportant à une mise en accusation ou une dénonciation: Wigram, *Points in the Law of Discovery* (1840), aux pages 5, 79 à 85; 8 Wigmore, *Evidence* § 2256 (McNaughton rev. 1961), aux pages 334 à 336. L'ouvrage de

following also contains an exposition of these rules of equity.

I do not think that these "curious rules", as they have been described,¹¹ respecting discovery should be considered as having any independent existence or survival outside the scope of the principles respecting self-incrimination otherwise recognized in Canadian law (federal or provincial as the case may be). This is so not only because the legislation respecting the rules of evidence differs in the two jurisdictions but also because the rules of court respecting discovery will differ. I note, for example, that order 24, rule 2(3) of the *Rules of the Supreme Court (Revision) 1965* [S.I. 1965/1776], prior to the *Civil Evidence Act, 1968* [1968, c. 64 (U.K.)] amendment expressly provided that discovery of documents in that court would not be given to require:

... a defendant to an action for the recovery of any penalty recoverable by virtue of any enactment to make discovery of any documents or as requiring a defendant to an action to enforce a forfeiture to make discovery of any documents relating to the issue of forfeiture.

In any event, if a rule respecting a privilege against self-incrimination, or other privilege, exists for the purposes of a trial, the rules on discovery should conform thereto. But in the absence of any rule applicable at the trial stage limiting the compelling of evidence I cannot see why a discovery rule should operate independently to provide a broader protection or privilege unless some express statutory provision or rule of court so provides. There is no such express statutory provision embodying the common law rules respecting penalties and forfeitures which the defendants claim apply. On the contrary, our rules expressly provide for a wide right of discovery. In my view, it is those express provisions which govern.

¹¹ *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412 (B.C.C.A.), at p. 414.

Meagher, Gummow et Lehane, intitulé *Equity Doctrines and Remedies* (2^e éd., 1984), expose ces règles d'*equity* aux pages 418 et suivantes.

a Je ne pense pas qu'on devrait considérer que ces [TRADUCTION] «curieuses règles», telles qu'on les a qualifiées¹¹, relatives à l'interrogatoire préalable existent indépendamment des principes concernant l'auto-incrimination par ailleurs reconnus par le droit canadien (fédéral ou provincial selon le cas).
b Il en est ainsi non seulement parce que les lois sur les règles de la preuve diffèrent dans les deux juridictions mais aussi parce que les règles de pratique quant à l'interrogatoire préalable et à la communication de documents sont différentes. Je souligne par exemple que l'ordonnance 24, règle 2(3) des *Rules of the Supreme Court (Revision) 1965* [S.I. 1965/1776] prévoyait expressément, avant la modification apportée par la *Civil Evidence Act, 1968* [1968, chap. 64 (R.-U.)], que cette cour n'ordonnerait pas la communication préalable de documents afin d'obliger

e [TRADUCTION] le défendeur à une action en recouvrement d'une amende due en vertu d'une disposition législative quelconque à communiquer des documents, ou afin de forcer le défendeur à une action intentée en vue d'obtenir l'exécution d'une confiscation à communiquer tout document se rapportant à cette question de la confiscation.

f De toute manière, s'il existe aux fins d'un procès une règle concernant le privilège contre l'auto-incrimination ou un autre privilège, les règles relatives à l'interrogatoire préalable devraient s'y conformer. Mais en l'absence d'une règle applicable à l'étape du procès et limitant l'obligation de fournir des éléments de preuve, je ne vois pas pourquoi une règle relative à l'interrogatoire préalable devrait s'appliquer isolément et fournir une protection ou un privilège plus étendu, à moins qu'une disposition législative expresse ou une règle de pratique ne le prévoie. Aucune disposition législative expresse renfermant les règles de *common law* relatives aux amendes et à la confiscation ne s'applique comme le prétendent les défenderesses. Au contraire, nos règles donnent expressément droit à l'interrogatoire préalable et à la communication de documents et il s'agit d'un droit étendu. À mon avis, ce sont ces dispositions expresses qui s'appliquent.

¹¹ *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412 (C.A.C.-B.), à la p. 414.

In addition, the effect of section 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 on its own terms, expressly abrogates the common law rules contended for here. That Act applies "to all criminal proceedings and to all civil proceedings and other matters whatever respecting which the Parliament of Canada has jurisdiction" (section 2). Discovery proceedings pursuant to the *Federal Court Rules* with respect to a customs action brought in the Federal Court clearly fall within that definition. As noted above, section 5 abrogates the common law privilege to refuse to answer questions on the ground of a tendency to incriminate the person or establish liability with respect to civil proceedings (ie: penalties and forfeitures). In my view, whether the discovery rules are seen as founded on the privilege of a witness to refuse to answer questions which incriminate or on the basis of some independent source in equity¹² they have been expressly abolished by section 5 and section 2. This was the view of the majority of the Ontario Court of Appeal in *Regina v. Fox et al.* (1899), 18 P.R. 343¹³ and I find that view persuasive.

A different view was taken in *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412 (B.C.C.A.). Although the British Columbia Court of Appeal found that the discovery rules existed they were held not to be applicable to the fact situation of that case.

Some uncertainty as to the scope of section 5 of the *Canada Evidence Act* as it relates to the common law rules respecting discovery in actions involving forfeiture exists because section 5 of the *Canada Evidence Act* applies to "witnesses"

¹² It seems clear that in the United Kingdom context they were not based on any rule respecting non-compellability. Both Cross in his text on evidence and the Law Reform Committee Report referred to earlier (*supra*, p. 21) relate the two to the privilege to refuse to answer questions as a witness. But a consideration of compellability is set out *infra* pp. 25 ff.

¹³ *Bartleman v. Moretti* (1913), 4 W.W.R. 132 (Sask. S.C.), adopted the same reasoning as applicable to the Saskatchewan Evidence Act [*The Evidence Act*, R.S.S. 1909, c. 60]

En outre, l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, a pour effet d'abroger expressément les règles de *common law* invoquées en l'espèce. La Loi s'applique «à toutes les procédures criminelles et à toutes les procédures civiles, ainsi qu'à toutes les autres matières de la compétence du Parlement du Canada» (article 2). Il est clair que les procédures d'interrogatoire préalable engagées en vertu des *Règles de la Cour fédérale* dans une action en matière de douanes intentée devant la Cour fédérale sont visées par cette définition. Comme je l'ai déjà dit, l'article 5 abroge le privilège conféré par la *common law* qui permet à une personne de refuser de répondre à des questions pour le motif qu'elles tendent à l'incriminer ou à établir sa responsabilité dans des procédures civiles (c'est-à-dire qu'elles l'exposent à une amende et à la confiscation). Selon moi, il importe peu que les règles relatives à l'interrogatoire préalable reposent sur le privilège du témoin de refuser de répondre à des questions parce qu'elles l'incriminent ou sur une autre source indépendante de l'*equity*¹², car elles ont été expressément abolies par les articles 5 et 2. Telle fut l'opinion exprimée à la majorité par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Regina v. Fox et al.* (1899), 18 P.R. 343¹³, et j'estime qu'elle est convaincante.

Un point de vue différent a été adopté dans l'affaire *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412 (C.A.C.-B.). Même si la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu à l'existence des règles relatives à l'interrogatoire préalable, elle a statué qu'elles ne s'appliquaient pas aux faits de l'espèce.

La portée de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* soulève quelque incertitude dans la mesure où cet article se rapporte aux règles de *common law* concernant l'interrogatoire préalable dans les cas de confiscation parce que ledit article

¹² Au Royaume-Uni, il semble évident qu'elles ne reposaient sur aucune règle concernant la non-contrainabilité. Cross dans son ouvrage sur la preuve et le rapport du Comité de réforme du droit (précité à la p. 21) lient les deux au privilège du témoin de refuser de répondre à des questions. J'ai cependant examiné la question de la contrainabilité aux p. 25 et suivantes.

¹³ Dans *Bartleman v. Moretti* (1913), 4 W.W.R. 132 (C.S. Sask.), la cour a adopté le même raisonnement et l'a appliqué à la Evidence Act de la Saskatchewan [*The Evidence Act*, R.S.S. 1909, c. 60].

There has been a view expressed that parties being examined are not "witnesses": see the dissenting judgment of Mr. Justice Rose in *Regina v. Fox et al.* (1899), 18 P.R. 343 (Ont. C.A.), at page 357. At the same time, where the applicable rules of court provide that a person being examined on discovery must testify "in the same manner, upon the same terms and subject to the same rules of examination as a witness" the issue seems to have been clearly resolved. In that case section 5 of the *Canada Evidence Act* applies and there is no privilege to refuse to answer questions on the basis that the answers would be incriminating (or render one liable to civil liability): *Chambers v. Jaffray et al.* (1906), 12 O.L.R. 377 (Div. Ct.) especially at page 380 per Mulock, C.J. and at pages 381-382 per Meredith, C.J. (C.A.). The reasoning in *Chambers v. Jaffray* was approved by the Supreme Court in *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309, at pages 313 and 317.

There is no provision in the *Federal Court Rules* comparable to the Ontario rule which states that a person being examined for discovery must testify in the same manner as a witness. Nevertheless, I think such a person is a "witness" for the purposes of section 5 of the *Canada Evidence Act*. Rule 494(9) of the *Federal Court Rules* provides for the use in evidence, at trial, of the examination for discovery; at that stage the evidence of the person being examined becomes evidence as if adduced from a witness *viva voce*. The examination for discovery takes place before a prothonotary, a person agreed by the parties, or a judge (Rule 465(6)). Attendance of the person to be examined may be enforced by subpoena (Rule 465(9)) "in the same manner as the attendance of a witness at trial". Unless otherwise agreed the examination takes place under oath (Rule 465(11)). Thus, in my view a person being examined for discovery is in substance a witness and section 5 applies to him.

One last point to note, even if the defendants are right and the old discovery rules re: forfeitures and penalties are extant and applicable to the instant case this would only excuse the defendants from

s'applique aux «témoins». On a déjà affirmé que lorsqu'elles sont interrogées, les parties ne sont pas des «témoins»: voir le jugement dissident du juge Rose dans *Regina v. Fox et al.* (1899), 18 P.R. 343 (C.A. Ont.), à la page 357. Il semble en même temps que cette question soit clairement résolue lorsque la règle de pratique applicable prévoit que la personne qui est interrogée au préalable doit témoigner [TRADUCTION] «de la même manière, aux mêmes conditions et sous réserve des mêmes règles qui s'appliquent à l'interrogatoire d'un témoin». Dans un tel cas, l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* s'applique et il n'existe aucun privilège permettant de refuser de répondre aux questions posées pour le motif qu'elles pourraient être incriminantes (ou engager la responsabilité civile de la personne): *Chambers v. Jaffray et al.* (1906), 12 O.L.R. 377 (C. div.), en particulier le juge en chef Mulock à la page 380 et le juge en chef Meredith (C.A.) aux pages 381 et 382. Dans l'arrêt *Klein v. Bell*, [1955] R.C.S. 309 aux pages 313 et 317, la Cour suprême a approuvé le raisonnement suivi dans l'affaire *Chambers v. Jaffray*.

Les *Règles de la Cour fédérale* ne contiennent aucune disposition comparable à la règle ontarienne qui porte qu'une personne interrogée au préalable doit témoigner de la même manière qu'un témoin. J'estime néanmoins qu'une telle personne est un «témoin» aux fins de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. La Règle 494(9) des *Règles de la Cour fédérale* prévoit l'utilisation en preuve de l'interrogatoire préalable au cours de l'instruction; à ce stade, le témoignage de la personne interrogée devient un élément de preuve comme s'il avait été obtenu de vive voix d'un témoin. L'interrogatoire préalable a lieu devant un protonotaire, une personne agréée par les parties ou un juge (Règle 465(6)). La personne qui doit être interrogée peut être citée à comparaître par subpoena (Règle 465(9)) «de la même façon qu'un témoin cité pour interrogatoire». À moins qu'il n'en soit autrement convenu, l'interrogatoire se fait sous serment (Règle 465(11)). Selon moi, une personne interrogée au préalable est donc pour l'essentiel un témoin et l'article 5 s'applique.

Un dernier point. Même si les défenderesses avaient raison et que les anciennes règles relatives à l'interrogatoire préalable en matière de confiscation et d'amendes existaient encore et s'appli-

discovery insofar as the deemed forfeitures are concerned. They would not be excused from discovery with respect to the duties and taxes owing. It is clear that in "mixed" cases the Court will order a limited discovery covering issues other than those of penalty and forfeiture: *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111 (C.A.), at page 117.

Compellability

The principle of protection against self-incrimination has two aspects: (1) the privilege to refuse to answer questions, which in Canada has been abrogated, with a subsequent use immunity being adopted instead; (2) the right not to be compelled to be a witness.¹⁴ These two branches have different and independent historical roots, see: Cross, *Evidence* (5th ed., 1979), at pages 163-166, 170-172 and 275-278. The first branch (that of privilege) has been considered above. The second will be discussed *vis-à-vis* the instant case first with regard to its scope, as it existed in pre-Charter days and then in the light of paragraph 11(c).

It seems impossible in this area of the law to understand the present rules without delving into the mists of history. Thus, I find it essential to start with the United Kingdom Evidence Act of 1851 (1851, 14 & 15 Vict., c. 99 (U.K.)). That statute altered the then existing common law position that parties were neither competent nor compellable:

II. On the Trial of any Issue . . . the Parties thereto . . . shall . . . be competent and compellable to give Evidence . . .

III. But nothing herein contained shall render any Person who in any criminal Proceeding is charged with the Commission of any indictable Offence, or any Offence punishable on summary Conviction, competent or compellable to give Evidence for or against himself or herself . . . [Underlining added.]

¹⁴ See, for example, *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608; (1984), 51 N.R. 1 (C.A.); *Stickney v. Trusz* (1973), 16 C.C.C. (2d) 25 (Ont. H.C.) esp. at pp. 28-29; Ratushny, *Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada* (1973), 19 McGill L.J. 1 and his book *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (Carswell, 1979), esp. at p. 92.

quaient à l'espèce, elles n'exempteraient les défenderesses de l'interrogatoire préalable qu'en ce qui concerne les confiscations présumées et non pour ce qui est des droits et des taxes dus. Il est évident que, dans les cas «mixtes», la Cour n'ordonnera qu'un interrogatoire limité aux questions autres que celles concernant l'amende et la confiscation: *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111 (C.A.), à la page 117.

Contraignabilité

Le principe de la protection contre l'auto-incrimination comporte deux éléments: 1) le privilège permettant de refuser de répondre à des questions, qui a été abrogé au Canada et remplacé par la protection contre l'emploi ultérieur des témoignages, et 2) le droit de ne pas être contraint à témoigner¹⁴. Ces deux éléments ont des origines historiques différentes et indépendantes; voir Cross, *Evidence* (5^e éd., 1979), aux pages 163 à 166, 170 à 172 et 275 à 278. J'ai examiné plus haut le premier de ces éléments (le privilège). Je me pencherai sur le second en regard du présent cas, compte tenu tout d'abord de sa portée au cours des années qui ont précédé l'adoption de la Charte et ensuite, à la lumière de l'alinéa 11c).

Il semble impossible dans ce domaine du droit de comprendre les règles actuelles sans fouiller dans le passé lointain. C'est pourquoi j'estime qu'il est essentiel de commencer avec la Evidence Act de 1851 du Royaume-Uni (1851, 14 & 15 Vict., chap. 99 (R.-U.)). Cette loi a modifié la règle de *common law* alors applicable qui prévoyait que les parties n'étaient pas aptes à témoigner et ne pouvaient y être contraintes:

[TRADUCTION] II. À l'instruction d'un litige . . . les parties en cause . . . sont . . . aptes à témoigner et peuvent y être contraintes . . .

III. Rien aux présentes ne permet d'habiliter ou de contraindre à témoigner en sa faveur ou contre elle-même une personne qui, dans une procédure criminelle, est accusée d'avoir commis un acte criminel ou une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité . . . [C'est moi qui souligne.]

¹⁴ Voir, par exemple, *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608; (1984), 51 N.R. 1 (C.A.); *Stickney v. Trusz* (1973), 16 C.C.C. (2d) 25 (H.C. Ont.), en particulier aux pp. 28 et 29; Ratushny, *Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada* (1973), 19 McGill L.J. 1 et son ouvrage *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (Carswell, 1979), en particulier à la p. 92.

Then in 1898 persons charged with offences were made competent but not compellable, the *Criminal Evidence Act, 1898*, 61 & 62 Vict., c. 36 (U.K.):

1. Every person charged with an offence, ... shall be a competent witness for the defence at every stage of the proceedings, ...

(a.) A person so charged shall not be called as a witness in pursuance of this Act except upon his own application:

(b.) The failure of any person charged with an offence, ... to give evidence shall not be made the subject of any comment by the prosecution:

(e.) A person charged and being a witness in pursuance of this Act may be asked any question in cross-examination notwithstanding that it would tend to criminate him as to the offence charged:

Shortly after the passage of the 1851 Act, but before that of 1898 the question arose as to whether a defendant in a customs forfeiture claim, for treble value of the goods, was a person charged "in any criminal proceedings". The Court held that he was: *Attorney General v. Radloff* (1854), 10 Ex. 84; 156 E.R. 366. The *Customs Act* was thereafter amended, to make it clear that a defendant in a prosecution or suit for "the Recovery of any Penalties or Forfeitures, under any Law ... relating to the Customs or Inland Revenue" was not covered as being either competent or compellable:¹⁵ *An Act for the further Alteration and Amendment of the Laws and Duties of Customs*, 1854, 17 & 18 Vict., c. 122, s. 15 (U.K.); *The Supplemental Customs Consolidation Act, 1855*, 18 & 19 Vict., c. 96, s. 36 (U.K.); *The Customs Amendment Act, 1857*, 20 & 21 Vict., c. 62, s. 14 (U.K.). This last provided:

XIV. The several Acts which declare and make competent and compellable a Defendant to give Evidence in any Suit or Proceeding to which he may be a Party shall not be deemed to extend or apply to Defendants in any Suit or Proceeding instituted under any Act relating to the Customs.

Section 15 of that Act provided:

XV. Whereas Doubts have arisen whether the several Sections of "The Customs Consolidation Act, 1853," ... as also "The Supplemental Customs Consolidation Act, 1855," are

¹⁵ That is, such proceedings were dealt with on the same basis as criminal proceedings.

Par la suite, en 1898, les personnes accusées d'infractions étaient aptes à témoigner mais ne pouvaient y être contraintes; voir la *Criminal Evidence Act, 1898*, 61 & 62 Vict., chap. 36 (R.-U.):

[TRADUCTION] 1. Toute personne accusée d'une infraction ... est apte à témoigner pour la défense à chacun des stades des procédures ...

a.) Une personne ainsi accusée ne peut être citée comme témoin conformément à la présente Loi, sauf à sa propre demande:

b.) Le fait pour toute personne accusée d'une infraction ... de ne pas témoigner ne peut faire l'objet de commentaires par la poursuite:

e.) Il est possible, au cours d'un contre-interrogatoire, de poser n'importe quelle question à la personne accusée et citée comme témoin conformément à la présente Loi, même si ses réponses tendent à l'incriminer:

Peu après l'adoption de la Loi de 1851 mais avant celle de la Loi de 1898, il a fallu déterminer si le défendeur dans une action en confiscation concernant les douanes où l'on revendiquait la triple valeur des marchandises était une personne accusée [TRADUCTION] «dans une procédure criminelle». La Cour a statué que tel était le cas: *Attorney General v. Radloff* (1854), 10 Ex. 84; 156 E.R. 366. La *Customs Act* a par la suite été modifiée afin de préciser que le défendeur dans une poursuite ou une action visant [TRADUCTION] «le recouvrement d'amendes ou une confiscation, conformément à toute loi ... concernant les douanes ou le revenu» n'était pas apte à témoigner ni ne pouvait y être contraint¹⁵: *An Act for the further Alteration and Amendment of the Laws and Duties of Customs*, 1854, 17 & 18 Vict., chap. 122, art. 15 (R.-U.); *The Supplemental Customs Consolidation Act, 1855*, 18 & 19 Vict., chap. 96, art. 36 (R.-U.); *The Customs Amendment Act, 1857*, 20 & 21 Vict., chap. 62, art. 14 (R.-U.). Cette dernière loi prévoyait:

[TRADUCTION] XIV. Les diverses lois qui déclarent qu'un défendeur est apte à témoigner et peut être contraint de le faire dans une action ou une procédure à laquelle il peut être partie, ne sont pas censées s'appliquer aux défendeurs dans une action ou une procédure engagée en vertu d'une loi concernant les douanes.

L'article 15 de cette même loi portait:

[TRADUCTION] XV. Attendu qu'il existe des doutes sur la question de savoir si plusieurs des articles de la «The Customs Consolidation Act, 1853,» ... et de la «The Supplemental

¹⁵ C'est-à-dire que ces procédures étaient considérées comme des procédures criminelles.

applicable to the *British Possessions* abroad: Be it enacted, That the said recited Acts and the several Clauses therein and in this Act contained shall and the same are hereby declared to extend to and be of full Force and Effect in the several *British Possessions* abroad, except where otherwise expressly provided for by the said Acts ... and except also as to any such Possession as shall by Local Act or Ordinance have provided, or may hereafter, with the Sanction and Approbation of Her Majesty and Her Successors, make entire Provision for the Management and Regulation of the Customs Trade and Navigation of any such Possession, or make in like Manner express Provisions in lieu or variation of any of the Clauses of the said Act for the Purposes of such Possession.

In 1865 the *The Crown Suits, & c. Act, 1865* (28 & 29 Vict., c. 104 (U.K.)) was passed. It stated (section 34) that sections 2 and 3 of the 1851 Evidence Act:

34. ... shall extend and apply to Proceedings at Law on the Revenue Side of the Court; and any Proceeding at Law on the Revenue Side of the Court shall not, for the Purposes of this Act, be deemed a Criminal Proceeding within the Meaning of the said Sections and Act as extended and applied by the present Section.

This was reflected in the *The Customs Consolidation Act, 1876*, 39 & 40 Vict., c. 36, section 259 (U.K.):

259. If in any prosecution in respect of any goods seized for nonpayment of duties, or any other cause of forfeiture, or for the recovering of any penalty or penalties under the Customs Act, any dispute shall arise whether the duties of Customs have been paid in respect of such goods, or whether the same have been lawfully imported or lawfully unshipped, or concerning the place from whence such goods were brought, then and in every such case the proof thereof shall be on the defendant in such prosecution, and where any such proceedings are had in the Exchequer Division of the High Court of Justice on the Revenue side, the defendant shall be competent and compellable to give evidence.

Thus as far as the United Kingdom is concerned defendants in forfeiture claims under the *Customs Act* were by statute rendered both competent and compellable.¹⁶

On this side of the Atlantic, the first Customs Act (*An Act respecting the Customs*) enacted after confederation: S.C. 1867, c. 6 provided in section 102:

102. If the prosecution to recover any penalty or forfeiture imposed by this Act, or by any other law relating to the Customs or to Trade or Navigation, is brought in any Superior Court of Law in either of the Provinces of Ontario, Nova

¹⁶ The comments in *The King v. Doull*, [1931] Ex.C.R. 159 would appear to have been made without knowledge of the state of the United Kingdom law in 1897, in this regard.

Customs Consolidation Act, 1855, s'appliquent aux possessions *britanniques* situées à l'étranger: il est déclaré par les présentes que lesdites lois et les nombreuses dispositions qu'elles renferment sont applicables et pleinement exécutoires dans les diverses possessions *britanniques* situées à l'étranger, sauf lorsque lesdites lois prévoient expressément le contraire ... et sauf lorsque ces possessions auront prévu, par une loi ou une ordonnance locale et avec la sanction et l'approbation de Sa Majesté et de ses successeurs, des dispositions portant sur l'administration et la réglementation des douanes et de la navigation dans ces possessions, ou auront adopté de la même manière des dispositions expresses remplaçant ou modifiant l'une ou l'autre des dispositions desdites lois aux fins de leur application dans la possession.

En 1865, on a adopté *The Crown Suits, & c. Act, 1865* (28 & 29 Vict., chap. 104 (R.-U.)) qui portait (à l'article 34) que les articles 2 et 3 de la Evidence Act de 1851

[TRADUCTION] 34. ... s'étendent et s'appliquent aux procédures engagées devant la division de l'impôt de la Cour; et toute procédure engagée devant la division de l'impôt de la Cour ne doit pas être considérée, pour les fins de la présente loi, comme une procédure criminelle au sens desdits articles et de ladite Loi, dont l'application est étendue par le présent article.

Cela s'est répercuté dans *The Customs Consolidation Act, 1876*, 39 & 40 Vict., chap. 36, article 259 (R.-U.):

[TRADUCTION] 259. Si, dans toute poursuite relative à des marchandises saisies en raison du non paiement de droits ou pour toute autre cause de confiscation, ou visant le recouvrement de toute amende prévue dans les lois sur les douanes, il existe un différend quant aux questions de savoir si les droits de douane sur ces marchandises ont été payés, ou si celles-ci ont été importées et déchargées légalement ou encore, concernant le lieu d'origine desdites marchandises, le fardeau de la preuve incombe alors au défendeur à l'action; et lorsque ces procédures sont engagées devant la Division de l'Échiquier de la Haute Cour de justice, division de l'impôt, le défendeur est apte à témoigner et peut y être contraint.

Ainsi, au Royaume-Uni, les défendeurs dans des actions en confiscation fondées sur la *Customs Act* étaient, en vertu de la loi, aptes à témoigner et pouvaient y être contraints¹⁶.

De ce côté de l'Atlantique, la première Loi sur les douanes (*Acte concernant les Douanes*) adoptée après la confédération (S.C. 1867, chap. 6) prévoyait à l'article 102:

102. Si la poursuite pour recouvrer une amende ou une confiscation imposée par le présent, ou par toute autre loi relative aux douanes, au commerce ou à la navigation, est intentée dans une cour supérieure de loi dans l'une ou l'autre

¹⁶ Il semble que le juge qui a fait des observations dans l'affaire *The King v. Doull*, [1931] R.C.É. 159, ignorait l'état du droit à cet égard au Royaume-Uni en 1897.

Scotia or New Brunswick, it shall be heard and determined as prosecutions for penalties and forfeitures are heard and determined in Her Majesty's Court of Exchequer in England, in so far as may be consistent with the established course and practice of the Court in which the proceeding is instituted, and with any law relating to the procedure in such Province, in suits instituted on behalf of the Crown in matters relating to the Revenue; and any such practice and law shall apply to prosecutions for the recovery of forfeitures and penalties under this Act, in whatever Court they are instituted, so far as they can be applied thereto consistently with this Act, and the *venue* in any such case may be laid in any County in the Province in which the proceeding is had, without alleging that the offence was there committed. [Underlining added.]

This was carried forward in essentially the same form in the 1877 Act [*An Act to amend and consolidate the Acts respecting the Customs*] (S.C. 1877, c. 10, s. 103). In 1875 the Exchequer Court of Canada was created and in 1883 [*The Customs Act, 1883*, S.C. 1883, c. 12] the above noted sections of the Customs Act were amended (see sections 188, 190 and 191 of that Act) to become what are now sections 249, 251 and 252 in the present Act (sections 249 and 252 are set out above at page 11). Section 252 expressly provides that for forfeiture claims "the usual practice and procedure of the court in civil cases, insofar as such practice and procedure are applicable" shall apply.

In the light of this legislative history, it is my view that, in the absence of any overriding Charter provision, a defendant in a forfeiture claim under the *Customs Act* would be compellable. This being so there could be no underpinning on the basis of non-compellability to ground an immunity from discovery, at common law, as claimed by the defendants.

Paragraph 11(c) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms

It is necessary, then, to consider paragraph 11(c) of the Charter. I set it out again, for convenience:

11. Any person charged with an offence has the right

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

des provinces d'Ontario, de la Nouvelle-Ecosse ou du Nouveau Brunswick, elle sera instruite et décidée comme les poursuites pour amendes et confiscations sont instruites et décidées dans la cour d'échiquier de Sa Majesté, en Angleterre, en tant que la chose peut être compatible avec la pratique suivie dans la cour dans laquelle la poursuite est intentée, et avec toute loi relative à la procédure dans telle province, dans les poursuites instituées au nom de la Couronne en matières du ressort du revenu;—et la pratique et la loi ainsi suivies s'appliqueront aux poursuites en recouvrement de confiscations et d'amendes sous le présent acte, quelle que soit la cour dans laquelle elles seront instituées, en tant qu'elles peuvent s'y appliquer d'une manière compatible avec le présent acte, et la juridiction dans toutes telles poursuites appartiendra à tout comté de la province où elles auront été instituées, sans alléguer que c'est là que l'offense a été commise. [C'est moi qui souligne.]

Cette disposition a été reproduite sous la même forme dans la Loi de 1877 [*Acte pour amender et refondre les actes concernant les douanes*] (S.C. 1877, chap. 10, art. 103). En 1875, on a créé la Cour de l'Échiquier du Canada et en 1883 [*L'Acte des Douanes, 1883*, S.C. 1883, chap. 12], on a modifié les articles susmentionnés de la Loi sur les douanes (voir les articles 188, 190 et 191 de cet Acte) qui sont devenus les articles 249, 251 et 252 de la Loi actuelle (les articles 249 et 252 sont reproduits à la page 11). L'article 252 prévoit expressément que dans les actions en confiscation on applique «la pratique et [...] la procédure ordinaires de la cour dans les causes civiles, en tant que cette pratique et cette procédure sont applicables».

Compte tenu de l'historique de la législation, je suis d'avis que, en l'absence de toute disposition dérogoire de la Charte, le défendeur dans une poursuite en confiscation intentée en vertu de la *Loi sur les douanes* serait contraint à témoigner. C'est pourquoi on ne saurait invoquer le principe de la non-contrainabilité pour prétendre, sur le fondement de la *common law*, qu'on ne peut être soumis à un interrogatoire préalable, comme le soutiennent les défenderesses.

Alinéa 11c) de la Charte canadienne des droits et libertés

Il est maintenant nécessaire d'examiner l'alinéa 11c) de la Charte. Pour des raisons pratiques, en voici une nouvelle fois le texte:

11. Tout inculpé a le droit:

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche.

Counsel for the plaintiff argues that the section is intended to apply only to suits brought in the ordinary criminal courts by way of summary conviction or indictable offence. It is argued that this is clear from the use of the words "charged with an offence" and by the other provisions of section 11;¹⁷ that the defendants simply have not been charged with an offence; they have been sued by statement of claim for a debt owing; that the burden of proof applicable is not that applicable in criminal cases—the burden of proof is on the defendants; that the other trappings of a criminal proceeding are not in existence here; that revenue laws are a category apart; they are enforced by civil proceedings and paragraph 11(c) of the Charter was simply not meant to apply to them.

Counsel for the defendants, on the other hand argues that the substance of a deemed forfeiture action is the imposition of punishment for an offence; that the Charter provisions must be interpreted with reference to the purpose they were intended to serve; that to use the procedure employed as a criteria for determining the applicability of Charter rights is both inappropriate and creates a potential for abuse in allowing indirect denial of constitutionally protected rights. The decision of the Supreme Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at page 344 is cited:

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the Charter was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the Charter was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the Charter itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific

¹⁷ ie: paragraphs (c) and (d) contemplate a proceeding in which the crown must prove its case beyond a reasonable doubt; paragraph (e) contemplates a proceeding that may result in a person's imprisonment; paragraph (f) contemplates a proceeding that involves a jury trial; and paragraphs (g) and (h) contemplate a proceeding that results in a finding of guilt or innocence against someone.

Les avocats de la demanderesse allèguent que cet article ne doit s'appliquer qu'aux poursuites intentées devant les tribunaux ordinaires de juridiction criminelle, par voie de déclaration sommaire de culpabilité ou de mise en accusation. Ils prétendent que c'est ce qu'il ressort de l'emploi du terme «inculpé» («*charged with an offence*») et des autres dispositions de l'article 11¹⁷; que les défenderesses n'ont tout simplement pas été inculpées mais qu'une action en recouvrement de dette a été intentée contre elles par le dépôt d'une déclaration; que le fardeau de la preuve qui incombe aux défenderesses est différent de celui qui s'applique dans les affaires criminelles; que les autres éléments d'une procédure criminelle n'existent pas en l'espèce; que les lois fiscales font partie d'une catégorie à part et sont appliquées suivant les procédures civiles, et que l'alinéa 11c) de la Charte n'est tout simplement pas censé s'appliquer aux lois en question.

Les avocats des défenderesses soutiennent par contre que l'essence même d'une action en confiscation est l'imposition d'une peine en raison de la perpétration d'une infraction; qu'il faut interpréter les dispositions de la Charte en tenant compte du but qu'elles visaient; que la procédure suivie ne doit pas servir de critère pour déterminer si les droits conférés par la Charte s'appliquent et que cela peut créer des abus en permettant que l'on porte indirectement atteinte à des droits garantis par la constitution. Ils citent l'arrêt de la Cour suprême *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la page 344:

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la Charte consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la Charte doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la Charte elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté; des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits

¹⁷ C'est-à-dire que les alinéas c) et d) visent une procédure où la Couronne doit faire une preuve hors de tout doute raisonnable; l'alinéa e) vise une procédure qui peut entraîner l'emprisonnement d'une personne; l'alinéa f) concerne une procédure qui comporte un procès avec jury, et les alinéas g) et h) visent une procédure qui a pour résultat une déclaration de culpabilité ou un acquittement.

rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

With respect to the argument that section 11 contemplates only criminal proceedings in the strict sense of that term the following are cited: *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286 (B.C.S.C.), at page 287; *R. v. Mingo et al.* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23 (B.C.S.C.), at page 36; *Re James*, [1983] 2 W.W.R. 316 (B.C.S.C.), at page 319; *Belhumeur v. Discipline Ctee. of Que. Bar Assn.* (1983), 34 C.R. (3d) 279 (Que. S.C.); *Caisse Populaire Laurier D'Ottawa Ltée. v. Guertin et al. (No. 2)* (1983), 150 D.L.R. (3d) 541 (Ont. H.C.), at page 546; *R. v. Boron* (1983), 3 D.L.R. (4th) 238 (Ont. H.C.), at pages 242- 243; *R. v. Wooten* (1983), 9 C.C.C. (3d) 513 (B.C.S.C.), at page 516 and *Bowen v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 507 (C.A.), at page 509.

Some of these (the *James* and *Belhumeur* cases) have already been commented upon, *supra* pages 12 and 13. They are not really relevant to the fact situation in issue here. They pertained to situations where there were two (or more) separate legal consequences to two or more persons or groups of persons, arising out of one act.

The *Mingo* case, since it deals with penitentiary disciplinary offences, also falls, insofar as its facts are concerned, into this category. However, the legal issue being debated was whether there was an abuse of process because the defendant had been prosecuted both for *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] offences and for penitentiary disciplinary offences. In coming to the decision that there was no abusive process since the two actions were separate types of proceeding, ie. there was no double jeopardy, the following comment was made, at page 36:

The test of what constitutes an offence falls to be determined by examining the enactment and determining, in so far as

particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

À l'appui de l'argument suivant lequel l'article 11 ne vise que les procédures criminelles au sens strict de cette expression, on a cité les affaires suivantes: *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286 (C.S.C.-B.), à la page 287; *R. v. Mingo et al.* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23 (C.S.C.-B.), à la page 36; *Re James*, [1983] 2 W.W.R. 316 (C.S.C.-B.), à la page 319; *Belhumeur v. Discipline Ctee. of Que. Bar Assn.* (1983), 34 C.R. (3d) 279 (C.S. Qc); *Caisse Populaire Laurier D'Ottawa Ltée v. Guertin et al. (No. 2)* (1983), 150 D.L.R. (3d) 541 (H.C. Ont.), à la page 546; *R. v. Boron* (1983), 3 D.L.R. (4th) 238 (H.C. Ont.), aux pages 242 et 243; *R. v. Wooten* (1983), 9 C.C.C. (3d) 513 (C.S.C.-B.), à la page 516 et *Bowen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 507 (C.A.), à la page 509.

J'ai déjà commenté aux pages 12 et 13 quelques-unes de ces décisions (les affaires *James* et *Belhumeur*). Elles ne sont pas vraiment pertinentes eu égard aux faits de l'espèce. Il s'agissait de situations où un seul acte entraînait deux conséquences juridiques distinctes (ou plus), pour deux personnes ou groupes de personnes ou plus.

Parce qu'elle porte sur des infractions à la discipline dans les pénitenciers, l'affaire *Mingo* entre aussi dans cette catégorie en raison de ses faits. La question juridique en cause consistait cependant à déterminer s'il y avait eu abus de procédure étant donné que le défendeur avait été poursuivi à la fois pour des infractions au *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34] et pour des infractions à la discipline du pénitencier. Statuant qu'il n'y avait pas eu abus de procédure vu que les deux actions constituaient des procédures distinctes, c'est-à-dire qu'il n'y avait pas double incrimination, la cour a fait le commentaire suivant à la page 36:

[TRADUCTION] Pour établir ce qui constitue une infraction, il faut examiner les dispositions légales et déterminer, en ce qui a

federal legislation is concerned, if the allegation is dealt with by a court with jurisdiction to hear an indictable or summary conviction offence. In the case of provincial legislation, if the allegation is dealt with by a court with jurisdiction to hear an offence triable under the provisions of the *Offence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 305. [Underlining added.]

With respect, I do not think the test can be the jurisdiction of the court. It must be more closely linked to the nature or substance of the claim in issue. In any event, such test as applied to a customs forfeiture claim in the Federal Court would be inconclusive since section 3 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 provides that:

3. The court of law, equity and admiralty in and for Canada now existing under the name of the Exchequer Court of Canada is hereby continued under the name of the Federal Court of Canada as an additional court for the better administration of the laws of Canada and shall continue to be a superior court of record having civil and criminal jurisdiction. [Underlining added.]

The *Belcourt*, *Boron* and *Caisse Populaire Laurier* cases all deal with situations in which a criminal proceeding (without question) existed. The *Belcourt* and *Boron* cases dealt with the question of when a charge might be said to have been laid (laying of the information, arraignment or at an earlier time than both). The issue in those cases was whether or not the accused had been tried within a reasonable time after the charge had been laid. The *Caisse Populaire Laurier* case dealt with whether a civil claim by the Caisse against the defendant should be stayed pending the outcome of a criminal charge against the defendant arising out of the same fact situation. The case was concerned with the rules applicable after a charge had been laid and the effect, if any, that should have on the conduct of a parallel civil claim between private parties. In all three of these cases a criminal prosecution was in existence. There was no question arising as to the scope of the words "charged with an offence" as is in issue here. Thus, whatever may be said in those cases to the effect that section 11 covers criminal proceedings only must be considered as dicta.

trait aux lois fédérales, si l'allégation est soumise à une cour compétente pour connaître d'un acte criminel ou d'une infraction punissable après déclaration sommaire de culpabilité. Dans le cas de lois provinciales, il faut déterminer si l'allégation est soumise à une cour compétente pour connaître d'une infraction ^a qui peut entraîner une mise en accusation en vertu des dispositions du *Offence Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 305. [C'est moi qui souligne.]

En toute déférence, je ne pense pas que la compétence de la cour soit le critère applicable car celui-ci doit être plus étroitement lié à la nature ou à l'essence de la réclamation. De toute manière, un tel critère appliqué à une action en confiscation en matière de douane intentée devant la Cour fédérale ne serait pas concluant parce que l'article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, prévoit:

3. Le tribunal de *common law*, d'*equity* et d'amirauté du Canada existant actuellement sous le nom de Cour de l'Échiquier du Canada est maintenu sous le nom de Cour fédérale du Canada, en tant que tribunal supplémentaire pour la bonne application du droit du Canada, et demeure une cour supérieure d'archives ayant compétence en matière civile et pénale. [C'est moi qui souligne.]

Dans les affaires *Belcourt*, *Boron* et *Caisse Populaire Laurier*, il s'agissait (sans aucun doute possible) d'une procédure criminelle. Dans les causes *Belcourt* et *Boron*, il fallait déterminer ^f quand une accusation est censée avoir été portée (au moment du dépôt de la dénonciation, de la mise en accusation ou avant). Il s'agissait de déterminer si l'accusé avait été jugé dans un délai raisonnable après que l'accusation eut été portée. ^g Dans l'affaire *Caisse Populaire Laurier*, la cour devait statuer s'il y avait lieu de suspendre l'instruction d'une action intentée au civil par la Caisse contre ledit défendeur en attendant la décision sur une accusation portée au criminel contre le défendeur et découlant des mêmes faits. L'affaire portait sur les règles applicables lorsqu'une accusation a été portée et sur l'effet que celle-ci aurait, le cas échéant, sur l'action parallèle intentée au civil entre particuliers. Dans ces trois affaires, une poursuite avait été intentée au criminel. Il n'était pas question de la portée du terme "inculpé" comme c'est le cas en l'espèce. On doit donc considérer que tous les commentaires faits dans ces affaires pour confirmer que l'article 11 ne s'applique qu'aux procédures criminelles ne constituent que des opinions incidentes. ^j

The *Wooten* and *Bowen* decisions I find more helpful. They both deal with proceedings under the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52] and consider whether a person who is compelled to attend and testify with respect thereto is being compelled in contravention of paragraph 11(c) of the Charter. In both decisions it was held that there was no abrogation of paragraph 11(c). In coming to those decisions the courts focussed on the nature of the inquiry, not on the jurisdiction of the court, not solely on the type of proceeding being used to determine the issue in question.¹⁸ It was held that the purpose of the immigration enquiry was to determine a person's status under the *Immigration Act, 1976*, it was not to accuse him or her of an offence and mete out punishment therefor.

Mr. Justice MacDonald in the *Wooten* case did rely, as well, on the fact that the immigration proceedings were civil in nature. He commented that paragraph "11(c) recognises and affirms the historical distinction between civil and criminal proceedings with respect to compellability" (at page 516). He expressed the view that "s. 11(c) is not intended to apply to civil proceedings."

With respect I do not share the view that the nature of the proceeding chosen can in all cases be determinative. I accept that the main thrust of section 11 was clearly intended to be that it apply to proceedings in, what counsel described as, the ordinary criminal courts. At the same time, however, section 11 is not expressly limited to criminal proceedings. The marginal note to section 11 of the Charter refers to "Proceedings in criminal and penal matters". The claim in issue here, though clothed in civil proceedings, is clearly penal. It is not similar to the enquiries under the Immigration Act dealt with in *Wooten* and *Bowen*.

¹⁸ A focus on the purpose of the claim coincides with the analysis done by O. Hood Phillips in his treatise *A First Book of English Law*, (6th ed., 1970) at pp. 247-248 where he tries to define the difference between criminal offences and civil wrongs.

J'estime que les décisions rendues dans les affaires *Wooten* et *Bowen* sont plus utiles. Il y était question de procédures engagées en vertu de la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, chap. 52] et il fallait déterminer si le fait de contraindre une personne à se présenter à une enquête et à y témoigner contrevient à l'alinéa 11(c) de la Charte. Dans ces deux affaires, les cours ont statué qu'on n'avait pas abrogé l'alinéa 11(c). Pour arriver à cette conclusion, elles ont mis l'accent sur la nature de l'enquête et non pas sur la compétence de la cour ni uniquement sur le genre de procédure employée pour trancher le litige¹⁸. Elles ont statué que le but d'une enquête en matière d'immigration était de déterminer le statut d'une personne en vertu de la *Loi sur l'immigration de 1976* et non pas de l'accuser d'une infraction et de lui infliger une peine en conséquence.

Dans l'affaire *Wooten*, le juge MacDonald s'est aussi fondé sur le fait que les procédures d'immigration sont par leur nature civiles. Il a fait remarquer que l'alinéa [TRADUCTION] «11c) reconnaît et confirme la différence historique qui existe entre les procédures civiles et les procédures criminelles en ce qui a trait à la contraignabilité» (à la page 516). Il s'est dit d'avis que [TRADUCTION] «l'art. 11c) n'est pas censé s'appliquer aux procédures civiles».

En toute déférence, je ne suis pas d'accord pour dire que la nature des procédures choisies peut, dans tous les cas, être déterminante. Je reconnais que l'article 11 était clairement censé s'appliquer aux procédures engagées, comme l'ont dit les avocats, devant les tribunaux ordinaires de juridiction criminelle. Mais, il faut dire en même temps que l'article 11 ne se limite pas expressément aux procédures criminelles. La note marginale qui accompagne l'article 11 de la Charte indique «Affaires criminelles et pénales». Bien qu'elle revête la forme d'une procédure civile, il est manifeste que la présente action est pénale. Elle diffère des enquêtes faites en application de la Loi sur l'immigration, dont il était question dans les affaires *Wooten* et *Bowen*.

¹⁸ L'accent mis sur le but de la réclamation correspond à l'analyse faite par O. Hood Phillips dans son traité intitulé *A First Book of English Law*, (6^e éd., 1970), aux pp. 247 et 248, où il essaie d'établir la différence entre les infractions criminelles et les délits civils.

But most significant in my view, indeed the crucial aspect of this case, is the fact that sections 180 and 192 of the *Customs Act* provide for parallel methods of enforcement of the penalties sought to be imposed: one through indictment or summary conviction in the ordinary criminal courts (to which forfeiture might be an adjunct), the other through "deemed forfeiture" by way of a debt proceeding in the Federal Court (coupled, in this case, with a claim for duties and taxes outstanding). I cannot accept that the Crown's right to elect which procedure it will follow should determine the defendant's constitutional rights.

I would indicate that I do not find the plaintiff's argument that because the burden of proof is on the defendants, by virtue of section 248 of the *Customs Act*, the proceeding is one outside the scope of section 11. This to me is a "bootstraps argument". If the "deemed forfeiture" proceeding is governed by paragraph 11(c), then paragraph 11(d) might also apply. It is not a compelling argument to say that because Parliament has imposed a reverse onus provision on the defendants, and therefore by statute dictated (or tried to dictate) that paragraph 11(d) does not apply, the action should not be considered to come within paragraph 11(c).

I was referred to Mr. Justice Rouleau's decision in *R. v. Taylor*, [1985] 1 F.C. 331 (T.D.), at pages 339-340 where he characterized penalty sections under the *Income Tax Act* [R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1)] as civil proceedings, not quasi-criminal. The decision did not deal with the Charter; it was concerned with the statutory interpretation of the *Income Tax Act* and the question of which party, the plaintiff or the defendant should present its case first. I am asked to draw the inference from that decision that section 11 of the Charter only applies to ordinary criminal proceedings. I do not do so. Also, I note that there are cases of this Court which indicate the contrary: *Russell v. Radley*, [1984] 1 F.C. 543 (T.D.) (a penitentiary disciplinary offence); *Cutter (Can.) Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of*

Mais ce qui est plus important à mon avis et qui constitue en fait l'élément crucial de l'espèce, c'est que les articles 180 et 192 de la *Loi sur les douanes* prévoient des méthodes parallèles pour obtenir le paiement des amendes qu'on cherche à imposer: l'une consiste en la mise en accusation ou la déclaration sommaire de culpabilité devant les tribunaux ordinaires de juridiction criminelle (ce à quoi peut s'ajouter la confiscation), l'autre est la «confiscation présumée» par voie d'une action en recouvrement d'une dette engagée devant la Cour fédérale (jumelée en l'espèce à une réclamation des droits et taxes non payés). Je ne peux admettre que le droit de la Couronne de choisir la procédure qu'elle suivra devrait déterminer les droits constitutionnels du défendeur.

J'ajouterai que je ne suis pas d'accord avec la demanderesse qui affirme qu'étant donné que le fardeau de la preuve incombe aux défenderesses en vertu de l'article 248 de la *Loi sur les douanes*, la procédure n'est pas visée par l'article 11. Il s'agit selon moi d'un [TRADUCTION] «argument sans fondement». Si la procédure de «confiscation présumée» est régie par l'alinéa 11c), l'alinéa 11d) devrait alors s'appliquer lui aussi. Je ne trouve pas convaincant l'argument suivant lequel on devrait considérer que l'action n'est pas visée par l'alinéa 11c) parce que le législateur fédéral a imposé aux défenderesses une disposition inversant la charge de la preuve et, par conséquent, a prescrit (ou a essayé de prescrire) dans la loi que l'alinéa 11d) ne s'applique pas.

On a invoqué la décision du juge Rouleau dans l'affaire *R. c. Taylor*, [1985] 1 C.F. 331 (1^{re} inst.), aux pages 339 et 340, où il a qualifié les articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.R.C. 1952, chap. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1)] prévoyant des pénalités de procédures civiles et non de procédures quasi pénales. Cette décision ne portait pas sur la Charte; elle concernait l'interprétation statutaire de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la question de savoir quelle partie, de la demanderesse ou du défendeur, devait présenter sa preuve en premier. On me demande de conclure à partir de cette décision que l'article 11 de la Charte ne s'applique qu'aux procédures criminelles ordinaires. Je ne suis pas disposée à le faire. Je souligne également que cette Cour a rendu des décisions qui indiquent tout le contraire: *Russell c.*

Can. Ltd. (1984), 3 C.I.P.R. 143 (F.C.A.) (contempt of court proceedings). See also: *R. v. Cohn* (1984), 15 C.C.C. (3d) 150 (Ont. C.A.) especially at pages 160-161. In addition, the reasoning of Mr. Justice Sinclair in *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R. (4th) 389 (Alta. Q.B.) is instructive, even though the result reached in that case may be against the developing trend as exhibited in the jurisprudence generally in the *Belhumeur*, *Re James* and *Wigglesworth* cases (*supra* page 12).

Thus, the conclusion I have come to is that in the present circumstances, paragraph 11(c) applies to the proceedings in the Federal Court, at least insofar as the "deemed forfeiture" is concerned.

Reasonable Limits Prescribed By Law

The plaintiff argues that revenue laws are a category apart and that procedures not normally sanctioned are both required and appropriate in dealing with infractions thereof. This argument relates to section one of the Charter which provides that the constitutional guarantees set out in the Charter shall be:

1. ... subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

While the plaintiff's argument, as a generality (insofar as it relates to all aspects of all revenue laws), may be too broad, I think it is well founded insofar as it relates to discovery being sought from the officers of the two corporate defendants in this case. Counsel for the defendants cites the Supreme Court decision in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 as setting forth the criteria applicable. Chief Justice Dickson at pages 138-139 states:

First, the objective, which the measures responsible for a limit on a Charter right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" ... It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Radley, [1984] 1 C.F. 543 (1^{re} inst.) (infraction à la discipline dans les pénitenciers); *Cutter (Can.) Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Can. Ltd.* (1984), 3 C.I.P.R. 143 (C.A.F.) (procédures d'outrage au tribunal). Voir aussi: *R. v. Cohn* (1984), 15 C.C.C. (3d) 150 (C.A. Ont.), en particulier aux pages 160 et 161. En outre, le raisonnement du juge Sinclair dans l'affaire *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R. (4th) 389 (B.R. Alb.) est instructif même si le résultat de cette affaire est contraire à la tendance généralement suivie dans la jurisprudence dans les affaires *Belhumeur*, *Re James* et *Wigglesworth* (voir plus haut page 12).

Par conséquent, je conclus que, dans les circonstances de l'espèce, l'alinéa 11c) s'applique aux procédures engagées devant la Cour fédérale, du moins en ce qui concerne la «confiscation présumée».

Limites raisonnables prévues par une règle de droit

La demanderesse soutient que les lois fiscales entrent dans une catégorie à part et que des procédures qui ne sont pas normalement sanctionnées sont nécessaires et appropriées pour que l'on puisse statuer sur les infractions auxdites lois. Cet argument se fonde sur l'article premier de la Charte qui prévoit que les garanties constitutionnelles qui y sont prévues

1. ... ne peuvent être restreint[e]s que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Même si l'argument de la demanderesse (dans la mesure où il concerne tous les aspects de toutes les lois fiscales) est peut-être trop général, j'estime qu'il est bien fondé pour ce qui est de l'interrogatoire préalable que l'on cherche à faire subir aux membres de la direction des deux sociétés défenderesses en l'espèce. Les avocats des défenderesses affirment que la décision de la Cour suprême dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 énonce les critères applicables. Le juge en chef Dickson dit aux pages 138 et 139:

En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» ... Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

In the first place the limit on the right not to be compelled to be a witness is clearly "prescribed by law": section 252 of the *Customs Act* read together with the *Federal Court Act* and Rules, particularly Rule 465. Secondly, the objective which the statutory measures as a whole are designed to serve are important to the body politic as a whole. They are at least two in number: the collection of revenue and the controlling of the movement of goods across borders, for various protective reasons such as economic protection to local industries. Mr. Justice Dubé in *Allardice v. R.*, [1979] 1 F.C. 13 (T.D.), at page 22, wrote:

The purpose of the Act, obviously, is not to facilitate the entry of foreign goods into Canada. Its true intent is twofold: to protect the Canadian industry and to raise revenue. Subsection 2(3) prescribes a liberal construction for the protection of revenue. It reads:

2. ...

(3) All the expressions and provisions of this Act, or of any law relating to the customs, shall receive such fair and liberal construction and interpretation as will best ensure the protection of the revenue and the attainment of the purpose for which this Act or such law was made, according to its true intent, meaning and spirit.

The objectives of the more specific provision in issue, ie: the compelling of discovery, have to be considered in the context of the legislative measure in which they are found: that is a taxation system based on a system of self-reporting and self-assess-

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, sopeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Premièrement, la limite apportée au droit de ne pas être contraint de témoigner constitue manifestement «une règle de droit» si on lit l'article 252 de la *Loi sur les douanes* en corrélation avec les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* et les Règles, en particulier la Règle 465. Deuxièmement, les objectifs visés par les mesures législatives sont importants pour l'État dans son ensemble et sont au moins au nombre de deux: la perception de revenus et la réglementation du mouvement des marchandises d'un côté à l'autre des frontières pour diverses raisons de prévention telles que la protection économique des industries locales. Dans *Allardice c. R.*, [1979] 1 C.F. 13 (1^{re} inst.), le juge Dubé a dit à la page 22:

Évidemment, la *Loi sur les douanes* ne vise pas à faciliter l'entrée de marchandises étrangères au Canada. Elle vise effectivement un double but: la protection de l'industrie canadienne et l'accroissement du revenu fiscal. Le paragraphe 2(3) prescrit l'interprétation libérale la plus propre à assurer la protection du revenu. En voici le libellé:

2. ...

(3) Toutes les expressions et dispositions de la présente loi ou de toute loi relative aux douanes doivent recevoir, suivant leurs véritables sens, intention et esprit, l'interprétation équitable et libérale la plus propre à assurer la protection du revenu et la réalisation des objets pour lesquels la présente loi ou cette loi a été édictée.

Il faut examiner les objectifs de la disposition en cause, soit l'obligation de répondre à l'interrogatoire préalable, dans le cadre de la mesure législative où elle se situe, c'est-à-dire un système d'imposition fondé sur la déclaration volontaire et

ment. In that regard a decision of the United States Supreme Court was cited to me: *United States v. Bisceglia*, 420 U.S. 141 (1975). Quoting from pages 145-146:

... our tax structure is based on a system of self-reporting. There is legal compulsion, to be sure, but basically the Government depends upon the good faith and integrity of each potential taxpayer to disclose honestly all information relevant to tax liability. Nonetheless, it would be naive to ignore the reality that some persons attempt to outwit the system, and tax evaders are not readily identifiable. Thus, § 7601 gives the Internal Revenue Service a broad mandate to investigate and audit "persons who may be liable" for taxes and § 7602 provides the power to "examine any books, papers, records, or other data which may be relevant ... [and to summon] any person having possession ... of books of account ... relevant or material to such inquiry." Of necessity, the investigative authority so provided is not limited to situations in which there is probable cause, in the traditional sense, to believe that a violation of the tax laws exists. *United States v. Powell*, 379 U.S. 48 (1964). The purpose of the statutes is not to accuse, but to inquire. Although such investigations unquestionably involve some invasion of privacy, they are essential to our self-reporting system, and the alternatives could well involve far less agreeable invasions of house, business, and records.

We recognize that the authority vested in tax collectors may be abused, as all power is subject to abuse. However, the solution is not to restrict that authority so as to undermine the efficacy of the federal tax system, which seeks to assure that taxpayers pay what Congress has mandated and to prevent dishonest persons from escaping taxation thus shifting heavier burdens to honest taxpayers.

Similarly, in the United Kingdom extensive discovery in revenue matters is countenanced despite the fact that such could be said to be self-incriminating. In *Customs and Excise Comrs. v. Ingram*, [1948] 1 All E.R. 927 (C.A.), at page 929 Lord Goddard, C.J. stated:

The only other matter which, I think, I need deal with is the point which counsel for the defendants has argued, that the court would not order the production of documents which may incriminate the subject. In my opinion, one cannot make any such limitation here. The very object of the Finance Act, 1946, in the sections which relate to this matter, is to give to the Crown the power of investigating a person's accounts and so forth to see whether he is defrauding the Revenue by not paying that which he ought to pay. To my mind, no new principle here is introduced into the law. It is said that this is compelling a man to incriminate himself or putting an onus on

l'autocotisation. On a cité à cet égard une décision de la Cour suprême des États-Unis: *United States v. Bisceglia*, 420 U.S. 141 (1975). Voici le texte des pages 145 et 146:

a [TRADUCTION] ... nos structures fiscales reposent sur un système de déclaration volontaire. Bien sûr, la loi oblige les contribuables à faire de telles déclarations, mais le gouvernement compte sur la bonne foi et l'intégrité de chaque contribuable potentiel pour qu'il divulgue honnêtement tous les renseignements pertinents à l'impôt qu'il doit payer. Il serait néanmoins naïf de ne pas tenir compte du fait que certaines personnes essaient de déjouer le système et que les fraudeurs fiscaux ne sont pas faciles à identifier. C'est pourquoi § 7601 donne au Service du revenu intérieur [Internal Revenue Service] un mandat général pour faire enquête et vérifier les déclarations des «personnes qui peuvent être assujetties» à l'impôt et en outre, § 7602 lui confère le pouvoir d'examiner tous les livres, documents, registres ou toutes les autres données qui peuvent être utiles ... [et d'assigner] toute personne ayant en sa possession ... des livres de comptabilité ... pertinents ou importants pour une telle enquête. Par la force des choses, le pouvoir d'enquête ainsi conféré ne se limite pas aux situations où il existe une cause probable, au sens traditionnel, de croire qu'il y a violation des lois fiscales. *United States v. Powell*, 379 U.S. 48 (1964). Le but des lois n'est pas d'accuser mais de faire enquête. Même si de telles enquêtes entraînent indiscutablement une certaine atteinte à la vie privée, elles sont essentielles pour l'existence de notre système de déclaration volontaire et les solutions de rechange possibles pourraient très bien comporter des intrusions beaucoup moins agréables dans les résidences, les entreprises et les registres.

Nous reconnaissons qu'il peut y avoir un emploi abusif du pouvoir conféré aux personnes chargées du recouvrement de l'impôt comme c'est le cas de tout pouvoir. La solution ne consiste toutefois pas à restreindre ce pouvoir de manière à diminuer l'efficacité du système fédéral d'imposition dont le but est de faire en sorte que les contribuables paient ce que le Congrès exige et d'empêcher que des personnes malhonnêtes échappent au paiement de l'impôt, entraînant ainsi des charges plus lourdes pour les contribuables honnêtes.

De même, on permet au Royaume-Uni de procéder à des interrogatoires préalables approfondis en matière fiscale malgré le fait qu'ils pourraient être auto-incriminants. Dans l'affaire *Customs and Excise Comrs. v. Ingram*, [1948] 1 All E.R. 927 (C.A.), le juge en chef lord Goddard a dit à la page 929:

[TRADUCTION] À mon avis, la seule autre question que je dois examiner est l'argument de l'avocat des défendeurs suivant lequel la cour ne saurait ordonner la production de documents qui peuvent incriminer la personne en cause. On ne peut, selon moi, apporter une telle restriction en l'espèce. L'objet même des articles de la Finance Act, 1946 qui portent sur cette question est de conférer à la Couronne le pouvoir de faire enquête sur les comptes d'une personne et de déterminer ainsi si elle fraude le revenu en ne payant pas ce qu'elle doit. Il ne s'agit pas là, à mon avis, d'un nouveau principe de droit. On prétend que cela force la personne à s'incriminer ou lui impose l'obligation de

a man to show that he has not been committing an offence, but, it is quite a commonplace of legislation designed to protect the revenue of the Crown, as it is realised that all the information must generally be within the knowledge of the taxpayer or the subject, to put an onus on him or to oblige him to do certain things which may have the effect of incriminating him.

Not only do I think the objective of compelling discovery in this case is sufficiently important to meet the tests set out by the Supreme Court in the *Oakes* case, I think the means are reasonably proportional to the objectives sought. Chief Justice Dickson in the *Oakes* case *supra*, indicated that “the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances”. In this case the proceedings are civil; there is no liability for imprisonment, although the monetary penalties are high. One could not say that what was being sought was “arbitrary or unfair”. No more is required of the defendants than would be required of a person in ordinary commercial litigation as between private parties. There is a proportionality and rational link between the effects and objectives of the measure. Whatever might be said about some of the other aspects of the “deemed forfeiture” procedures under the *Customs Act*, I think those requiring discovery from the officers of the defendant corporations are “reasonable limits” on the right of non-compellability set out in paragraph 11(c), which are “demonstrably justified in a free and democratic society”.

Officers of a Corporation

The fundamental distinction on which counsel for the defendants bases his whole argument in this case is that drawn by Mr. Justice Arnup in *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 204 (Ont. C.A.). It was there held that on an examination for discovery an officer being examined speaks “for” the company (is the mouthpiece of the company), while as a witness at trial such an officer

prouver qu'elle n'a pas commis d'infraction; mais c'est là l'effet ordinaire de dispositions législatives destinées à protéger les revenus de la Couronne, car on se rend compte que, en général, le contribuable ou le sujet en cause doit avoir connaissance de tous les renseignements pour qu'on lui impose l'obligation de faire certaines choses qui pourraient avoir pour effet de l'incriminer . . .

Non seulement j'estime que le fait de soumettre des personnes à un interrogatoire préalable en l'espèce constitue un but suffisamment important pour satisfaire aux critères dégagés par la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes*, mais je crois que les moyens sont raisonnablement proportionnels aux objectifs recherchés. Dans l'arrêt *Oakes*, précité, le juge en chef Dickson a indiqué que «la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances». En l'espèce, les procédures sont de nature civile; aucune peine d'emprisonnement n'est prévue même si le montant des amendes est élevé. On ne pourrait prétendre que ce qui est recherché était «arbitraire ou inéquitable». Il n'est exigé des défenderesses rien de plus que ce qui serait requis d'une personne dans un litige ordinaire à caractère commercial mettant aux prises des particuliers. Il y a lien rationnel et proportionnalité entre les effets et les objets de la mesure. Quoique l'on puisse dire au sujet de certains autres aspects des procédures de la «confiscation présumée» effectuée en vertu de la *Loi sur les douanes*, j'estime que les dispositions soumettant les membres de la direction des sociétés défenderesses à un interrogatoire préalable sont des «limites raisonnables» apportées au droit à la non-contrainabilité énoncé à l'alinéa 11c), «dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Membres de la direction d'une société

La distinction essentielle qui sert de fondement à l'argumentation des avocats des défenderesses a été établie par le juge Arnup dans l'affaire *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 204 (C.A. Ont.). Le juge a statué qu'un membre de la direction qui est soumis à un interrogatoire préalable parle [TRADUCTION] «au nom de» la société (il est le porte-parole de la société) alors qu'en tant que témoin au procès, ledit membre ne parle pas «au

does not speak "for" the corporation.¹⁹ He may be required to testify but in that capacity he does so as any other witness is required to do. It is only on the basis of this distinction that one can make any argument that discovery of the officers of the defendant corporations is a *prima facie* infringement of paragraph 11(c) of the Charter. An application for leave to appeal the decision in the *Corning Glass* case to the Supreme Court was dismissed January 26, 1971 [[1971] S.C.R. viii].

There is some indication that where the corporation is a "one-man" corporation there is an exception to the rule set out in the *Corning Glass* case: *R. v. Paterson (N.M.) and Sons Ltd.*, [1979] 1 W.W.R. 5 (Man. C.A.). As counsel for the plaintiff noted on the initial hearing of this motion, however, from the material filed, it is clear that the officers in question in this case do not fall into that category.

Thus, the only effect of refusing to order the officers of the corporation to appear for discovery in the present case would be to postpone the obtaining of their evidence until trial. In such circumstances, even if I were wrong with respect to the appropriateness of ordering discovery, it would not be appropriate to refuse discovery outright. It would be appropriate for the Court to use the authority accorded to it by section 252 of the *Customs Act* and adapt the applicable rules of procedure. At the most, the defendants should be subject to an order requiring them to produce the requested officer for discovery, but qualifying the weight to be given to evidence so produced as not "binding" on the corporation. The answers would be taken as having the same weight that they would have at trial.

¹⁹ While it may be a bit of an overstatement to say that answers given on discovery by an officer of a corporation "bind" the corporation, since evidence contradicting what was said can always be adduced at trial by the corporation, the distinction is well settled in the jurisprudence. I can find no reason to think that the position of an officer appearing for a corporation is different under the *Federal Court Rules* than as described by Arnup, J. with respect to those of Ontario.

nom de» la société¹⁹. On peut exiger qu'il témoigne mais, à ce titre, il ne fait que ce qui est requis de tout autre témoin. Ce n'est que sur le fondement de cette distinction qu'on peut peut-être prétendre que l'interrogatoire préalable des membres de la direction des sociétés défenderesses contrevient *prima facie* à l'alinéa 11c) de la Charte. Une demande d'autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême de la décision rendue dans l'affaire *Corning Glass* a été rejetée le 26 janvier 1971 [[1971] R.C.S. viii].

L'affaire *R. v. Paterson (N.M.) and Sons Ltd.*, [1979] 1 W.W.R. 5 (C.A. Man.) indique que lorsqu'il s'agit d'une société à personne unique, il y a exception à la règle énoncée dans l'affaire *Corning Glass*. Toutefois, comme les avocats de la demanderesse l'ont souligné lors de la première audition de la présente requête, il ressort de la preuve soumise que les membres de la direction en cause en l'espèce n'entrent pas dans cette catégorie.

Ainsi, le refus en l'espèce d'ordonner aux membres de la direction des sociétés de se présenter à l'interrogatoire préalable aurait pour seul effet de repousser leur témoignage jusqu'au procès. Compte tenu des circonstances, même si j'avais tort d'ordonner la tenue d'un interrogatoire préalable, il ne serait pas approprié de refuser catégoriquement la tenue d'un tel interrogatoire. La Cour devrait utiliser le pouvoir que lui confère l'article 252 de la *Loi sur les douanes* pour adapter les règles de procédure applicables. Les défenderesses pourraient tout au plus faire l'objet d'une ordonnance leur enjoignant de présenter à l'interrogatoire préalable la personne choisie parmi les membres de leur direction et indiquant que les témoignages ainsi fournis ne «lient» pas la société. Les réponses données auraient la même force probante que si elles avaient été obtenues au procès.

¹⁹ Même s'il peut être exagéré d'affirmer que les réponses données au cours de l'interrogatoire préalable par un membre de la direction d'une société «lient» cette dernière, étant donné qu'il est toujours possible pour la société de présenter au procès des éléments de preuve contredisant ce qui a été dit, cette distinction est bien établie dans la jurisprudence. Je n'ai aucune raison de croire que la position d'un membre de la direction d'une société comparaisant au nom de celle-ci est différente en vertu des *Règles de la Cour fédérale* de celle décrite par le juge Arnup relativement aux règles de l'Ontario.

Determination of the Issue—Premature?

One last argument remains to be considered. Counsel for the plaintiff referred me to the Court of Appeal decision in *Cutter (Can.) Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Can. Ltd.* (1984), 3 C.I.P.R. 143 (F.C.A.). That case dealt with an attempt to invalidate a show cause order which issued to require certain defendants to demonstrate why they were not in contempt of a court order. The show cause order was challenged on the ground that the affidavit evidence in support of the application for the order had contained evidence from an earlier related proceeding and therefore was in contravention of section 13 of the Charter. The Court of Appeal held that the show cause order was comparable to a “summons” and that at that stage of the proceedings it was difficult to see how it could be said that the affidavit material was being used “to incriminate” the defendants.

Mr. Justice Urie, speaking for the Court, expressed the view, at page 153:

On the return of that order, proof must be made to support the allegations of contempt. The evidence adduced, or attempted to be adduced, in support of that proof may be challenged as violating s. 13, in which event the trial Judge will be required to make a ruling thereon. As I see it, there cannot be incriminatory evidence until the trial. To give the word “incriminate” the broad meaning which would be required if the affidavit evidence was said to be incriminating, would extend its meaning beyond that which it bears. [Underlining added.]

The plaintiff argues that similarly in this case there can be no incriminating evidence until trial and that to make a decision on the defendants’ argument now would be premature.

I cannot accept that contention. I do not think the *Cutter* decision applies to this case. I do not think it applies so broadly as to establish a rule that a Charter issue, such as one under section 13 or paragraph 11(c), should not be determined at the examination for discovery stage. The examination for discovery stage is more closely linked to the trial process than is the summons procedure from which a show cause order issues. Also, an extension of the *Cutter* decision, as contended for by the plaintiff would not coincide with the multi-

Est-il prématuré de statuer sur le litige?

Il reste un dernier argument à examiner. Les avocats de la demanderesse ont invoqué l’arrêt de la Cour d’appel *Cutter (Can.) Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Can. Ltd.* (1984), 3 C.I.P.R. 143 (C.A.F.). Dans cette affaire, on a tenté de faire annuler une ordonnance de justification qui enjoignait à certaines des défenderesses de prouver pourquoi elles ne s’étaient pas rendues coupables d’outrage au tribunal. L’ordonnance de justification a été attaquée pour le motif que l’affidavit produit au soutien de la demande d’ordonnance contenait des éléments de preuve se rapportant à une procédure antérieure, ce qui, par conséquent, contrevient à l’article 13 de la Charte. La Cour d’appel a statué qu’on pouvait comparer l’ordonnance de justification à une «assignment» et qu’à ce stade des procédures, il était difficile de voir comment on pouvait prétendre que l’affidavit servait à «incriminer» les défenderesses.

Parlant au nom de la Cour, le juge Urie a dit à la page 153:

La preuve à l’appui des allégations d’outrage au tribunal doit être présentée pendant l’audition relative à cette ordonnance. Les éléments de preuve qui ont été soumis ou que l’on a tenté de soumettre à l’appui de cette preuve peuvent alors être contestés au motif qu’ils contreviennent à l’article 13, auquel cas le juge de première instance aura à trancher la question. Selon moi, on ne saurait parler d’élément de preuve incriminant avant l’instruction. On attribuerait au verbe «incriminer» un sens trop large en lui reconnaissant la portée extensive nécessaire pour considérer incriminant la preuve sous forme d’affidavit. [C’est moi qui souligne.]

En l’espèce, la demanderesse allègue de même qu’il ne peut y avoir d’élément de preuve incriminant avant le procès et qu’il serait prématuré de statuer maintenant sur l’argument des défenderesses.

Je ne peux pas souscrire à ce point de vue. Je ne crois pas que la décision rendue dans l’affaire *Cutter* s’applique en l’espèce. Elle ne peut s’appliquer de manière générale au point d’établir une règle suivant laquelle une question portant sur la Charte, notamment sur l’article 13 ou l’alinéa 11c), ne devrait pas être tranchée au stade de l’interrogatoire préalable. Celui-ci est davantage relié au procès que ne l’est l’assignment qui donne lieu à une ordonnance de justification. De plus, si on étendait l’application de l’affaire *Cutter* comme le demande la demanderesse, cela ne concorderait

tude of decisions from earlier days²⁰ which have dealt with questions of privilege, forfeiture and penalty at the discovery stage.

Conclusion

Accordingly, for the reasons given an order will issue requiring the defendants to produce the requested officers for discovery.

pas avec la multitude de décisions antérieures²⁰ qui ont traité des questions de privilège, de confiscation et d'amende au stade de l'interrogatoire préalable.

^a Conclusion

^b Pour les motifs qui précèdent, je rendrai donc une ordonnance enjoignant aux défenderesses de présenter à l'interrogatoire préalable les personnes désignées parmi les membres de leur direction.

²⁰ See for example: *The King v. Doull*, [1931] Ex.C.R. 159, at p. 161.

²⁰ Voir par exemple, *The King v. Doull*, [1931] R.C.É. 159 à la p. 161.