

A-1292-83

A-1292-83

John A. Ziegler, Maple Leaf Gardens Limited, Northstar Hockey Partnership, Le Club de Hockey Canadien Inc., Meadowlanders Inc., Nassau Sports Limited, New York Rangers Hockey Club, Philadelphia Hockey Club Inc., Pittsburgh Penguins Inc., Le Club de Hockey les Nordiques (1979) Inc., Boston Professional Hockey Association Inc., Niagara Frontier Hockey Corporation, Calgary Flames Hockey Club, Chicago Blackhawk Team Inc., Detroit Red Wings Inc., Edmonton World Hockey Enterprises Ltd., Hartford Whalers Hockey Club, California Sports, Washington Hockey Limited Partnership, 8 Hockey Ventures Inc., Northwest Sports Enterprises Limited, John Krumpe, Paul Martha, Marcel Aubut, Paul Mooney, Robert Swados, William Wirtz, Brian O'Neill, Seymour Knox, Michael Ilitch, Howard Baldwin, Dr. Gerry Buss, George Gund, Robert Butera, Harold Ballard, and Barry Shenkarow (*Appellants*)

v.

Lawson A. W. Hunter, Director of Investigation and Research appointed under the *Combines Investigation Act* and O. G. Stoner, the Chairman of the Restrictive Trade Practices Commission appointed under the *Combines Investigation Act* (*Respondents*)

Court of Appeal, Le Dain, Marceau and Hugessen, JJ.—Montreal, October 27, 28; Ottawa, November 29, 1983.

*Evidence — Subpoenas under Combines Investigation Act s. 17 requiring production of extensive documentation — S. 17 not violating Bill of Rights s. 2(d) protection against self-incrimination — Common law protection against giving of testimony abolished — S. 2(d) and Canada Evidence Act s. 5 protecting against subsequent use — Ss. 5, 2(d) not protecting in respect of compelled production of documents — Derivative evidence — Charter s. 13 providing requisite protection — Whether s. 17 order search or seizure as per Charter s. 8 — Whether seizure unreasonable — No violation of s. 8 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 17(1), 20(2) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 8) — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 2(d) — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5 — 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. 8, 13, 26 — U.S. Const., Amends. IV, V.*

John A. Ziegler, Maple Leaf Gardens Limited, Northstar Hockey Partnership, Le Club de Hockey Canadien Inc., Meadowlanders Inc., Nassau Sports Limited, New York Rangers Hockey Club, Philadelphia Hockey Club Inc., Pittsburgh Penguins Inc., Le Club de Hockey les Nordiques (1979) Inc., Boston Professional Hockey Association Inc., Niagara Frontier Hockey Corporation, Calgary Flames Hockey Club, Chicago Blackhawk Team Inc., Detroit Red Wings Inc., Edmonton World Hockey Enterprises Ltd., Hartford Whalers Hockey Club, California Sports, Washington Hockey Limited Partnership, 8 Hockey Ventures Inc., Northwest Sports Enterprises Limited, John Krumpe, Paul Martha, Marcel Aubut, Paul Mooney, Robert Swados, William Wirtz, Brian O'Neill, Seymour Knox, Michael Ilitch, Howard Baldwin, Gerry Buss, George Gund, Robert Butera, Harold Ballard, et Barry Shenkarow (*appelants*)

c.

Lawson A. W. Hunter, directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et O. G. Stoner, président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, nommé en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (*intimés*)

Cour d'appel, juges Le Dain, Marceau et Hugessen—Montréal, 27 et 28 octobre; Ottawa, 29 novembre 1983.

*Preuve — Subpoenas délivrés en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ordonnant la production de nombreux documents — L'art. 17 ne viole pas le privilège contre l'auto-incrimination garanti par l'art. 2d) de la Déclaration des droits — Le privilège contre l'auto-incrimination accordé par la common law au témoin a été abandonné — L'art. 2d) et l'art. 5 de la Loi sur la preuve au Canada assurent une protection contre l'usage subséquent des témoignages — Les art. 5 et 2d) n'accordent pas de protection en ce qui concerne la communication forcée de documents — Éléments de preuve qui en dérivent — L'art. 13 de la Charte procure la protection requise — Une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 constitue-t-elle une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la Charte? — La saisie était-elle abusive? — Aucune violation de l'art. 8 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 17(1), 20(2) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 76, art. 8) — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 2d) — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 5 — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi*

*Constitutional law — Charter of Rights — Search or seizure — Subpoenas under Combines Investigation Act s. 17 requiring production of extensive documentation — Whether s. 17 order search or seizure as per Charter s. 8 — Whether seizure reasonable — No violation of s. 8 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 17(1), 20(2) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 8) — 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. 2, 7, 8 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, ss. 21, 22, 23 — U.S. Const., Amend. IV.*

*Combines — Subpoenas under Combines Investigation Act s. 17 requiring production of extensive documentation — S. 17 violating neither Bill of Rights protection against self-incrimination nor Charter protection against unreasonable search or seizure — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 8(b)(iii) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 4), 15, 17(1), 20(2) (as am. idem, s. 8), 33 — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 2(d) — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5 — 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. 8, 13, 26 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18 — U.S. Const., Amends. IV, V.*

*Practice — Subpoenas — Duces tecum under Combines Investigation Act s. 17 requiring production of extensive documentation — S. 17 not violating Bill of Rights s. 2(d) protection against self-incrimination — S. 2(d) and Canada Evidence Act s. 5 not protecting in respect of compelled production of documents — Charter s. 13 providing requisite protection — Whether s. 17 order search or seizure as per Charter s. 8 — Whether seizure reasonable — No violation of s. 8 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 17(1), 20(2) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 8) — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 2(d) — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5 — 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. 8, 13, 26 — U.S. Const., Amends. IV, V.*

The National Hockey League grouped together twenty professional hockey teams situated in Canada and the United States. Each of the appellants was either a corporation or partnership which operated a member team, or an individual associated with the League or with a particular team. The respondent Director commenced an inquiry into the possibility that a monopoly existed in relation to the production and operation of major-league professional hockey. On the Direc-

de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 8, 13, 26 — Constitution des É.-U., Amendements IV, V.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Subpoenas délivrés en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ordonnant la production de nombreux documents — Une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 constitue-t-elle une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la Charte? — La saisie était-elle raisonnable? — Aucune violation de l'art. 8 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 17(1), 20(2) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 76, art. 8) — 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. 2, 7, 8 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, chap. I-2, art. 21, 22, 23 — Constitution des É.-U., Amendement IV.*

*Coalitions — Subpoenas délivrés en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ordonnant la production de nombreux documents — L'art. 17 ne contrevient ni au privilège contre l'auto-incrimination garanti par la Déclaration des droits, ni à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives accordée par la Charte — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 8b)(iii) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 76, art. 4), 15, 17(1), 20(2) (mod., idem, art. 8), 33 — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 2d) — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 5 — 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. 8, 13, 26 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 18 — Constitution des É.-U., Amendements IV, V.*

*Pratique — Subpoenas — Subpoenas duces tecum délivrés en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ordonnant la production de nombreux documents — L'art. 17 ne contrevient pas au privilège contre l'auto-incrimination garanti par l'art. 2d) de la Déclaration des droits — L'art. 2d) et l'art. 5 de la Loi sur la preuve au Canada n'accordent pas de protection en ce qui concerne la communication forcée de documents — L'art. 13 de la Charte procure la protection requise — Une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 constitue-t-elle une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la Charte? — La saisie était-elle raisonnable? — Aucune violation de l'art. 8 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 17(1), 20(2) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 76, art. 8) — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 2d) — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 5 — 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. 8, 13, 26 — Constitution des É.-U., Amendements IV, V.*

La Ligue nationale de hockey regroupe vingt équipes de hockey professionnel établies au Canada et aux États-Unis. Chacun des appelants était soit une corporation ou une société administrant une équipe membre de la Ligue, soit un particulier ayant des liens étroits avec la Ligue ou avec une équipe déterminée. Le directeur intimé a ouvert une enquête sur l'existence possible d'un monopole relatif à la formation et au fonctionnement de la ligue majeure de hockey professionnel. À

tor's application, the respondent Chairman made orders under section 17 of the *Combines Investigation Act*, which orders directed the individual appellants to appear for examination and, in a *duces tecum* provision, required them to produce extensive documentation.

The appellants applied to the Trial Division, seeking either to prohibit the respondents from acting upon the section 17 orders or, in the alternative, to quash these orders. The application was dismissed, whereupon the present appeal was instituted. The appeal focussed upon two issues: (A) whether an order for production made under section 17 violated paragraph 2(d) of the Bill of Rights; (B) whether a section 17 order for production constituted an unreasonable search or seizure within the meaning of section 8 of the Charter.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per Le Dain J.*: (A) There is authority to the effect that the common law privilege of a witness against self-incrimination extended to the production of documents. Paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights*, however, does not purport either to preserve or to guarantee the common law privilege. It contemplates that a person may be compelled to give self-incriminating evidence, and protects only against the use of such evidence in subsequent criminal proceedings. Protection of this nature existed at the time of the Bill's adoption—by virtue of section 5 of the *Canada Evidence Act*.

Both paragraph 2(d) and subsection 5(2) are concerned with protection of the witness against self-incrimination by testimony. Subsection 5(2) has been held not to protect against self-incrimination by the compelled production of documents, and clearly it does not protect against self-incrimination by derivative evidence either. The same limitations apply to the guarantee of protection in paragraph 2(d).

The protection which paragraph 2(d) guarantees is provided by subsection 20(2) of the *Combines Investigation Act*. Therefore section 17 does not contravene paragraph 2(d).

(B) An order in the nature of a subpoena *duces tecum* is neither a search nor a seizure within the meaning of section 8 of the Charter. The opinion on this point expressed in the *Alberta Blue Cross Plan* case is mistaken.

It has been observed that a subpoena *duces tecum* is not a true search or seizure within the meaning of the Fourth Amendment to the Constitution of the United States, and while the requirements that have been imposed with respect to such subpoenas in the United States have been referred to as "Fourth Amendment" limitations, there is some question as to whether that provision is their true constitutional basis. In any event, these requirements, rooted as they are in American law, should not be treated as bearing upon the constitutional validity of section 17. If requirements like them are, in some degree or other, properly applicable to the terms of specific subpoenas *duces tecum*, then it may be observed that the section 17 orders at issue herein do comply with the American requirements.

la demande du directeur, le président intimé a rendu des ordonnances en vertu de l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*; ces ordonnances enjoignaient aux particuliers appelants de comparaître pour témoigner et, dans le *duces tecum* qui les accompagnait, elles exigeaient qu'ils produisent de nombreux documents.

Les appelants ont déposé une demande en Division de première instance afin d'obtenir une ordonnance interdisant aux intimés de donner suite aux ordonnances rendues en vertu de l'article 17 ou, subsidiairement, afin de faire annuler lesdites ordonnances. À la suite du rejet de cette demande, le présent appel a été interjeté. L'appel portait principalement sur deux questions: (A) Une ordonnance de production rendue en vertu de l'article 17 violait-elle l'alinéa 2d) de la Déclaration des droits? (B) Une ordonnance de production rendue en vertu de l'article 17 constituait-elle une perquisition ou une saisie abusives au sens de l'article 8 de la Charte?

*Arrêt*: l'appel devrait être rejeté.

Le juge Le Dain: (A) Il existe des précédents dans lesquels le privilège contre l'auto-incrimination accordé au témoin par la *common law* s'étendait à la production de documents. Cependant, l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits* n'est censé ni préserver ni garantir ce privilège accordé par la *common law*. Il prévoit qu'une personne peut être contrainte de fournir une preuve auto-incriminante et il la protège uniquement contre l'emploi de ce témoignage dans des poursuites criminelles ultérieures. Au moment de l'adoption de la Déclaration, ce genre de protection existait et était fourni par l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

L'alinéa 2d) et le paragraphe 5(2) concernent tous les deux la protection d'une personne contre l'auto-incrimination découlant de son témoignage. On a jugé que le paragraphe 5(2) n'accorde pas une protection contre l'auto-incrimination découlant de la communication forcée de documents, et il est clair qu'il ne protège pas non plus le témoin contre l'auto-incrimination découlant d'éléments de preuve qui en sont tirés. Les mêmes restrictions s'appliquent à la protection garantie par l'alinéa 2d).

La protection garantie par l'alinéa 2d) est fournie par le paragraphe 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Par conséquent, l'article 17 ne contrevient pas à l'alinéa 2d).

(B) Une ordonnance de la nature d'un subpoena *duces tecum* ne constitue ni une perquisition ni une saisie au sens de l'article 8 de la Charte. L'opinion émise sur ce sujet dans l'arrêt *Alberta Blue Cross Plan* est erronée.

On considère qu'un subpoena *duces tecum* ne constitue ni une perquisition ni une saisie au sens du Quatrième amendement à la Constitution des États-Unis, et bien qu'on parle des exigences qui ont été imposées aux États-Unis quant à ces subpoenas comme des restrictions apportées par le Quatrième amendement, on peut se demander si cette dernière disposition constitue le véritable fondement constitutionnel desdites exigences. De toute façon, étant donné que ces exigences tirent leur fondement du droit américain, il ne faut pas considérer qu'elles ont une incidence sur la validité constitutionnelle de l'article 17. Dans la mesure où de telles exigences sont applicables aux conditions de subpoenas *duces tecum* particuliers, il faut remarquer que les ordonnances rendues en vertu de l'article 17 en l'espèce satisfont aux exigences du droit américain.

*Per Marceau J.:* (A) With the enactment of section 5 of the *Canada Evidence Act*, Parliament ousted the common law privilege against self-incrimination, adopting in its stead the rule that self-incriminating testimony cannot be used in subsequent criminal proceedings against the witness. The enacting of paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights* was not an expression of a parliamentary intention to revive the common law privilege. The purpose behind the adoption of the Bill of Rights was not to establish new rights and freedoms, but rather to enshrine those already recognized. Accordingly, the protection afforded by paragraph 2(d) cannot be wider than that which existed when paragraph 2(d) was enacted—i.e., the protection that was to be found in section 5 of the *Canada Evidence Act*.

The appellants maintain that subsection 20(2) of the *Com- bines Investigation Act* does not provide in full measure the protection guaranteed by paragraph 2(d), inasmuch as subsection 20(2) affords no protection against the use of documents. They refer to the judgment of Mr. Justice Dickson in the *Marcoux* case, and purport to find there a recognition that the paragraph 2(d) privilege does extend beyond the limits established by the *Canada Evidence Act*, requiring protection in the case of a production of documents. Read correctly, though, the judgment contains no such recognition. The protection given by subsection 20(2) does satisfy the demands of paragraph 2(d), and the latter provision is not infringed by the section 17 orders.

(B) The section 17 orders issued in this case are not equivalent to a search and seizure. A search-and-seizure order is one which confers upon a public officer authority to force his way, at any time and without warning, into the home or onto the business premises of another person, and to search for and seize things which he finds there. The execution of such an order constitutes a situation completely different from that which obtains upon the service of a subpoena *duces tecum*. They have nothing in common with respect to intrusion into the home and upon the privacy of the individual, and any perceived need to maintain control over the issuance of subpoenas *duces tecum* is in no way comparable to the necessity of protecting citizens and their homes against a possible abuse of search powers.

On the other hand, in the *Alberta Blue Cross Plan* case, the Alberta Court of Appeal expressed the view that a forced production of documents during an administrative inquiry amounts to a seizure; and at least for the purposes of section 8 of the Charter, this view is correct. The essence of a (mere) seizure is a public authority's taking hold of a thing against the will of the person to whom it belongs. Whether the person is compelled to deliver up the thing himself is irrelevant.

Nonetheless, the subpoenas in question do not contravene section 8, because they will not result in an unreasonable seizure. This conclusion is based upon: the criteria of reasonableness elaborated in the United States; the nature of the inquiry involved; and the fact that all of the documents at issue are ones which belong to corporations.

Le juge Marceau: (A) Avec l'adoption de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le Parlement a écarté le privilège contre l'auto-incrimination accordé par la *common law* et l'a remplacé par la règle prohibant l'usage d'un témoignage auto-incriminant dans des poursuites pénales intentées ultérieurement contre un témoin. L'adoption de l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits* n'exprimait pas la volonté du Parlement de revenir au privilège reconnu par la *common law*. L'adoption de la Déclaration des droits n'avait pas pour but de créer de nouveaux droits et de nouvelles libertés, mais plutôt d'enchâsser dans un texte les droits et libertés déjà reconnus.

b Par conséquent, la protection accordée par l'alinéa 2d) ne peut avoir une portée plus vaste que celle qui existait lorsqu'il a été adopté, c'est-à-dire la protection qu'on trouvait à l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Les appelants affirment que le paragraphe 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'accorde pas la même protection que celle garantie par l'alinéa 2d) dans la mesure où le paragraphe 20(2) ne procure aucune protection contre l'usage de documents. Ils invoquent la décision du juge Dickson dans l'arrêt *Marcoux*, et prétendent que cet arrêt reconnaît que la portée du privilège prévu à l'alinéa 2d) dépasse les limites fixées par la *Loi sur la preuve au Canada*, exigeant la protection dans le cas de la communication de documents. Toutefois, si on interprète correctement ce jugement, on constate qu'il ne contient aucune reconnaissance de ce genre. La protection accordée par le paragraphe 20(2) satisfait aux exigences de l'alinéa 2d), et les ordonnances rendues en vertu de l'article 17 ne contreviennent pas à cette dernière disposition.

(B) Les ordonnances rendues en l'espèce en vertu de l'article 17 n'équivalent pas à des perquisitions et à des saisies. Une ordonnance de perquisition et de saisie confère à un agent public le pouvoir d'entrer de force, en tout temps et sans avertissement, dans la demeure ou dans les locaux commerciaux d'une autre personne pour y chercher et y saisir des objets qu'il peut y trouver. L'exécution d'une telle ordonnance constitue une situation totalement différente de celle qui résulte de la signification d'un *subpoena duces tecum*. Ces deux situations n'ont absolument rien de commun en ce qui concerne l'intrusion dans la demeure et la vie privée d'un individu, et le besoin que l'on pourrait ressentir de garder un certain contrôle sur la délivrance de *subpoenas duces tecum* ne peut en aucune manière être comparé avec la nécessité de protéger les citoyens contre un usage abusif éventuel des pouvoirs de perquisition.

Par contre, dans l'arrêt *Alberta Blue Cross Plan*, la Cour d'appel de l'Alberta s'est montrée d'avis que la production forcée de documents pendant une enquête de nature administrative constitue une saisie; elle a raison, du moins aux fins de l'application de l'article 8 de la Charte. L'essence d'une (simple) saisie est l'appropriation par un pouvoir public d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne, et le fait que la personne soit contrainte ou non de remettre elle-même l'objet n'est pas pertinent.

Néanmoins, les *subpoenas* en cause ne contreviennent pas à l'article 8 car ils ne donneront pas lieu à une saisie abusive. Cette conclusion repose sur le critère élaboré aux États-Unis quant au caractère raisonnable des perquisitions et des saisies, la nature de l'enquête en cause, et le fait que tous les documents demandés en l'espèce appartenaient à des corporations.

*Per Hugessen J.:* (A) Paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights* requires only that if a witness is compelled to give self-incriminating evidence, the compulsion must be accompanied by a protection against the use of such evidence against the witness.

It is very doubtful that this paragraph 2(d) privilege applies to the production of documents. According to the judgment of Dickson J. in *Marcoux*, it does not so apply. The simple fact that a witness is compelled to produce documents would not seem to imply any basis in logic or policy for extending the privilege to those documents. The common law rule is that documents and other things found in the possession of an accused are admissible against him as long as they are relevant, and while it may develop that the Charter has modified this principle, the *Canadian Bill of Rights* has not done so. Paragraph 2(d) does not entitle a person to any greater protection than is afforded by subsection 5(2) of the *Canada Evidence Act*, and since subsection 5(2) protects with respect to the "answer" given to a "question" it does not encompass the production of documents.

At any rate, in the case at bar it is not strictly necessary to determine the extent of the paragraph 2(d) privilege. The scope of section 13 of the Charter is at least as great as that of paragraph 2(d). Consequently, section 13 provides the protection which paragraph 2(d) requires, whether or not the protection extends to a compulsory production of documents.

(B) If, in the *Alberta Blue Cross Plan* case, the provincial Court of Appeal was saying that every order for production of documents in the form of a subpoena *duces tecum* should, for the purposes of the Charter, be regarded as a seizure, then the Court was in error. That proposition would be contrary to both American and Canadian authority. It would also do violence to the ordinary meanings of the words "search" and "seizure", each of which words connotes an intrusion into the citizen's home or place of business by another person, who looks for and removes documents or other things. No valid analogy can be drawn between the order provided for by subsection 17(1), which is a classic example of a subpoena *duces tecum*, and the searches and seizures envisaged by section 8.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; 26 D.L.R. (3d) 603.

##### CONSIDERED:

*Marcoux et al. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Alberta Human Rights Commission v. Alberta Blue Cross Plan* (1983), 48 A.R. 192; 1 D.L.R. (4th) 301 (C.A.); *Miller et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; 70 D.L.R. (3d) 324; *Southam Inc. v. Dir. of Investigation & Research*, [1983] 3 W.W.R. 385 (Alta. C.A.); *Thomson Newspapers Ltd. et al. v. Hunter, Director of Investigation and Research et al.* (1983), 73 C.P.R. (2d) 67 (F.C.T.D.); *R. v. McKay* (1971), 4 C.C.C. (2d) 45 (Man. C.A.); *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946).

Le juge Hugessen: (A) L'alinéa 2d de la *Déclaration canadienne des droits* exige simplement que si une personne est contrainte à fournir une preuve incriminante, cette contrainte soit accompagnée d'une protection contre l'usage de cette preuve contre le témoin lui-même.

Il est fort douteux que le privilège accordé par l'alinéa 2d s'applique à la production de documents. Selon la décision du juge Dickson dans l'arrêt *Marcoux*, il ne s'applique pas. Le simple fait qu'un témoin soit contraint à communiquer des documents ne semble pas constituer un principe général et rationnel qui permette d'étendre le privilège à ces documents. En vertu de la *common law*, la règle est que les documents et autres objets trouvés en la possession d'un accusé sont admissibles à titre de preuves contre lui à condition qu'ils soient pertinents, et s'il advient que la Charte a modifié ce principe, la *Déclaration canadienne des droits* n'a pas eu un tel effet. L'alinéa 2d n'accorde pas à une personne une plus grande protection que celle prévue au paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, et étant donné que le paragraphe 5(2) protège la «réponse» donnée à une «question», il ne s'étend pas à la communication de documents.

De toute façon, il n'est pas strictement nécessaire en l'espèce de déterminer l'étendue du privilège contenu à l'alinéa 2d). La portée de l'article 13 de la Charte est au moins aussi étendue que celle de l'alinéa 2d). Par conséquent, l'article 13 accorde la protection requise par l'alinéa 2d), que cette protection s'étende ou non à la communication forcée de documents.

(B) Si, dans l'arrêt *Alberta Blue Cross Plan*, la Cour d'appel de la province affirmait que toute ordonnance de production de documents présentée par voie de subpoena *duces tecum* devait, aux fins de la Charte, être traitée comme une saisie, cette Cour était dans l'erreur. Cette proposition contredirait la jurisprudence américaine et canadienne. Elle serait également contraire aux sens ordinaires des termes «perquisition» et «saisie», ces deux termes impliquant l'intrusion d'un tiers dans la demeure ou la place d'affaires d'un citoyen pour chercher et enlever des documents ou d'autres objets. On ne peut voir de rapport valable entre l'ordonnance prévue au paragraphe 17(1), qui constitue un exemple classique de subpoena *duces tecum*, et les perquisitions et les saisies envisagées par l'article 8.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION SUIVIE:

*Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; 26 D.L.R. (3d) 603.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Marcoux et autre c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Alberta Human Rights Commission v. Alberta Blue Cross Plan* (1983), 48 A.R. 192; 1 D.L.R. (4th) 301 (C.A.); *Miller et al. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; 70 D.L.R. (3d) 324; *Southam Inc. v. Dir. of Investigation & Research*, [1983] 3 W.W.R. 385 (C.A. Alb.); *Thomson Newspapers Ltd. et autres c. Hunter, directeur des enquêtes et recherches et autres* (1983), 73 C.P.R. (2d) 67 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *R. v. McKay* (1971), 4 C.C.C. (2d) 45 (C.A. Man.); *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946).

## REFERRED TO:

*R. v. Simpson et al.* (1943), 79 C.C.C. 344 (B.C.C.A.); *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309; *Tass v. The King*, [1947] S.C.R. 103; *A.G. Que. v. Côté* (1979), 8 C.R. (3d) 171 (Que. C.A.); *Stickney v. Trusz* (1973), 16 C.C.C. (2d) 25 (Ont. H.C.), affirmed (1974), 28 C.R.N.S. 125 (Ont. C.A.); *Regina v. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193 (H.C.), affirmed (*sub nom. Re Crooks and The Queen*) (1982), 2 C.C.C. (3d) 57; 143 D.L.R. (3d) 601; *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex parte Corning Glass Works Ltd.*, [1971] 2 O.R. 3 (C.A.); *Canadian Fishing Company Limited et al. v. Smith et al.*, [1962] S.C.R. 294; *Stevens et al. v. Restrictive Trade Practices Commission*, [1979] 2 F.C. 159 (T.D.); *Rolbin v. The Queen* (1982), 2 C.R.R. 166 (Que. S.C.); *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (Ont. C.A.); *A.G. for Quebec v. Begin*, [1955] S.C.R. 593; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *D'Ivry v. World Newspaper Co. of Toronto et al.* (1897), 17 P.R. 387 (Ont. C.A.); *Attorney-General v. Kelly* (1916), 28 D.L.R. 409 (Man. C.A.); *Webster v. Solloway, Mills & Co.*, [1931] 1 D.L.R. 831 (Alta. C.A.); *Staples v. Isaacs*, [1940] 3 D.L.R. 473 (B.C.C.A.); *Rio Tinto Zinc Corporation and Others v. Westinghouse Electric Corporation*, [1978] A.C. 547 (H.L.); *Rank Film Distributors Ltd v. Video Information Centre*, [1981] 2 All ER 76 (H.L.); *Lilburn's Trial* (1637), 13 How. St. Tr. 1315 (U.K. Parl.); *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221 (H.L.); *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197 (P.C.); *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966); *In re Horowitz*, 482 F.2d 72 (2d Cir. 1973); *F.T.C. v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (D.C. Cir. 1977); *F.T.C. v. Carter*, 464 F. Supp. 633 (D.D.C. 1979); *Dunham v. Ottinger*, 154 N.E. 298 (N.Y.C.A. 1926).

## COUNSEL:

*A. M. Gans, J. L. Pelletier and J. J. Chapman* for appellants.  
*B. Finlay, Q.C. and S. Fréchette* for respondents.

## SOLICITORS:

*Miller, Thomson, Sedgewick, Lewis & Healy*, Toronto, and *Aubut, Chabot*, Quebec City, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

LE DAIN J.: I have had the advantage of reading the reasons for judgement of my brothers Marceau and Hugessen. I agree with them that the appeal should be dismissed.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. v. Simpson et al.* (1943), 79 C.C.C. 344 (C.A. C.-B.); *Klein v. Bell*, [1955] R.C.S. 309; *Tass v. The King*, [1947] R.C.S. 103; *A.G. Que. v. Côté* (1979), 8 C.R. (3d) 171 (C.A. Qc); *Stickney v. Trusz* (1973), 16 C.C.C. (2d) 25 (H.C. Ont.), confirmé par (1974), 28 C.R.N.S. 125 (C.A. Ont.); *Regina v. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193 (H.C.), confirmé par (*sub nom. Re Crooks and the Queen*) (1982), 2 C.C.C. (3d) 57; 143 D.L.R. (3d) 601; *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex parte Corning Glass Works Ltd.*, [1971] 2 O.R. 3 (C.A.); *Canadian Fishing Company Limited et al. v. Smith et al.*, [1962] R.C.S. 294; *Stevens, et autres c. La Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, [1979] 2 C.F. 159 (1<sup>re</sup> inst.); *Rolbin v. The Queen* (1982), 2 C.R.R. 166 (C.S. Qc); *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (C.A. Ont.); *A.G. for Quebec v. Begin*, [1955] R.C.S. 593; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *D'Ivry v. World Newspaper Co. of Toronto et al.* (1897), 17 P.R. 387 (C.A. Ont.); *Attorney-General v. Kelly* (1916), 28 D.L.R. 409 (C.A. Man.); *Webster v. Solloway, Mills & Co.*, [1931] 1 D.L.R. 831 (C.A. Alb.); *Staples v. Isaacs*, [1940] 3 D.L.R. 473 (C.A. C.-B.); *Rio Tinto Zinc Corporation and Others v. Westinghouse Electric Corporation*, [1978] A.C. 547 (H.L.); *Rank Film Distributors Ltd v. Video Information Centre*, [1981] 2 All ER 76 (H.L.); *Lilburn's Trial* (1637), 13 How. St. Tr. 1315 (Parl. R.-U.); *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221 (H.L.); *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197 (P.C.); *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966); *In re Horowitz*, 482 F.2d 72 (2d Cir. 1973); *F.T.C. v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (D.C. Cir. 1977); *F.T.C. v. Carter*, 464 F. Supp. 633 (D.D.C. 1979); *Dunham v. Ottinger*, 154 N.E. 298 (N.Y. C.A. 1926).

## AVOCATS:

*A. M. Gans, J. L. Pelletier et J. J. Chapman* pour les appelants.  
*B. Finlay, c.r. et S. Fréchette* pour les intimés.

## PROCUREURS:

*Miller, Thomson, Sedgewick, Lewis & Healy*, Toronto, et *Aubut, Chabot*, Québec, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

LE JUGE LE DAIN: J'ai eu l'occasion de lire les motifs du jugement de mes collègues Marceau et Hugessen. Comme eux, je suis d'avis que l'appel devrait être rejeté.

The appellants' contention based on paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III] is that section 17 of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23], under which the orders in the nature of subpoenas *duces tecum* were made, is rendered inoperative because, when read with subsection 20(2) of the Act [rep. and sub. S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 8], it authorizes the Restrictive Trade Practices Commission to compel a person to give evidence without the "protection against self incrimination" guaranteed by paragraph 2(d), which, it is contended, includes protection against self-incrimination by the compelled production of documents and by derivative evidence.

It is clear that subsection 20(2) of the *Combines Investigation Act*, which expressly provides for the degree of protection against self-incrimination that a witness is to enjoy in obeying an order made under section 17, does not provide protection against self-incrimination by the compelled production of documents and by derivative evidence. It compels a witness to give evidence and to produce documents in obedience to such an order, but it protects him only from the use against him in subsequent criminal proceedings of any oral evidence which he is required to give. Subsection 20(2) is as follows:

20. ...

(2) No person shall be excused from attending and giving evidence and producing books, papers, records or other documents, in obedience to the order of a member of the Commission, on the ground that the oral evidence or documents required of him may tend to criminate him or subject him to any proceeding or penalty, but no oral evidence so required shall be used or receivable against such person in any criminal proceedings thereafter instituted against him, other than a prosecution for perjury in giving such evidence or a prosecution under section 122 or 124 of the *Criminal Code* in respect of such evidence.

The question is whether the "protection against self incrimination" referred to in paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights* includes protection against self-incrimination by the compelled production of documents and by derivative evidence. The appellants, in their contention that it does, laid particular stress on the common law privilege

Les appelants soutiennent, en se fondant sur l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III], que l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, chap. C-23], en vertu duquel des ordonnances ont été rendues sous la forme de *subpoenas duces tecum*, est sans effet parce que, lu en corrélation avec le paragraphe 20(2) de la Loi [abrogé et remplacé par S.C. 1974-75-76, chap. 76, art. 8], il autorise la Commission sur les pratiques restrictives du commerce à contraindre une personne à témoigner sans bénéficier de la «protection contre son propre témoignage» garantie par l'alinéa 2d) qui, prétendent-ils, comprend la protection contre l'auto-incrimination découlant de la communication forcée de documents et des éléments de preuve qui en dérivent.

Il est évident que le paragraphe 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, qui prévoit expressément le degré de protection dont un témoin peut bénéficier en se conformant à une ordonnance rendue en vertu de l'article 17, ne fournit pas de protection contre l'auto-incrimination découlant de la communication forcée de documents et des éléments de preuve qu'ils apportent. Il oblige la personne à témoigner et à produire des documents en exécution de l'ordonnance mais il ne la protège que contre l'usage ultérieur dans des poursuites criminelles de tout témoignage verbal qu'elle est tenue de faire. Voici le texte du paragraphe 20(2):

20. ...

(2) Nul n'est dispensé de comparaître et de rendre témoignage et de produire des livres, documents, archives ou autres pièces en conformité de l'ordonnance d'un membre de la Commission, pour le motif que le témoignage verbal ou les documents requis de lui peuvent tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais nul témoignage oral ainsi exigé ne peut être utilisé ni n'est recevable contre cette personne dans toutes poursuites criminelles intentées par la suite contre elle, sauf dans une poursuite pour parjure en rendant un tel témoignage ou dans une poursuite intentée en vertu de l'article 122 ou 124 du *Code criminel* à l'égard d'un tel témoignage.

Il s'agit de déterminer si la «protection contre son propre témoignage» dont parle l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits* comprend également la protection contre l'auto-incrimination découlant de la communication forcée de documents et des éléments de preuve qui en sont tirés. En soutenant que c'est le cas, les appelants insis-

of a witness against self-incrimination. Certainly, there is authority to support the contention that the privilege, in the proceedings to which it applied, extended to the production of documents. See *R. v. Simpson et al.* (1943), 79 C.C.C. 344 (B.C.C.A.), and *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309. As support in principle for this view of the scope of the common law privilege the appellants also referred to the cases of *Rio Tinto Zinc Corporation and Others v. Westinghouse Electric Corporation*, [1978] A.C. 547 (H.L.) and *Rank Film Distributors Ltd v Video Information Centre*, [1981] 2 All ER 76 (H.L.), applying the terms of subsection 14(1) of the *Civil Evidence Act 1968*, 1968, c. 64 (U.K.), which was referred to as a modern statutory recognition of long-established principle, and to the application of the United States Fifth Amendment protection against self-incrimination to the enforced production of documents, as indicated in *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966). But paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights* does not purport to preserve or guarantee the common law privilege of a witness against self-incrimination, whatever its scope might have been. It contemplates that a person may be compelled to give evidence which may tend to incriminate him, so that the protection referred to can only be protection against the use of his evidence against him in subsequent criminal proceedings. That this is so was affirmed by Laskin J. (as he then was) in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; 26 D.L.R. (3d) 603 where he said at page 912 S.C.R., page 623 D.L.R.: "I cannot read s. 2(d) as going any farther than to render inoperative any statutory or non-statutory rule of federal law that would compel a person to criminate himself before a court or like tribunal through the giving of evidence, without concurrently protecting him against its use against him." At the time the *Canadian Bill of Rights* was adopted that kind of protection against self-incrimination was provided in the law of Canada by section 5 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C. 1970, c. E-10; formerly R.S.C. 1952, c. 307], which reads as follows:

tent particulièrement sur le privilège contre l'auto-incrimination accordé au témoin par la *common law*. Cette affirmation est étayée en effet par des précédents dans lesquels le privilège s'étendait, dans les procédures où il s'appliquait, à la communication de documents. Voir *R. v. Simpson et al.* (1943), 79 C.C.C. 344 (C.A.C.-B.), et *Klein v. Bell*, [1955] R.C.S. 309. À l'appui de cette conception de la portée du privilège accordé par la *common law*, les appelants ont invoqué les arrêts *Rio Tinto Zinc Corporation and Others v. Westinghouse Electric Corporation*, [1978] A.C. 547 (H.L.) et *Rank Film Distributors Ltd v Video Information Centre*, [1981] 2 All ER 76 (H.L.), dans lesquels s'appliquaient les dispositions du paragraphe 14(1) du *Civil Evidence Act 1968*, 1968, chap. 64 (R.-U.), dont on a dit qu'elles constituaient la reconnaissance par une loi récente d'un principe depuis longtemps établi. Ils ont également invoqué l'application de la protection contre l'auto-incrimination, prévue au Cinquième amendement de la Constitution américaine, à la communication forcée de documents, comme dans *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966). Cependant, l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits* n'est pas censé préserver ou garantir le privilège contre l'auto-incrimination accordé au témoin par la *common law*, quelle que puisse être sa portée. Il prévoit qu'une personne peut être contrainte de fournir une preuve qui peut tendre à l'incriminer, de sorte que la protection mentionnée consiste uniquement dans l'interdiction d'utiliser son témoignage contre elle-même dans des poursuites criminelles ultérieures. C'est ce que le juge Laskin (tel était alors son titre) a confirmé dans *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; 26 D.L.R. (3d) 603, où il a dit aux pages 912 R.C.S. et 623 D.L.R.: «je ne puis interpréter l'art. 2(d) comme faisant plus que rendre inopérante toute règle de droit fédérale, énoncée dans une loi formelle ou non, qui obligerait quelqu'un à s'accuser devant une cour ou un tribunal semblable en fournissant une preuve, sans en même temps le protéger contre l'utilisation de cette preuve contre lui». Au moment où la *Déclaration canadienne des droits* a été adoptée, ce genre de protection contre l'auto-incrimination était donné au Canada par l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, chap. E-10; auparavant S.R.C. 1952, chap. 307], dont voici le texte:

5. (1) No 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 proceedings at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer upon the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceedings at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering such question, then although the witness is by reason of this Act, or by reason of such provincial Act, compelled to answer, the answer so given shall not be used or receivable in evidence against him in any criminal trial, or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of such evidence.

That section removed the common law right of a witness to refuse to answer a question on the ground that his answer might tend to incriminate him and replaced it by protection against the use of his answer as evidence against him in subsequent criminal proceedings. It has often been observed that section 5 of the *Canada Evidence Act* abolished or replaced the common law privilege of a witness against self-incrimination, without any suggestion that it did not purport to replace the whole of that privilege. See, for example, *Tass v. The King*, [1947] S.C.R. 103, at page 105; *A.G. Que. v. Côté* (1979), 8 C.R. (3d) 171 (Que. C.A.) at page 175; E. Ratushny, "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 McGill L.J. 1, at pages 50 ff.; E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, 1979, pages 78 ff.; *Stickney v. Trusz* (1973), 16 C.C.C. (2d) 25 (Ont. H.C.) at pages 28-29, affirmed (1974), 28 C.R.N.S. 125 (Ont. C.A.). But whatever the precise effect of subsection 5(1) of the *Canada Evidence Act* on the scope of the common law privilege of a witness against self-incrimination, in my opinion it is the scope of the protection provided by subsection 5(2) that is contemplated by paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights*. As clearly indicated by its French version ("*contraindre une personne à témoigner*") and "*la protection contre son propre témoignage*", paragraph 2(d) is concerned with the protection of a witness against self-incrimination by his testimony. This is the concern of subsection 5(2) of the *Canada Evidence Act*, which has been held not to extend to protection against self-incrimination by the compelled production of documents: *R. v. Simpson et al.*, *supra*. It also

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à quelque question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi, ou sans la loi de quelque législature provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale, forcé de répondre, sa réponse ne peut pas être invoquée et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite, hors le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

Cet article a fait disparaître le droit accordé par la *common law* au témoin de refuser de répondre à une question au motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer et l'a remplacé par la protection contre l'usage de sa réponse à titre de preuve contre lui dans des poursuites criminelles ultérieures. On fait souvent remarquer que l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* a aboli ou a remplacé le privilège contre l'auto-incrimination accordé au témoin par la *common law* sans toutefois suggérer que cet article n'était pas censé remplacer entièrement ce privilège. Voir, par exemple, *Tass v. The King*, [1947] R.C.S. 103, à la page 105; *A.G. Que. v. Côté* (1979), 8 C.R. (3d) 171 (C.A. Qc), à la page 175; E. Ratushny, «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 McGill L.J. 1, aux pages 50 et s.; E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, 1979, pages 78 et s.; *Stickney v. Trusz* (1973), 16 C.C.C. (2d) 25 (H.C. Ont.), aux pages 28 et 29, confirmé par (1974) 28 C.R.N.S. 125 (C.A. Ont.). Cependant, quel que soit l'effet exact du paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* sur la portée du privilège contre l'auto-incrimination accordé au témoin par la *common law*, c'est, à mon avis, l'étendue de la protection prévue au paragraphe 5(2) qui est visée par l'alinéa 2d de la *Déclaration canadienne des droits*. Comme son texte français l'indique clairement («contraindre une personne à témoigner» et «la protection contre son propre témoignage»), l'alinéa 2d concerne la protection d'une personne contre l'auto-incrimination découlant de son témoignage. C'est également ce que vise le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, dont a jugé qu'il n'étend pas la protection contre l'auto-incrimination découlant de

clearly does not protect a witness against self-incrimination by derivative evidence. Cf. *Regina v. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193 (H.C.), at page 198, affirmed by the Ontario Court of Appeal, October 7, 1982 [*sub nom. Re Crooks and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 57; 143 D.L.R. (3d) 601].

In his contention that the protection against self-incrimination guaranteed by paragraph 2(d) extended to the enforced production of documents, counsel for the appellants placed particular reliance on the following passage in the judgment of Dickson J. in *Marcoux et al. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, at page 769:

American jurisprudence on the Fifth Amendment, which protects a person against being compelled "to be a witness against himself", and Canadian jurisprudence on the privilege against self-incrimination, have followed parallel courses, limiting the application of the privilege to its historic reach, i.e. protection against testimonial compulsion. Such a limitation gives rise to a distinction between coerced oral or documentary disclosures which fall within the privilege, and what has been termed "real or physical" evidence, i.e. physical evidence taken from a person without his consent, which, broadly speaking, falls outside the privilege.

The "parallel courses" in the development of the American and Canadian law on self-incrimination to which Mr. Justice Dickson referred would appear to have been chiefly concerned with the distinction between "testimonial compulsion" and "physical evidence taken from a person without his consent", which was what was in issue in that case. In my respectful opinion he did not intend to address the question whether paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights* guaranteed protection against self-incrimination by the enforced production of documents, but was merely referring to the statement of the essential distinction with which he was concerned, as it is found in American jurisprudence.

In my opinion section 17 of the *Combines Investigation Act* is not rendered inoperative by conflict with paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights* because subsection 20(2) of the Act provides the protection against self-incrimination guaranteed by paragraph 2(d). I do not find it necessary to express an opinion on the scope of the protection against self-incrimination provided by

la communication forcée de documents: *R. v. Simpson et al.*, précité. Il est clair qu'il ne protège pas non plus le témoin contre l'auto-incrimination découlant d'éléments de preuve qui en sont tirés. Cf. *Regina v. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193 (H.C.), à la page 198, confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario, le 7 octobre 1982 [(*sub nom. Re Crooks and The Queen*) (1982), 2 C.C.C. (3d) 57; 143 D.L.R. (3d) 601].

L'avocat des appelants s'est fondé tout particulièrement sur l'extrait suivant du jugement du juge Dickson dans *Marcoux et autre c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, à la page 769, pour soutenir que la protection contre l'auto-incrimination garantie par l'alinéa 2d) s'appliquait à la communication forcée de documents:

Le droit américain sur le cinquième amendement, qui protège une personne contre la contrainte [TRADUCTION] «de témoigner contre elle-même», et le droit canadien sur le privilège contre l'auto-incrimination ont suivi un cheminement parallèle en limitant l'application du privilège à sa portée historique, c.-à-d. assurer une protection contre la contrainte de témoigner. Une telle restriction fait naître une distinction entre des révélations verbales ou écrites obtenues de force lesquelles tombent sous le coup du privilège et ce qu'on a appelé la preuve «réelle ou matérielle», c.-à-d. une preuve matérielle qui a été obtenue d'une personne sans son consentement et qui, généralement parlant, n'est pas visée par le privilège.

Il semble que le «cheminement parallèle» dans l'évolution du droit américain et du droit canadien sur l'auto-incrimination dont parlait le juge Dickson, concernait principalement la distinction entre la «contrainte de témoigner» et la «preuve matérielle qui a été obtenue d'une personne sans son consentement», qui faisait l'objet du litige dans cette affaire. En toute déférence, j'estime qu'il n'avait pas l'intention d'examiner la question de savoir si l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits* garantissait la protection contre l'auto-incrimination découlant de la communication forcée de documents, mais qu'il exposait simplement la distinction essentielle qui l'intéressait, telle qu'elle existe en droit américain.

Selon moi, l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne devient pas inopérant parce qu'il est contraire à l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits* car le paragraphe 20(2) de la Loi prévoit la protection contre l'auto-incrimination garantie par l'alinéa 2d). Je ne crois pas nécessaire de me prononcer sur l'étendue de la protection contre l'auto-incrimination

section 13 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.)] nor on the effect, if any, of this provision on paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights*.

The appellants' contention based on section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is that section 17 of the *Combines Investigation Act* is of no force or effect because it authorizes an unreasonable search or seizure within the meaning of section 8 of the Charter. In my opinion an order in the nature of a subpoena *duces tecum* is neither a search nor a seizure within the meaning of section 8. I am unable, with great respect, to follow the opinion expressed on this point by the Alberta Court of Appeal in *Alberta Human Rights Commission v. Alberta Blue Cross Plan* (1983), 48 A.R. 192; 1 D.L.R. (4th) 301. It has been observed in the United States that a subpoena *duces tecum* is not a true search or seizure within the meaning of the Fourth Amendment, and while the requirements of authorized purpose of investigation, relevance and adequate specification applied in the judicial enforcement of such subpoenas are referred to as Fourth Amendment limitations on the subpoena power, the question has been raised as to whether the Fourth Amendment or the due process clause is the true constitutional basis of these requirements. See *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); *In re Horowitz* 482 F.2d 72 (2d Cir. 1973); and W. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 1978, vol. 2, section 4.13 generally and page 209, note 104, in particular. Because of their very special foundation in American constitutional provisions and jurisprudence I would hesitate to apply these requirements as constitutional requirements to an administrative subpoena *duces tecum* in Canada. I would certainly not apply them to the question of the validity or operative effect of section 17 of the *Combines Investigation Act*, which is what is raised by the appellants' contention based on section 8 of the Charter. To the extent that requirements like them are properly applicable to the terms of a particular subpoena *duces tecum*, I am of the opinion that the orders made under section 17 in this case meet these requirements, as they have been applied to administrative subpoenas *duces tecum* in the

prévue à l'article 13 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.)] ni sur l'effet éventuel de cette disposition sur l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Les appelants soutiennent, en se fondant sur l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est nul et non avenue parce qu'il autorise une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'article 8 de la Charte. À mon avis, une ordonnance de la nature d'un subpoena *duces tecum* ne constitue ni une perquisition ni une saisie au sens de l'article 8. En toute déférence, je ne peux adopter l'opinion émise sur ce sujet par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Alberta Human Rights Commission v. Alberta Blue Cross Plan* (1983), 48 A.R. 192; 1 D.L.R. (4th) 301. On considère aux États-Unis qu'un subpoena *duces tecum* ne constitue ni une perquisition ni une saisie au sens du Quatrième amendement, et bien qu'on parle des exigences relatives au but permis de l'enquête, à sa pertinence et aux précisions qui doivent être fournies, qui sont applicables dans l'exécution judiciaire de tels subpoenas, comme étant des restrictions apportées par le Quatrième amendement au pouvoir de délivrer des subpoenas, la question est de savoir si c'est le Quatrième amendement ou la garantie du droit à l'application régulière de la loi qui constitue le véritable fondement constitutionnel de ces exigences. Voir *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); *In re Horowitz*, 482 F.2d 72 (2d Cir. 1973); et W. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 1978, vol. 2, article 4.13 en général, et page 209, note 104, en particulier. Étant donné que ces exigences tirent leur fondement des dispositions constitutionnelles et du droit américains, j'hésiterais à les appliquer comme exigences constitutionnelles pour l'émission d'un subpoena *duces tecum* de nature administrative au Canada. Je ne les appliquerais certainement pas à la question de la validité ou de la portée de l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, que les appelants ont soulevée dans leur allégation fondée sur l'article 8 de la Charte. Dans la mesure où de telles exigences sont applicables aux conditions d'un subpoena *duces tecum* particulier, j'estime que les ordonnances

American cases. See, for example, *F.T.C. v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (D.C. Cir. 1977); *F.T.C. v. Carter*, 464 F. Supp. 633 (D.D.C. 1979).

For these reasons I would dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

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

MARCEAU J.: The appellants are all connected with the National Hockey League (the "League"), an unincorporated association grouping twenty professional hockey teams situated in Canada and in the United States, being either officers, directors and employees of the League or corporations and partnerships operating the member teams of the League. During the month of June 1983, the individual appellants were served with orders issued under the authority of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (hereinafter the "Act"), requiring them to attend before a member of the Restrictive Trade Practices Commission, on July 12, 1983, to give evidence under oath as to any matters relating to the production and operation of major league professional hockey and the possible existence therein of a monopolistic situation prohibited by section 33 of the Act. The summons contained the following *duces tecum* provision:

You are further required to produce at the time and place first above mentioned:

1. All notes, letters, opinions, financial statements, memoranda, press releases, studies, working papers, analyses, and any other documentation which is in your possession or under your control which in any way relates to a transfer, sale or termination of membership, ownership or location of any and all franchises of the National Hockey League between January 1, 1970, and the present and without restricting the foregoing the proposed sale and transfer of the St. Louis Blues from Ralston Purina Company to Coliseum Holdings Ltd.

2. All notes, letters, opinions, financial statements, memoranda, press releases, studies, working papers, analyses, and any other documentation which is in your possession or under your control which in any way relates to applications for any and all franchises between January 1, 1970 and the present.

rendues en vertu de l'article 17 en l'espèce sont conformes à ces exigences telles qu'elles ont été appliquées aux *subpoenas duces tecum* de nature administrative dans les décisions des tribunaux américains. Voir, par exemple, *F.T.C. v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (D.C. Cir. 1977); *F.T.C. v. Carter*, 464 F. Supp. 633 (D.D.C. 1979).

Pour tous ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens.

\* \* \*

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

LE JUGE MARCEAU: Tous les appelants ont des liens avec la Ligue nationale de hockey (la «Ligue»), association non constituée en corporation, groupant vingt équipes de hockey professionnel établies au Canada et aux États-Unis. Ils font partie des cadres, des administrateurs et des employés de la Ligue ou encore des corporations et des sociétés administrant les équipes membres de la Ligue. Pendant le mois de juin 1983, les appelants ont reçu individuellement signification d'ordonnances rendues en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23 (appelée ci-après la «Loi»), leur enjoignant de se présenter à un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce le 12 juillet 1983, afin d'être interrogés sous serment sur des questions relatives à la formation et au fonctionnement de la ligue majeure de hockey professionnel et à l'existence possible en son sein d'une situation de monopole prohibée par l'article 33 de la Loi. L'assignation contenait le *duces tecum* suivant:

[TRADUCTION] Vous êtes en outre requis de produire au moment et au lieu mentionnés plus haut:

1. Les notes, lettres, opinions, états financiers, mémoires, communiqués de presse, études, documents de travail, analyses et tout autre document dont vous avez la possession ou le contrôle, qui se rapportent de quelque manière que ce soit à la cession, à la vente ou à la résiliation d'un droit d'affiliation, de propriété ou de location de toute concession de la Ligue nationale de hockey entre le 1<sup>er</sup> janvier 1970 et ce jour, et, sans restreindre la portée de ce qui précède, à la vente projetée des Blues de Saint-Louis et à leur cession à Coliseum Holdings Ltd. par Ralston Purina Company.

2. Les notes, lettres, opinions, états financiers, mémoires, communiqués de presse, études, documents de travail, analyses et tout autre document dont vous avez la possession ou le contrôle, qui se rapportent de quelque manière que ce soit à des demandes de concession entre le 1<sup>er</sup> janvier 1970 et ce jour.

3. All notes, letters, opinions, financial statements, memoranda, press releases, studies, and any other documentation which is in your possession or under your control which was referred to in any fashion by members of the Advisory Committee of the National Hockey League in the performance of their duties in examining the proposed sale and transfer of the St. Louis Blues from Ralston Purina Company to Coliseum Holdings Ltd.

4. All financial statements for the last three fiscal years for the franchise which you represent.

The orders, signed by the respondent Stoner, the Chairman of the Restrictive Trade Practices Commission, had been made under the authority of section 17 of the Act, in connection with an inquiry initiated by the respondent Hunter, the Director of Investigation and Research appointed under the Act, shortly after the refusal by the Governors of the League to allow the transfer of the St. Louis Blues franchise to Saskatoon.<sup>1</sup>

On being served with the orders, the individual appellants, all businessmen residing at various locations throughout Canada and the United States, took the view that they were being subjected to excessive inconvenience in being required to

<sup>1</sup> The provisions of the Act immediately concerned read as follows [subparagraph 8(b)(iii) rep. and sub. S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 4]:

8. The Director shall

(b) whenever he has reason to believe that

(iii) an offence under Part V or section 46.1 has been or is about to be committed, or

cause an inquiry to be made into all such matters as he considers necessary to inquire into with the view of determining the facts.

17. (1) On *ex parte* application of the Director, or on his own motion, a member of the Commission may order that any person resident or present in Canada be examined upon oath before, or make production of books, papers, records or other documents to such member or before or to any other person named for the purpose by the order of such member and may make such orders as seem to him to be proper for securing the attendance of such witness and his examination, and the production by him of books, papers, records or other documents and may otherwise exercise, for the enforcement of such orders or punishment for disobedience thereof, all powers that are exercised by any superior court in Canada for the enforcement of subpoenas to witnesses or punishment of disobedience thereof.

3. Les notes, lettres, opinions, états financiers, mémoires, communiqués de presse, études et tout autre document dont vous avez la possession ou le contrôle, invoqués de quelque manière que ce soit par les membres du comité consultatif de la Ligue nationale de hockey dans l'exécution de leurs obligations au moment de l'examen de la vente projetée des Blues de Saint-Louis et de leur cession à Coliseum Holdings Ltd. par Ralston Purina Company.

4. Les états financiers des trois dernières années de la concession que vous représentez.

Les ordonnances signées par l'intimé Stoner, président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, ont été rendues en vertu de l'article 17 de la Loi, dans le cadre d'une enquête instituée par l'intimé Hunter, directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la Loi, peu de temps après le refus des gouverneurs de la Ligue d'autoriser le transfert à Saskatoon de la concession des Blues de Saint Louis<sup>1</sup>.

En recevant signification des ordonnances, les appelants, tous hommes d'affaires résidant à divers endroits au Canada et aux États-Unis, ont aussitôt considéré que l'obligation de trouver et de produire des milliers de documents présentait pour eux des

<sup>1</sup> Voici les dispositions pertinentes de la Loi [le sous-alinéa 8b)(iii) abrogé et remplacé par S.C. 1974-75-76, chap. 76, art. 4]:

8. Le directeur doit:

b) chaque fois qu'il a des raisons de croire

(iii) qu'on a commis ou qu'on est sur le point de commettre une infraction visée par la Partie V ou l'article 46.1, ou

faire étudier toutes questions qui, d'après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits.

17. (1) Sur demande *ex parte* du directeur, ou de sa propre initiative, un membre de la Commission peut ordonner que toute personne résidant ou présente au Canada soit interrogée sous serment devant lui ou devant toute autre personne nommée à cette fin par l'ordonnance de ce membre, ou produise à ce membre ou à cette autre personne des livres, documents, archives ou autres pièces, et peut rendre les ordonnances qu'il estime propres à assurer la comparution et l'interrogatoire de ce témoin et la production par ce dernier de livres, documents, archives ou autres pièces, et il peut autrement exercer, en vue de l'exécution de ces ordonnances ou de la punition pour défaut de s'y conformer, les pleins pouvoirs exercés par toute cour supérieure au Canada quant à l'exécution des brefs d'assignation ou à la punition en cas de défaut de s'y conformer.

search for and produce thousands of documents and that an unacceptable intrusion upon their otherwise confidential business dealings was being attempted. They decided to submit their right to the Court.

An application was therefore filed in the Trial Division of this Court seeking an order to prohibit the respondents from acting upon the orders of the Chairman and, in the alternative, by way of *certiorari*, to quash such orders. When this application was rejected on August 11, 1983 by the Associate Chief Justice [*Ziegler et al. v. Hunter, Director of Investigation and Research et al.* (1983), 75 C.P.R. (2d) 222], the appellants launched the present appeal to this Court.

The appellants contend that the Trial Judge erred in not holding that the aforesaid orders, issued pursuant to section 17 of the Act, contravened the provisions of paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights* and sections 2, 7 and 8 of [the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of] the *Constitution Act, 1982*, as a result of which they were of no force or effect. Their contention is based on two propositions: first, that all orders made pursuant to section 17 of the Act are contrary to paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights* because they inevitably offend against the privilege against self-crimination; second, that the orders as issued here are contrary to sections 2, 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that they constitute an intrusion upon the appellants' privacy and an unreasonable search and seizure. The two propositions, of course, even if they lead to the same conclusion, relate to two completely distinct grounds of attack. They can only be examined separately.

## I

The appellants support their proposition that all orders made under section 17 offend against the privilege against self-crimination guaranteed by the Bill of Rights with a reasoning they say is novel in the sense that it has not yet been submitted to a Canadian court. I suppose it might be more satisfying, because of that, if I take the time

inconvenients excessifs et que cela constituait d'ailleurs une tentative d'ingérence inacceptable dans leurs affaires au demeurant confidentielles. Ils ont donc décidé de faire valoir leurs droits devant la Cour.

Une demande a donc été déposée en Division de première instance de la Cour afin d'obtenir une ordonnance interdisant aux intimés de donner suite aux ordonnances du président et, subsidiairement, par voie de *certiorari*, afin de faire annuler ces ordonnances. Le juge en chef adjoint a rejeté cette demande le 11 août 1983 [*Ziegler et autres c. Hunter, directeur des enquêtes et recherches et autre* (1983), 75 C.P.R. (2d) 222] et les appelants ont interjeté le présent appel devant cette Cour.

Les appelants prétendent que le juge de première instance a eu tort de ne pas conclure que lesdites ordonnances, rendues en vertu de l'article 17 de la Loi, violent les dispositions de l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits* et des articles 2, 7 et 8 de [la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de] la *Loi constitutionnelle de 1982*, et qu'elles sont, par conséquent, nulles et non avenues. Leur prétention repose sur deux propositions: premièrement, toutes les ordonnances rendues en vertu de l'article 17 de la Loi sont contraires à l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits* parce qu'elles contreviennent inévitablement au privilège contre l'auto-incrimination; deuxièmement, les ordonnances, telles que rendues en l'espèce, sont contraires aux articles 2, 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elles constituent une intrusion dans la vie privée des appelants et une perquisition et une saisie abusives. Bien qu'elles mènent à la même conclusion, les deux propositions se rapportent évidemment à deux moyens de contestation distincts qui doivent être examinés séparément.

## I

Les appelants appuient leur proposition selon laquelle toutes les ordonnances rendues en vertu de l'article 17 contreviennent au privilège contre l'auto-incrimination garanti par la Déclaration des droits, sur un fondement nouveau en ce sens qu'il n'a pas encore été soumis à un tribunal canadien. Je suppose qu'il serait pour cela préférable que je

to summarize it as it was presented by counsel and as I understood it.

The rule against self-crimination, as articulated in the maxim *nemo tenetur seipsum accusare* or *prodere*, is of long standing in the common law, counsel first reminds us. It originated as a reaction to early abuses of inquisitorial procedures and from the leading case of *Lilburn's Trial* (1637), 13 How. St. Tr. 1315 (U.K.)—where Parliament held that the Star Chamber had no right to compel Lilburn, then charged with certain offences, to submit to interrogation—it developed rapidly and soon became of such great significance in the minds of the common law world people that after the American Revolution, it was made the subject of the Fifth Amendment to the United States Constitution.<sup>2</sup> The scope of the rule against self-crimination at common law, counsel continues, has been clearly established, in the course of the years, by the English and American courts: it is now accepted that the rule extends beyond answers that could directly criminate the witness, and covers questions that might be used as a step towards obtaining evidence and even matters that could only form a link in the chain of proof; and it is often considered that the rule must apply not only to oral questioning but also to the production of documents of a criminating nature in response to an order of production.

This common law rule against self-crimination, counsel goes on, is part of our Canadian law since

<sup>2</sup> The Amendment reads thus:

Amendment V [1791]

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Incidentally, the history of the rule is dealt with extensively in *Wigmore on Evidence*, Vol. 8 (McNaughton rev. 1961), paragraphs 2250-2251.

prenne le temps de résumer ce qu'en a dit l'avocat et d'exposer ce que j'en ai compris.

L'avocat rappelle d'abord que la règle contre l'auto-incrimination, énoncée dans la maxime *nemo tenetur seipsum accusare* ou *prodere*, existe depuis longtemps en *common law*. Elle tire son origine des réactions aux premiers abus des procédures inquisitoriales et, depuis le cas d'espèce *Lilburn's Trial* (1637), 13 How. St. Tr. 1315 (R.-U.), dans lequel le Parlement a jugé que la Chambre étoilée n'avait pas le droit d'obliger Lilburn, alors accusé de certains crimes, à se soumettre à un interrogatoire, elle a évolué rapidement et a revêtu bientôt pour les habitants des pays de *common law* une importance telle qu'après la révolution américaine elle a fait l'objet du Cinquième amendement de la Constitution des États-Unis<sup>2</sup>. L'avocat poursuit en affirmant que la portée de la règle contre l'auto-incrimination a été clairement établie au cours des années par les tribunaux anglais et américains. Il est maintenant admis que la règle ne s'applique pas seulement aux questions qui pourraient incriminer le témoin, mais couvre également les questions qui pourraient être utilisées comme moyens d'obtenir des preuves et même des éléments ne constituant qu'un maillon d'un enchaînement de preuves; et il est souvent affirmé que la règle doit s'appliquer non seulement à l'interrogatoire oral mais également à la communication de documents de nature incriminante en réponse à une ordonnance de communication.

Cette règle de *common law* contre l'auto-incrimination, affirme ensuite le procureur, fait partie

<sup>2</sup> Voici le texte de cet amendement:

[TRADUCTION] Cinquième amendement [1791]

Nul ne sera tenu de répondre à une accusation pour un crime capital ou infamant, sauf sur la dénonciation (*presentment*) ou l'accusation (*indictment*) d'un grand jury, exception faite des délits commis dans les troupes de terre ou de mer ou dans la milice, lorsque celle-ci est en service actif en temps de guerre ou de danger public. Nul ne pourra être, deux fois pour le même crime, menacé dans sa vie ou molesté dans son corps (*put in jeopardy of life or limb*); ni être contraint à témoigner contre lui-même dans aucune affaire criminelle; ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans une procédure conforme au droit (*without due process of law*). Aucune propriété privée ne pourra être prise pour un usage public sans une juste indemnité.

Incidentement, l'histoire de cette règle est examinée en profondeur dans *Wigmore on Evidence*, Vol. 8 (McNaughton rev. 1961), paragraphes 2250 et 2251.

the adoption of the *Canadian Bill of Rights*, which provides in paragraph 2(d) as follows:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(d) authorize a court, tribunal, commission, board or other authority to compel a person to give evidence if he is denied counsel, protection against self crimination or other constitutional safeguards;

This is a provision which accurately reflects the privilege against self-crimination as a Canadian derivative of the English common law, and the provision no doubt applies to the Restrictive Trade Practices Commission as well as to the Director investigating an alleged offence under Part V of the Act: adequate protection against self-crimination must therefore be given to any person, individual or corporation suspected of committing or participating in a specific criminal offence, summoned to testify before the Director and to produce documents, books, papers and records. "Is such protection adequately provided by the Act?" counsel asks. Certainly not, he argues. It is true that provisions similar to those enacted by subsection 5(2) of the *Canada Evidence Act* are found in subsection 20(2), which says:

20. ...

(2) No person shall be excused from attending and giving evidence and producing books, papers, records or other documents, in obedience to the order of a member of the Commission, on the ground that the oral evidence or documents required of him may tend to criminate him or subject him to any proceeding or penalty, but no oral evidence so required shall be used or receivable against such person in any criminal proceedings thereafter instituted against him, other than a prosecution for perjury in giving such evidence or a prosecution under section 122 or 124 of the *Criminal Code* in respect of such evidence.

But this subsection does not assure the witness an immunity coextensive with the privilege and does not give him the "concurrent" protection contemplated by Laskin J. (as he then was) in his reasons for judgment in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; 26 D.L.R. (3d) 603, at page

du droit canadien depuis l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* dont voici l'alinéa 2d):

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

d) autorisant une cour, un tribunal, une commission, un office, un conseil ou une autre autorité à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse le secours d'un avocat, la protection contre son propre témoignage ou l'exercice de toute garantie d'ordre constitutionnel;

Cette disposition montre clairement que le privilège contre l'auto-incrimination au Canada est tiré de la *common law* anglaise et elle s'applique sans aucun doute à la Commission sur les pratiques restrictives du commerce de même qu'au directeur enquêtant sur une infraction présumée à la Partie V de la Loi: une protection adéquate contre l'auto-incrimination doit donc être accordée à toute personne, individu ou société, soupçonnée d'avoir commis un acte criminel particulier ou d'y avoir participé, qui est assignée à témoigner devant le directeur et à produire des documents, livres, papiers et archives. «Une telle protection adéquate est-elle accordée par la loi?» demande alors l'avocat. Certainement pas, prétend-il. Il est vrai que l'on trouve au paragraphe 20(2) des dispositions semblables à celles contenues au paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*:

20. ...

(2) Nul n'est dispensé de comparaître et de rendre témoignage et de produire des livres, documents, archives ou autres pièces en conformité de l'ordonnance d'un membre de la Commission, pour le motif que le témoignage verbal ou les documents requis de lui peuvent tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais nul témoignage oral ainsi exigé ne peut être utilisé ni n'est recevable contre cette personne dans toutes poursuites criminelles intentées par la suite contre elle, sauf dans une poursuite pour parjure en rendant un tel témoignage ou dans une poursuite intentée en vertu de l'article 122 ou 124 du *Code criminel* à l'égard d'un tel témoignage.

Mais ce paragraphe n'assure pas au témoin une immunité qui corresponde à l'étendue du privilège et ne lui accorde pas la protection «concurrente» envisagée par le juge Laskin (tel était alors son titre) dans ses motifs de jugement dans *Curr c. La Reine*, [1972] S.C.R. 889; 26 D.L.R. (3d) 603, à

619. Indeed, the subsection affords no protection whatever against the use by the Attorney General of Canada of the documents produced as well as the transcript of the testimony given, in deciding whether or not a prosecution should be launched; nor against the use of the documents, or of the derivative evidence flowing from the testimony given, in criminal proceedings thereafter instituted against the witness.<sup>3</sup>

So counsel presents the conclusion as inevitable: section 17 of the Act is inoperative in that it purports to compel witnesses to testify before federal authorities while denying them the protection against self-crimination enshrined in paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights*.

I do not intend to review each and every one of the several statements made in that reasoning in order to express my agreement or disagreement with respect thereto, although I may say that I have very serious doubt as to the validity of some of them. For instance, I question the statement that at common law the privilege extends to corporations and corporate documents (see *Wigmore, op. cit.*, paragraph 2259; see the reasons of Arnup J.A. in *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex parte Corning Glass Works Ltd.*, [1971] 2 O.R. 3 (C.A.)); and I am not prepared to accept readily the proposition that the privilege, with the extension given to it, applies unreservedly outside court proceedings in a mere fact-finding procedure like the one here in question (see *Phipson on Evidence*, 11th ed. (1970), pages 615 and *seq.*; and as to the character of the Director's inquiry, see *Canadian Fishing Company Limited et al. v. Smith et al.*, [1962] S.C.R. 294).

<sup>3</sup> Section 15 of the Act reads thus:

15. (1) The Director may, at any stage of an inquiry, and in addition to or in lieu of continuing the inquiry, remit any records, returns or evidence to the Attorney General of Canada for consideration as to whether an offence has been or is about to be committed against this Act, and for such action as the Attorney General of Canada may be pleased to take.

(2) The Attorney General of Canada may institute and conduct any prosecution or other proceedings under this Act, and for such purposes he may exercise all the powers and functions conferred by the *Criminal Code* on the attorney general of a province.

la page 619. En effet, le paragraphe n'accorde aucune protection contre l'utilisation que peut faire le procureur général du Canada des documents produits ainsi que de la transcription du témoignage donné en vue de décider si une poursuite devrait être intentée, pas plus qu'il n'en accorde contre l'utilisation des documents ou des preuves obtenues à partir du témoignage donné, aux fins des poursuites pénales intentées par la suite contre le témoin.<sup>3</sup>

De là, l'avocat soutient que la conclusion s'impose: l'article 17 de la Loi est sans effet parce qu'il vise à obliger des personnes à témoigner devant les autorités fédérales, tout en leur refusant la protection contre l'auto-incrimination enchâssée dans l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Je n'ai pas l'intention de revoir chacune des nombreuses prétentions contenues dans ce raisonnement en vue d'exprimer mon accord ou mon désaccord à leur sujet, bien que je puisse affirmer que j'entretiens des doutes sérieux quant à la justesse de certaines. Par exemple, je considère comme discutable l'affirmation selon laquelle en *common law*, le privilège s'étend aux corporations et aux documents corporatifs (voir *Wigmore, op. cit.*, paragraphe 2259; voir les motifs du juge d'appel Arnup dans *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex parte Corning Glass Works Ltd.*, [1971] 2 O.R. 3 (C.A.)); je ne suis pas disposé non plus à accepter tout de suite la proposition selon laquelle le privilège, avec l'étendue qu'on lui a attribuée, s'applique sans réserve, en dehors des procédures judiciaires, dans une simple procédure d'enquête comme celle dont il est question en l'espèce (voir *Phipson on Evidence*, 11<sup>e</sup> éd. (1970), pages 615 et *s.*, et, en ce qui concerne la nature de l'enquête du

<sup>3</sup> L'article 15 de la Loi est ainsi libellé:

15. (1) Le directeur peut, à toute étape d'une enquête et en plus ou au lieu de la continuer, remettre tous dossiers, rapports ou preuve au procureur général du Canada pour examen sur la question de savoir si l'on a commis ou si l'on est sur le point de commettre une infraction à la présente loi, et pour toutes mesures qu'il plaît au procureur général du Canada de prendre.

(2) Le procureur général du Canada peut intenter et conduire toutes poursuites ou autres procédures prévues par la présente loi. A ces fins, il peut exercer tous les pouvoirs et fonctions que le *Code criminel* confère au procureur général d'une province.

If I consider it unnecessary to address these particular points any further, it is for the simple reason that I disagree with the very allegation on which the appellants' whole reasoning hinges, namely that the common law privilege against self-crimination with whatever extension it is given in England is part of the Canadian law.

It is acknowledged by all authorities that, in 1893, Canada departed from the general common law doctrine of non-crimination and substituted, in proceedings within federal jurisdiction, a protection only against use of incriminating testimony in subsequent criminal proceedings against the witness. This resulted from the enactment by Parliament of section 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10<sup>4</sup>, which was meant to subsume the effects of the rule as it was then understood. From that year on, the right against self-crimination in proceedings within the federal sphere became a strictly statutory right confined within the terms of section 5 of the *Canada Evidence Act* and of corollary sections subsequently incorporated in particular statutes. (See the comments of Professor Ratushny in his long study entitled "Is There A Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 McGill L.J. 1, as well as those in his book, *Self-Incrimination*, at pages 52 and *seq.*; see among several others the interesting decision of *R. v. Simpson et al.* (1943),

<sup>4</sup> It reads as follows:

5. (1) No 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 person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer upon the ground that his answer 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 person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering such question, then although the witness is by reason of this Act, or by reason of such provincial Act, compelled to answer, the answer so given shall not be used or receivable in evidence against him in any criminal trial, or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of such evidence.

directeur, voir *Canadian Fishing Company Limited et al. v. Smith et al.*, [1962] R.C.S. 294).

Si j'estime qu'il n'est pas nécessaire de prendre partie sur ces points particuliers, c'est tout simplement parce que je ne suis pas d'accord avec l'allégation sur laquelle tourne tout le raisonnement des appelants, soit que le privilège contre l'auto-incrimination de la *common law*, avec toute l'extension qu'on a pu lui accorder en Angleterre, est partie intégrante du droit canadien.

Toutes les autorités reconnaissent qu'en 1893, le Canada a abandonné le principe général de non-incrimination accepté en *common law* et l'a remplacé, dans les procédures soumises à juridiction fédérale, par une protection contre l'usage d'un témoignage incriminant dans des poursuites pénales intentées ultérieurement contre un témoin. C'est ce qui découlait de l'adoption par le Parlement de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10<sup>4</sup>, qui visait à subsumer les effets de la règle telle qu'elle était interprétée alors. À compter de là, le droit contre l'auto-incrimination dans des procédures du ressort fédéral est devenu un droit strictement réglementé par la loi, et réduit aux termes de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et à ceux d'articles connexes ajoutés subséquentement dans des lois particulières. (Voir les commentaires du professeur Ratushny dans sa longue étude intitulée «Is There A Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 McGill L.J. 1, et dans son livre *Self-Incrimination*, aux pages 52 et s.; voir parmi de nombreux

<sup>4</sup> Voici le texte de cet article:

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à quelque question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi, ou sans la loi de quelque législature provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale, forcé de répondre, sa réponse ne peut pas être invoquée et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite, hors le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

79 C.C.C. 344 (B.C.C.A.) Counsel for the appellant is, of course, well aware of that but he suggests, as explained above, that by enacting paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights* in 1960, Parliament expressed its will to revert to the common law privilege, thereby putting an end to the period during which the effects of the privilege in Canada had been limited by statute.

That suggestion is, to me, simply unacceptable. The very reading of the *Canadian Bill of Rights*, including its preamble, makes it clear that the purpose of Parliament in enacting it was not to adopt new fundamental rights and freedoms derived from the principles accepted in our society; it was to enshrine those rights and freedoms already recognized and give them the prominence they deserve. In *Miller et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; 70 D.L.R. (3d) 324, Mr. Justice Ritchie speaking for himself and four other members of the Court states as follows (at pages 703-704 S.C.R., page 343 D.L.R.):

I subscribe to the analysis of the meaning and effect of ss. 1 and 2 of the *Bill of Rights* to be found in the reasons for judgment of Mr. Justice Martland, speaking for the majority of this Court in *The Queen v. Burnshine* ([1975] 1 S.C.R. 693), at p. 705 where, after noting that the *Bill of Rights* "by its express wording . . . declared and continued existing rights and freedoms", he went on to say:

It was those existing rights and freedoms which were not to be infringed by any federal statute. Section 2 did not create new rights. Its purpose was to prevent infringement of existing rights. It did particularize in paras. (a) to (g), certain rights which were a part of the rights declared in s. 1 . . .

The "protection against self crimination" contemplated by paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights* cannot be wider and more extensive than that considered, in 1960, as being adequate, that is to say the protection afforded by the *Evidence Act*. Counsel for the appellant referred to a passage in the reasons of Mr. Justice Dickson, delivering the judgment of a nine-man Court, in the case of *Marcoux et al. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, in which the learned Justice (at page 769) speaks of the parallel courses followed by the Canadian jurisprudence and the American jurisprudence in relation to the privilege and even makes allusion to the possibility of documentary

ses décisions celle de *R. v. Simpson et al.* (1943), 79 C.C.C. 344 (C.A.C.-B.) L'avocat des appelants connaît naturellement ces faits, mais il voudrait, comme je l'ai expliqué plus haut, qu'en adoptant l'alinéa 2d de la *Déclaration canadienne des droits* en 1960, le Parlement ait exprimé sa volonté de revenir au privilège reconnu par la *common law*, mettant fin ainsi à la période pendant laquelle les effets de ce privilège au Canada avaient été limités par la loi.

Cette prétention est, à mon avis, tout simplement inacceptable. Il est clair à la seule lecture de la *Déclaration canadienne des droits* et de son préambule que le but poursuivi par le Parlement n'était pas de créer de nouveaux droits et de nouvelles libertés fondamentales découlant des principes acceptés dans notre société, mais plutôt d'enchâsser dans un texte les droits et libertés déjà reconnus et de leur accorder l'importance qu'ils méritent. Dans *Miller et al. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; 70 D.L.R. (3d) 324, le juge Ritchie, appuyé par quatre autres membres de la Cour, déclare (aux pages 703 et 704 R.C.S., et 343 D.L.R.):

Je souscris à l'analyse du sens et de l'effet des art. 1 et 2 de la *Déclaration canadienne des droits* que le juge Martland, parlant pour la majorité de la Cour, a faite dans ses motifs de jugement dans *La Reine c. Burnshine* ([1975] 1 R.C.S. 693), à la p. 705. Après avoir souligné que la *Déclaration canadienne des droits* « . . . porte déclaration et continuation de droits et libertés existants, de par ses termes express », il dit:

Ce sont ces droits et ces libertés qui existaient alors qui ne doivent être violés par aucune loi fédérale. L'article 2 ne crée pas de droits nouveaux. Son but est d'empêcher la transgression de droits existants. Il précise effectivement, dans les alinéas a) à g), certains droits faisant partie de ceux qui sont déclarés dans l'art. 1 . . .

La «protection contre son propre témoignage prévue à l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits* ne peut avoir une portée plus vaste que celle que l'on avait considérée adéquate en 1960, c'est-à-dire la protection accordée par la *Loi sur la preuve*. L'avocat des appelants mentionne un extrait des motifs fournis par le juge Dickson en prononçant le jugement au nom des neuf membres de la Cour dans l'arrêt *Marcoux et autre c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, où le juge parle (à la page 769) du cheminement parallèle qu'ont suivi le droit canadien et le droit américain en ce qui concerne le privilège contre l'auto-incrimination et fait même allusion à la possibilité que le privilège

disclosure being covered by the rule.<sup>5</sup> Counsel would see in that passage a recognition that the scope of the privilege goes beyond the limits established by the *Canadian Evidence Act*. I think, with respect, that counsel misread the passage referred to. The parallel with the American jurisprudence is made to explain that both have followed a course "limiting the application of the privilege to its historic reach, i.e. protection against testimonial compulsion"; and the reference to "coerced . . . documentary disclosures" appears to be referring to forms of testimony reduced to writing, such as interrogatories or affidavits. Indeed, in the very first paragraph of the part of his reasons dealing with the scope of the privilege in which is found the passage referred to by counsel, the learned Justice had made a general and unequivocal statement as follows (at page 768):

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him. That is all that is meant by the Latin maxim *nemo tenetur seipsum accusare*, often incorrectly advanced in support of a much broader proposition.

and in the following paragraph, after referring to previous cases, he quoted with approval [at page 768] the statement of Laskin J., as he then was, in *Curr v. The Queen* (already above referred to), where he said (at page 912 S.C.R., page 623 D.L.R.):

. . . I cannot read s. 2(d) as going any farther than to render inoperative any statutory or non-statutory rule of federal law that would compel a person to criminate himself before a court or like tribunal through the giving of evidence, without concurrently protecting him against its use against him.

The first proposition advanced by the appellants is to be rejected. The orders issued pursuant to section 17 of the Act do not offend against para-

<sup>5</sup> The passage reads thus:

American jurisprudence on the Fifth Amendment, which protects a person against being compelled "to be a witness against himself", and Canadian jurisprudence on the privilege against self-incrimination, have followed parallel courses, limiting the application of privilege to its historic reach, i.e. protection against testimonial compulsion. Such a limitation gives rise to a distinction between coerced oral or documentary disclosures which fall within the privilege, and what has been termed "real or physical" evidence, i.e. physical evidence taken from a person without his consent, which, broadly speaking, falls outside the privilege.

puisse couvrir une «révélation écrite»<sup>5</sup>. L'avocat estime que ce passage reconnaît que la portée du privilège dépasse les limites fixées par la *Loi sur la preuve au Canada*. Je pense cependant que l'avocat interprète mal le passage cité. Le parallèle fait avec le droit américain a pour objet d'expliquer que le droit canadien et le droit américain ont suivi un cheminement «limitant l'application du privilège à sa portée historique, c.-à-d. assurer une protection contre la contrainte de témoigner», et la référence aux «révélation . . . écrites obtenues de force» semble se rapporter aux diverses formes de témoignage donné par écrit, telles que les interrogatoires ou les affidavits. En fait, dans le premier paragraphe de la partie de ses motifs traitant de la portée du privilège, d'où est tiré l'extrait cité par l'avocat, le juge s'était prononcé d'une façon générale et sans équivoque en disant (à la page 768):

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer. C'est là tout ce que signifie la maxime latine *nemo tenetur seipsum accusare*, que l'on avance souvent à tort pour étayer une proposition beaucoup plus générale.

Et dans le paragraphe suivant, après s'être référé à des décisions antérieures, il avait cité [à la page 768], en l'approuvant, la déclaration du juge Laskin (tel était alors son titre) dans *Curr c. La Reine* (déjà cité plus haut) aux pages 912 R.C.S. et 623 D.L.R.:

. . . je ne puis interpréter l'art. 2d) comme faisant plus que rendre inopérante toute règle de droit fédérale, énoncée dans une loi formelle ou non, qui obligerait quelqu'un à s'accuser devant une cour ou un tribunal semblable en fournissant une preuve, sans en même temps le protéger contre l'utilisation de cette preuve contre lui.

La première proposition avancée par les appellants doit être rejetée. Les ordonnances rendues en vertu de l'article 17 de la Loi ne violent pas

<sup>5</sup> Cet extrait est rédigé comme suit:

Le droit américain sur le cinquième amendement, qui protège une personne contre la contrainte [TRADUCTION] «de témoigner contre elle-même», et le droit canadien sur le privilège contre l'auto-incrimination ont suivi un cheminement parallèle en limitant l'application du privilège à sa portée historique, c.-à-d. assurer une protection contre la contrainte de témoigner. Une telle restriction fait naître une distinction entre des révélations verbales ou écrites obtenues de force lesquelles tombent sous le coup du privilège et ce qu'on a appelé la preuve «réelle ou matérielle», c.-à-d. une preuve matérielle qui a été obtenue d'une personne sans son consentement et qui, généralement parlant, n'est pas visée par le privilège.

graph 2(d) of the Bill of Rights. The protection given to the witness by subsection 20(2) of the Act is protection "concurrent" with the privilege against self-crimination as it is contemplated and defined by Canadian law. (Compare *Stevens, et al. v. Restrictive Trade Practices Commission*, [1979] 2 F.C. 159 (T.D.).)

## II

The appellants' second proposition, namely that the orders as issued constitute an encroachment on their constitutional rights to privacy and security against unreasonable search and seizure, is formulated as if three different sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* would come into play: sections 2, 7 and 8, which read as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

The appellants, however, did not explain why sections 2 and 7 were specifically referred to nor do I see how these sections could support the proposition independently of section 8. Indeed, counsel's argument was essentially that the orders as issued, because of their width and burdensome nature, were equivalent to a search and seizure of a type prohibited by section 8 of the *Charter* if the principles set out by the Alberta Court of Appeal in *Southam Inc. v. Dir. of Investigation & Research*, [1983] 3 W.W.R. 385, and later by the Trial Division of this Court, in *Thomson Newspapers Ltd. et al. v. Hunter, Director of Investigation and Research et al.* (judgment by Collier J. dated July 6, 1983, not yet reported [now reported at 73 C.P.R. (2d) 67]) are to be applied. In fact, I think the issue raised by the proposition is more complex but, in any event, the only section of the *Charter* properly involved is section 8.

l'alinéa 2d) de la Déclaration des droits. La protection accordée au témoin par le paragraphe 20(2) de la Loi est «concurrente» avec le privilège contre l'auto-incrimination tel qu'il est envisagé et défini par le droit canadien. (Comparer avec *Stevens, et autres c. La Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, [1979] 2 C.F. 159 (1<sup>re</sup> inst.))

## II

La deuxième proposition des appelants, soit celle voulant que les ordonnances telles que rendues violeraient les droits à la protection de la vie privée et à la protection contre les perquisitions et les saisies abusives que leur garantit la Constitution, est formulée comme mettant en cause trois articles différents de la *Charte canadienne des droits et libertés*, savoir les articles 2, 7 et 8 dont voici les textes:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

- a) liberté de conscience et de religion;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;
- c) liberté de réunion pacifique;
- d) liberté d'association.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Les appelants n'ont cependant pas expliqué pourquoi ils ont spécifiquement invoqué les articles 2 et 7 et je ne vois pas comment ces articles pourraient servir de fondement à leur proposition indépendamment de l'article 8. En fait, l'argument de l'avocat était en substance que les ordonnances rendues, en raison de leur portée et de leur caractère extrêmement onéreux, équivalaient à des perquisitions et à des saisies du genre de celles prohibées par l'article 8 de la *Charte*, si on applique les principes énoncés par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Southam Inc. v. Dir. of Investigation & Research*, [1983] 3 W.W.R. 385, et plus tard, par la Division de première instance de la Cour dans *Thomson Newspapers Ltd. et autres c. Hunter, directeur des enquêtes et recherches et autres* (décision du juge Collier en date du 6 juillet 1983, encore inédite [maintenant publiée à 73 C.P.R. (2d) 67]). En réalité, je crois que la question

The appellants' proposition that the orders violate their constitutional rights under section 8 of the Charter, requires, in my view, that two questions be examined.

The first, strictly suggested by counsel's submission, is whether the orders, as issued, can be seen as the equivalent of a search-and-seizure procedure, so as to create a situation the admissibility of which under section 8 must be verified according to the guidelines defined in the *Southam* and *Hunter* cases. I do not think that a proper reading of the reasons given by Mr. Justice Prowse in the Alberta Court of Appeal and by Mr. Justice Collier in the Trial Division can really leave this issue open. It is evident that the essential characteristic of the situation created by a search-and-seizure order (and clearly the only one that explains the reaction of both Judges) is that a public officer is there bestowed with authority to force his way, at any time suitable to him and without warning, into the home or business premises of a person and search for and seize documents or things that he may lay his hands on. Such a characteristic is absolutely alien to the situation resulting from the service of a subpoena *duces tecum*, whatever the nature and the number of the documents asked for. The two situations have nothing in common as regards the intrusion into the home and privacy of an individual. The necessity to protect the citizens and their homes against a possible abuse of search powers in no way compares with the need that might be felt of keeping some control over the issuance of subpoenas *duces tecum*.

There is, however, another issue, raised by the appellants' proposition, that cannot be so easily disposed of. This issue is whether the orders here attacked should not be seen as the equivalent of a seizure and an unreasonable one within the meaning of section 8 of the Charter. The issue arises because section 8 not only prohibits an unreasonable "search and seizure" but also an unreasonable "mere seizure", the two words being connected in

soulevée par la proposition est plus complexe que cela mais, de toute façon, le seul article de la Charte impliqué est l'article 8.

La prétention des appelants selon laquelle les ordonnances violeraient leurs droits constitutionnels garantis par l'article 8 de la Charte demande, à mon avis, l'examen de deux questions.

La première, suggérée strictement par l'argumentation soumise par l'avocat, consiste à se demander si l'on peut considérer que les ordonnances telles qu'émisses à des procédures de perquisition et de saisie, créant une situation dont il faut vérifier si elle est permise en vertu de l'article 8 selon les directives exposées dans les décisions *Southam* et *Hunter*. Je ne crois pas que la question se pose vraiment si on lit attentivement les motifs prononcés par le juge Prowse pour la Cour d'appel de l'Alberta et par le juge Collier pour la Division de première instance. Il est évident que la caractéristique essentielle de la situation créée par une ordonnance de perquisition et de saisie (et certes, la seule qui explique la réaction des deux juges) tient à ce qu'un agent public reçoit là le pouvoir d'entrer de force, au moment qui lui convient et sans donner d'avertissement, dans la demeure ou dans les locaux commerciaux d'une personne, pour y chercher et saisir des documents ou objets qu'il peut y trouver. Cette caractéristique est totalement absente de la situation créée par la signification d'un subpoena *duces tecum*, peu importe la nature et le nombre des documents demandés. Les deux situations n'ont rien de commun en ce qui concerne l'intrusion dans la demeure et la vie privée d'un individu. La nécessité de protéger les citoyens contre un usage abusif éventuel des pouvoirs de perquisition n'est absolument pas comparable avec le besoin que l'on pourrait ressentir de garder un certain contrôle sur la délivrance de subpoenas *duces tecum*.

La prétention des appelants soulève toutefois une autre question qui ne peut être tranchée aussi facilement. C'est celle de savoir si les ordonnances contestées ne doivent pas être considérées comme équivalant à des saisies et à des saisies abusives au sens de l'article 8 de la Charte. La question se pose parce que l'article 8 prohibe non seulement la «fouille et saisie» abusive mais aussi la «simple saisie» abusive, les deux termes étant reliés dans le

the text by the disjunctive particle "or", not "and".

In their very recent decision in the case of *Alberta Human Rights Commission v. Alberta Blue Cross Plan* (a decision dated September 8, 1983, not yet reported [now reported at 48 A.R. 192; 1 D.L.R. (4th) 301]), five judges of the Court of Appeal of Alberta did not hesitate [at page 195 A.R., page 307 D.L.R.] to "... accept the view that a forced production of documents in a civil proceedings [sic], or during an administrative inquiry, is a seizure." Neither do I, at least for the purpose of section 8 of the Charter. It is the taking hold by a public authority of a thing belonging to a person against that person's will, that constitutes the essence of a seizure and the fact that the person is or is not forced to hand over the thing himself appears to me irrelevant. So the only real difficulty raised by the issue is whether the seizure that will necessarily follow the execution of the orders is reasonable within the meaning of the Charter.

The provisions of section 8 of the Charter correspond to those of the Fourth Amendment of the United States Constitution.<sup>6</sup> The position of the United States Supreme Court with regard to subpoenas issued by bodies exercising investigative powers should be directly on point and of incomparable value as a guide. W. R. LaFave in his treatise on the Fourth Amendment, *Search and Seizure* (1978), states in chapter 4 (pages 192-193) as follows:

The leading case on the Fourth Amendment limitations on the subpoena power is *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, (327 U.S. 186 (1946)), which lower courts have relied upon as establishing the standards which govern subpoenas issued by administrative agencies, grand juries, prosecutors, and legislative committees. In *Walling*, the Federal Wage and Hour Administrator subpoenaed the business records of *Oklahoma Press* in order to determine whether the publisher was subject to the minimum wage requirements of the Fair

<sup>6</sup> Which reads as follows:

Amendment IV [1791]

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

texte par la conjonction disjonctive «ou» et non par la conjonction de coordination «et».

Dans une décision très récente, *Alberta Human Rights Commission v. Alberta Blue Cross Plan* (décision du 8 septembre 1983, encore inédite [maintenant publiée à 48 A.R. 192; 1 D.L.R. (4th) 301]), cinq juges de la Cour d'appel de l'Alberta n'ont pas hésité [à la page 195 A.R., et à la page 307 D.L.R.] à [TRADUCTION] «... accepter l'idée que la production forcée de documents dans des procédures civiles, ou pendant une enquête de nature administrative, constitue une saisie». Je n'hésite pas non plus à le faire, du moins aux fins de l'application de l'article 8 de la Charte. C'est l'appropriation par un pouvoir public d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne qui constitue l'essence même d'une saisie, et le fait que la personne soit contrainte ou non de remettre elle-même l'objet n'est pas pertinent à mon avis. Aussi, la seule véritable difficulté soulevée par la question est donc de savoir si la saisie qui résultera nécessairement de la mise à exécution des ordonnances est raisonnable au sens de la Charte.

Les dispositions de l'article 8 de la Charte correspondent à celles du Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis<sup>6</sup>. La position de la Cour suprême des États-Unis sur les subpoenas délivrés par des organismes exerçant des pouvoirs d'enquête devrait être directement pertinente et fournir un guide incomparable quant à l'attitude à adopter. Dans son traité sur le Quatrième amendement, *Search and Seizure* (1978), W. R. LaFave déclare au chapitre 4 (pages 192 et 193):

[TRADUCTION] Le cas d'espèce faisant autorité au sujet des restrictions apportées par le Quatrième amendement au pouvoir de délivrer des subpoenas est *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling* (327 U.S. 186 (1946)), décision invoquée par les tribunaux inférieurs parce qu'elle établissait les normes régissant les subpoenas émis par les organismes administratifs, les grand jurys, le ministère public et les comités législatifs. Dans *Walling*, un administrateur fédéral (*Federal Wage and Hour Administrator*) a délivré un subpoena demandant la production

<sup>6</sup> En voici le texte:

[TRADUCTION] Quatrième amendement [1791]

Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, leur domicile, leurs papiers et leurs effets contre des perquisitions et saisies déraisonnables ne pourra être violé. Aucun mandat ne sera décerné que pour un motif plausible, appuyé par serment ou affirmation, et avec la désignation précise du lieu où devra se faire la perquisition et des personnes ou objets à saisir.

Labor Standards Act and whether the publisher was violating the Act. The Court, recognizing the confusion in the case law as to the applicability of the Fourth Amendment, stated that compliance with a subpoena presented no question of an actual search or seizure, and that the Fourth Amendment was applicable, if at all, only by analogy because the subpoena merely involved a "so-called 'figurative' or 'constructive' search." Consequently, the Court framed the issue as one of "balancing the public interest against private security" and held that the "gist of the protection is in the requirement that the disclosure sought shall not be unreasonable." Elaborating on the reasonableness, the Court set out three guidelines. First, no specific crime need be charged; "it is enough that the investigation be for a lawfully authorized purpose, within the power of Congress to demand." Second, because no specific crime need be alleged, probable cause to suspect the commission of a crime is unnecessary. Instead, a subpoena is valid if "the documents sought are relevant to the inquiry." Third and finally, the requirement of the Fourth Amendment warrant clause of a particular description of the person or items to be seized requires only that subpoenas contain "a specification of the documents to be produced adequate, but not excessive, for the purposes of the relevant inquiry." Although the Court specified these three relevant areas of inquiry to determine the validity of a subpoena under the Fourth Amendment, the Court also cautioned that the judicial inquiry should be fact-sensitive: "Necessarily ... this cannot be reduced to formula; for relevancy and adequacy or excess in the breadth of a subpoena are matters variable in relation to the nature, purposes and scope of the inquiry." Nevertheless, the three Walling standards, which the Court has continued to cite with approval, provide a framework for analyzing the scope that the courts subsequently have given to the Fourth Amendment's protection against compelled production of papers.

I confess having been at first somewhat dismayed at the number of documents involved, many thousands, but after considering some interesting American cases referred to by counsel for the respondents, notably *F.T.C. v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (D.C. Cir. 1977), and *F.T.C. v. Carter*, 464 F. Supp. 633 (D.D.C. 1979), I have come to understand that the number of documents had to be in direct relation to the nature and extent of the inquiry being carried out. Moreover, we were told, during the hearing, that all of the documents sought were corporate documents, i.e. documents belonging to corporations, not to individuals. Applying the principles set forth by the American jurisprudence, which I consider altogether reasonable, and considering the nature of the inquiry involved as well as the fact that the documents are

des registres de Oklahoma Press afin de déterminer si l'éditeur était assujéti aux exigences du Fair Labor Standards Act concernant le salaire minimum, et s'il violait cette loi. La Cour, constatant la confusion existant dans la jurisprudence au sujet de l'application du Quatrième amendement, a déclaré que l'obéissance à un *subpoena* ne constituait nullement une perquisition ou une saisie réelle et que le Quatrième amendement ne s'appliquait que par analogie, le *subpoena* ne concernant qu'une perquisition «simplement «symbolique» ou «virtuelle». Par conséquent, la Cour a jugé qu'il s'agissait de «mettre en balance l'intérêt public et la sécurité privée» et a statué que l'essence même de la protection réside dans la nécessité que la divulgation demandée ne soit pas déraisonnable. La Cour a donné trois directives afin de préciser cette exigence. Premièrement, il n'est pas nécessaire qu'une accusation pour un crime particulier soit portée: «il suffit que l'enquête soit effectuée dans un but permis par la loi, tout en respectant les limites du pouvoir conféré au Congrès de la requérir». Deuxièmement, étant donné qu'il n'est pas essentiel qu'un crime particulier soit allégué, aucune raison probable de soupçonner la perpétration d'un crime n'est requise. Au lieu de cela, un *subpoena* est valide si «les documents demandés sont pertinents pour l'enquête». Finalement, pour satisfaire à la garantie contenue au Quatrième amendement qui exige une description précise dans un mandat des personnes ou des articles à saisir, il suffit que, dans les *subpoenas*, «la désignation des documents à produire soit adéquate, et ne soit pas excessive, pour les fins de l'enquête en cause». Bien que la Cour ait donné des détails sur ces trois aspects particuliers de l'enquête pour déterminer la validité d'un *subpoena* en vertu du Quatrième amendement, elle a aussi fait une mise en garde en soulignant que l'examen judiciaire doit tenir compte des faits: «Forcément ... cela ne peut se réduire à une formule puisque le caractère pertinent, adéquat ou excessif d'un *subpoena* varie en fonction de la nature, des fins et de l'étendue de l'enquête.» Toutefois, les trois normes fixées dans Walling, que la Cour continue de citer et d'approuver, fournissent un cadre permettant d'analyser la portée que les tribunaux ont accordée ultérieurement à la protection fournie par le Quatrième amendement contre la communication forcée de documents.

J'avoue qu'à prime abord, j'ai été consterné par le nombre de documents concernés, puisqu'il y en a plusieurs milliers, mais après avoir examiné un certain nombre de décisions intéressantes rendues aux États-Unis, mentionnées par l'avocat des intimés, notamment *F.T.C. v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (D.C. Cir. 1977), et *F.T.C. v. Carter*, 464 F. Supp. 633 (D.D.C. 1979), j'ai compris que le nombre de documents devait être en relation directe avec la nature et l'étendue de l'enquête menée. En outre, on nous a affirmé à l'audition que les documents demandés étaient des documents corporatifs, c'est-à-dire des documents appartenant à des corporations et non à des particuliers. Si on applique les principes établis par la jurisprudence américaine, qui, à mon avis, sont tout à fait raisonnables, et si on considère la nature

corporate documents, I do not think that the subpoenas *duces tecum* here in question can be said to be unreasonable and in breach of section 8 of the Charter.

The second proposition advanced by the appellants is therefore, in my view, as unacceptable as the first one. The impugned orders do not infringe upon their constitutional rights any more than they would be prohibited by paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights*.

I would therefore deny the appeal.

\* \* \*

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

HUGESSEN J.: This is an appeal against an order of Jerome A.C.J., dated August 11, 1983 (reasons filed August 9, 1983) [75 C.P.R. (2d) 222], dismissing an application brought by the appellants for prohibition and *certiorari* pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10].

The appellants are all intimately connected with the National Hockey League, being either members of the League or officers, directors or employees of members or of the League itself.

The respondent Hunter is the Director of Investigation and Research under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, and the respondent Stoner is the Chairman of the Restrictive Trade Practices Commission created under that Act.

Pursuant to subparagraph 8(b)(iii) of the Act [enacted by S.C. 1974-75-76, c. 76, section 4], the Director has started an enquiry into a possible offence against section 33 of the Act in the form of a monopoly relating to the production and operation of major league professional hockey. On the Director's application, the Chairman has issued subpoenas, pursuant to section 17 of the Act, directed to each of the individual appellants, requiring them to appear and give evidence before a member of the Commission. Such subpoenas are

de l'enquête ainsi que le fait que les documents sont des documents corporatifs, je ne crois pas que l'on puisse affirmer que les *subpoenas duces tecum* en cause sont déraisonnables et violent l'article 8 de la Charte.

J'estime donc que la deuxième proposition avancée par les appelants est tout aussi inacceptable que la première. Les ordonnances contestées ne violent pas leurs droits constitutionnels pas plus qu'elles ne sont prohibées par l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Par conséquent, je rejeterais l'appel.

\* \* \*

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

LE JUGE HUGESSEN: Appel est interjeté d'une ordonnance du juge en chef adjoint Jerome, en date du 11 août 1983 (motifs déposés le 9 août 1983) [75 C.P.R. (2d) 222], rejetant la demande présentée par les appelants afin d'obtenir un bref de prohibition et un bref de *certiorari* en application de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10].

Les appelants ont tous des liens étroits avec la Ligue nationale de hockey. Certains sont membres de la Ligue et les autres sont cadres, administrateurs ou employés de membres de la Ligue ou de la Ligue elle-même.

L'intimé Hunter est le directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, et l'intimé Stoner est le président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce créée en vertu de la même Loi.

Conformément au sous-alinéa 8b)(iii) de la Loi [éditée par S.C. 1974-75-76, chap. 76, article 4], le directeur a ouvert une enquête sur une infraction possible à l'article 33 de la Loi, c'est-à-dire l'existence d'un monopole relatif à la réalisation et au fonctionnement du hockey professionnel au niveau des ligues majeures. À la demande du directeur, le président de la Commission a lancé, en vertu de l'article 17 de la Loi, des *subpoenas* adressés à chacun des particuliers appelants en l'espèce et leur enjoignant de se présenter à un

accompanied by a *duces tecum* in the following terms:

You are further required to produce at the time and place first above mentioned:

1. All notes, letters, opinions, financial statements, memoranda, press releases, studies, working papers, analyses, and any other documentation which is in your possession or under your control which in any way relates to a transfer, sale or termination of membership, ownership or location of any and all franchises of the National Hockey League between January 1, 1970, and the present and without restricting the foregoing the proposed sale and transfer of the St. Louis Blues from Ralston Purina Company to Coliseum Holdings Ltd.

2. All notes, letters, opinions, financial statements, memoranda, press releases, studies, working papers, analyses, and any other documentation which is in your possession or under your control which in any way relates to applications for any and all franchises between January 1, 1970 and the present.

3. All notes, letters, opinions, financial statements, memoranda, press releases, studies and any other documentation which is in your possession or under your control which was referred to in any fashion by members of the Advisory Committee of the National Hockey League in the performance of their duties in examining the proposed sale and transfer of the St. Louis Blues from Ralston Purina Company to Coliseum Holdings Ltd.

4. All financial statements for the last three fiscal years for the franchise which you represent.

Both before the Trial Division and again in appeal, the appellants attacked these subpoenas upon two quite distinct constitutional grounds, the first being founded in section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, 1982, Schedule B [Canada Act 1982]*, and the second in paragraph 2(d) of the *Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III*. (It appears that the appellants have also attacked the subpoenas before the Commission on grounds relating to their scope, relevance, etc., but those grounds are not directly in issue on the present appeal.)

#### Charter—Section 8

Section 8 of the Charter provides that

8. Everyone has the rights to be secure against unreasonable search or seizure.

At first blush, it is difficult to see that this provision has any relevance whatever to the facts of this case. We are dealing with a subpoena *duces tecum* and not with a search warrant or a writ of

membre de la Commission pour témoigner. Les *subpoenas* étaient accompagnés par un *duces tecum* rédigé comme suit:

a Vous êtes en outre requis de produire au moment et au lieu mentionnés plus haut:

1. Les notes, lettres, opinions, états financiers, mémoires, communiqués de presse, études, documents de travail, analyses et tout autre document dont vous avez la possession ou le contrôle, qui se rapportent de quelque manière que ce soit à la cession, à la vente ou à la résiliation d'un droit d'affiliation, de propriété ou de location de toute concession de la Ligue nationale de hockey entre le 1<sup>er</sup> janvier 1970 et ce jour, et, sans restreindre la portée de ce qui précède, à la vente projetée des Blues de Saint-Louis et à leur cession à Coliseum Holdings Ltd. par Ralston Purina Company.

b 2. Les notes, lettres, opinions, états financiers, mémoires, communiqués de presse, études, documents de travail, analyses et tout autre document dont vous avez la possession ou le contrôle, qui se rapportent de quelque manière que ce soit à des demandes de concession entre le 1<sup>er</sup> janvier 1970 et ce jour.

c 3. Les notes, lettres, opinions, états financiers, mémoires, communiqués de presse, études et tout autre document dont vous avez la possession ou le contrôle, invoqués de quelque manière que ce soit par les membres du comité consultatif de la Ligue nationale de hockey dans l'exécution de leurs obligations au moment de l'examen de la vente projetée des Blues de Saint-Louis et de leur cession à Coliseum Holdings Ltd. par Ralston Purina Company.

d 4. Les états financiers des trois dernières années de la concession que vous représentez.

e En première instance et en appel, les appelants ont contesté les *subpoenas* en invoquant deux moyens d'ordre constitutionnel distincts. Le premier est fondé sur l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés, Loi constitutionnelle de 1982, annexe B [Loi de 1982 sur le Canada]*, et le deuxième, sur l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits S.R.C. 1970, Appendice III*. (Il semble que les appelants ont également contesté les *subpoenas* devant la Commission pour des motifs relatifs à leur portée, leur pertinence, etc., mais ces motifs ne font pas directement l'objet du présent appel.)

#### La Charte—article 8

i L'article 8 de la Charte prévoit que

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Il est difficile à première vue de comprendre comment cette disposition pourrait être pertinente en l'espèce. Nous avons affaire à un *subpoena duces tecum* et non à un mandat de perquisition ou

seizure. As stated by the learned Trial Judge [at page 226]

... the issue before me is not search and seizure but the authority to bring persons or documents before the commission by way of subpoena. There is no uninvited entry upon the premises of any citizen and there is no forcible seizure of property.

For us to give effect to the appellants' argument on this point would require us to find that the subpoena *duces tecum* is the equivalent of a search or a seizure. In this regard, we were asked to follow the very decision of the Alberta Court of Appeal in *Alberta Human Rights Commission v. Alberta Blue Cross Plan* (unreported, Appeal No. 14904, released September 8, 1983 [now reported at 48 A.R. 192; 1 D.L.R. (4th) 301]).

I confess that this decision gives me great difficulty, not the least because of the high regard which is due to the unanimous five-judge bench which rendered it. On the question which concerns us here, the totality of what the Court had to say is contained in the following sentence [at page 195 A.R., page 307 D.L.R.]:

We accept the view that a forced production of documents in a civil proceedings [sic], or during an administrative inquiry, is a seizure.

Taken at face value this statement, unsupported by either reasoning or authority, is unacceptable. It appears to be contrary to the great weight of American jurisprudence (see, for example, *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); *Dunham v. Ottinger*, 154 N.E. 298 (N.Y.C.A. 1926)). Such Canadian authority as we have been referred to is to the same effect (e.g. *Rolbin v. the Queen* (1982), 2 C.R.R. 166 (Que. S.C.)). The statement is also contrary to the ordinary and accepted meanings normally given to the words "search" and "seizure". Both of these words unmistakably imply an intrusion into the citizen's home or place of business by a third person who looks for and removes documents or things. Searches and seizures are normally effected under a warrant or writ which is addressed to the officer conducting the search or seizure and permits him to enter the premises for those purposes. On the other hand, under a subpoena *duces tecum*, no one enters a citizen's home or place of business other than himself and his invitees. The order of the court is addressed to the witness

à un bref de saisie. Comme l'a dit le juge de première instance [à la page 226],

... il ne s'agit pas ici de perquisitions et de saisies, mais de la compétence d'exiger la comparution de personnes ou la production des documents devant la Commission, par voie de *subpoena*. Il n'y a ni intrusion chez des particuliers ni saisie de biens.

Pour confirmer l'argument des appelants sur ce point, il nous faudrait conclure que le *subpoena duces tecum* est l'équivalent d'une perquisition ou d'une saisie. À cet égard, on nous a demandé de suivre la décision récente de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Alberta Human Rights Commission v. Alberta Blue Cross Plan* (encore inédite, appel n° 14904, déposée le 8 septembre 1983 [maintenant publiée à 48 A.R. 192; 1 D.L.R. (4th) 301]).

J'avoue que cette décision me cause beaucoup de difficultés qui ne tiennent pas uniquement au respect dû aux cinq juges qui ont rendu cette décision unanime. Voici tout ce que la Cour a déclaré sur la question qui nous concerne en l'espèce [à la page 195 A.R., et à la page 307 D.L.R.]:

[TRADUCTION] Nous admettons que la production forcée de documents dans des procédures civiles ou pendant une enquête de caractère administratif constitue une saisie.

Si on la juge sur les apparences, cette déclaration, non motivée ni appuyée par aucune autorité, est inacceptable. Elle semble contredire l'essentiel de la jurisprudence américaine (voir, par exemple, *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); *Dunham v. Ottinger*, 154 N.E. 298 (N.Y.C.A. 1926)). Les décisions canadiennes qui nous ont été citées vont dans le même sens (par exemple, *Rolbin v. The Queen* (1982), 2 C.R.R. 166 (C.S. Qc)). Cette déclaration est également contraire aux sens ordinaires habituellement donnés aux termes «perquisition» et «saisie». Ces deux termes impliquent indubitablement l'intrusion d'un tiers dans la demeure ou la place d'affaires d'un citoyen, pour chercher et enlever des documents ou des objets. Les perquisitions et les saisies sont habituellement faites en vertu d'un mandat ou d'un bref, adressé à l'agent effectuant la perquisition ou la saisie, et lui permettant de pénétrer sur les lieux à de telles fins. En revanche, en vertu d'un *subpoena duces tecum*, personne ne pénètre dans la demeure ou la place d'affaires du citoyen à l'exception, bien sûr, du citoyen lui-

himself and is not an authorization to intrude but rather a command to produce.

In fairness to the Alberta Court, their statement must be read in the context of their decision. They were dealing with an application, by the Human Rights Commission, to obtain documents required in the course of an enquiry into an alleged case of discrimination. The applicable statutory provisions now appear as sections 21 to 23 of the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, chapter I-2:

**21** A person investigating a complaint under section 20 may do any or all of the following:

- (a) enter on the land or premises of a person, other than a room or place actually used as a dwelling, at any reasonable time and examine them;
- (b) demand the production for examination of employment applications, payrolls, records, documents, writings and papers that are or may be relevant to the investigation of the complaint;
- (c) on giving a receipt for them, remove any of the things referred to in clause (b) for the purpose of making copies or extracts of them.

**22** (1) A person investigating a complaint under section 20 may enter and examine a room or place actually used as a dwelling only if

- (a) the owner or person in possession of it gives his consent to the entry and examination, or
- (b) the entry and examination is authorized by an order of a judge of the Court of Queen's Bench under subsection (3)

(2) If the person investigating a complaint under section 20

(a) cannot obtain consent to enter and examine or, having received consent, is obstructed or interfered with, or

(b) is refused entry to land or premises other than a room or place actually used as a dwelling,

he may apply to a judge of the Court of Queen's Bench by notice of motion for an order under subsection (3).

(3) If on application under subsection (2) the judge is satisfied that there are reasonable and probable grounds for believing that access to the room or place actually used as a dwelling or to the land or premises is necessary for the purposes of the investigation, he may make an order

- (a) authorizing the entry and examination, or
- (b) prohibiting any person from obstructing or interfering with the entry and examination,

or both.

même et de ses invités. L'ordonnance de la cour est adressée au témoin lui-même et n'est pas une autorisation de s'introduire dans des lieux mais plutôt un ordre de produire quelque chose.

<sup>a</sup> En toute honnêteté pour la Cour de l'Alberta, il faut replacer la déclaration de ses juges dans le contexte de leur décision. Ils avaient été saisis par la Commission des droits de la personne d'une demande visant à obtenir des documents nécessaires à une enquête sur un cas présumé de discrimination. Les dispositions légales applicables sont maintenant contenues aux articles 21 à 23 de la *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, chapitre I-2:

[TRADUCTION] **21** La personne enquêtant sur une plainte en vertu de l'article 20 peut:

- a) pénétrer sur le terrain ou dans la propriété d'une personne, autre qu'un local ou lieu utilisé comme lieu d'habitation, en tout temps raisonnable, et les inspecter;
- <sup>b</sup> b) exiger, afin de les examiner, la production des demandes d'emploi, feuilles de paye, archives et autres documents qui sont ou peuvent être pertinents pour l'enquête sur la plainte;

<sup>c</sup> c) après en avoir donné un reçu, enlever les objets mentionnés à l'alinéa b) afin d'en tirer des copies ou des extraits.

**22** (1) La personne enquêtant sur une plainte en vertu de l'article 20 ne peut pénétrer dans un local ou lieu utilisé comme lieu d'habitation et les inspecter qu'à condition

- <sup>a</sup> a) que leur propriétaire ou la personne qui en a la disposition autorise l'entrée sur les lieux et l'inspection, ou
- <sup>b</sup> b) que l'entrée sur les lieux et l'inspection soient autorisées par une ordonnance d'un juge de la Cour du Banc de la Reine conformément au paragraphe (3).

(2) Si la personne enquêtant sur une plainte en vertu de l'article 20

<sup>a</sup> a) ne peut obtenir l'autorisation de pénétrer dans un local ou lieu utilisé comme lieu d'habitation et de les inspecter ou, ayant obtenu cette autorisation, est entravée dans son action, ou

<sup>b</sup> b) se voit refuser l'entrée sur un terrain ou une propriété autre qu'un local ou lieu utilisé comme lieu d'habitation,

elle peut présenter une demande, par avis de requête, à un juge de la Cour du Banc de la Reine afin d'obtenir l'ordonnance prévue au paragraphe (3).

(3) Si, après avoir reçu une demande en vertu du paragraphe (2), le juge est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l'accès au local ou lieu utilisé comme lieu d'habitation, ou au terrain ou à la propriété, est nécessaire pour les fins de l'enquête, il peut rendre une ordonnance

- <sup>a</sup> a) autorisant l'entrée sur les lieux et l'inspection, ou
- <sup>b</sup> b) interdisant à toute personne de gêner ou d'empêcher l'entrée sur les lieux et l'inspection,

ou les deux.

23 If a person on whom a demand under section 21(b) to produce anything is made refuses or fails

- (a) to comply with the demand, or
- (b) to permit removal of the thing under section 21(c),

the person investigating the complaint may apply to a judge of the Court of Queen's Bench by notice of motion and the judge may make any order he considers necessary to enforce compliance with section 21(b) or (c).

While the Alberta Court was dealing with an application under section 23 to enforce compliance with a demand for production of documents under section 21(b), the total investigative scheme envisaged by the quoted sections goes much further and provides that the same proceedings may give rise to orders for forced entry and search. That being so, it is perhaps understandable that the Court considered the scheme as a whole to be subject to the restraints of section 8 of the Charter.

If, on the other hand, it was the intention of the Alberta Court to declare that every order for production of documents by way of subpoena *duces tecum* was to be treated as a seizure for the purposes of the Charter, I must, with respect, disagree.

In the present case, the relevant statutory provision is subsection 17(1) of the *Combines Investigation Act*. That subsection provides in classic terms for the obtaining of a subpoena *duces tecum*, which it describes as an "order" for the "production of books, papers, records or other documents".

For the reasons stated, I cannot see any valid analogy between such an order and the searches and seizures envisaged in section 8 of the Charter and I would give no effect to this branch of the appellants' argument.

#### Bills of Rights—Paragraph 2(d)

The applicable provision of the Bill of Rights reads as follows:

2. . . . no law of Canada shall be construed or applied so as to

(d) authorize a court, tribunal, commission, board or other authority to compel a person to give evidence if he is denied . . . protection against self crimination . . .

23 Si une personne à laquelle est présentée une demande de production en vertu de l'alinéa 21b), fait défaut ou refuse

- a) d'obtempérer à la demande, ou
- b) de permettre l'enlèvement de l'objet conformément à l'alinéa 21c),

la personne enquêtant sur la plainte peut présenter une demande, par avis de requête, à un juge de la Cour du Banc de la Reine, et le juge peut rendre toute ordonnance qu'il estime nécessaire pour assurer l'observation des alinéas 21b) ou c).

Notons que la Cour de l'Alberta devait statuer sur une demande en vertu de l'article 23 visant à faire exécuter une demande de production de documents en vertu de l'alinéa 21b), mais que l'ensemble du processus d'enquête instauré par les articles cités va beaucoup plus loin et prévoit que les mêmes procédures peuvent donner lieu à des ordonnances autorisant l'entrée de force sur des lieux et des perquisitions. Cela permet peut-être de mieux comprendre pourquoi la Cour a considéré que l'ensemble du processus était assujéti aux restrictions imposées par l'article 8 de la Charte.

Par contre, si la Cour de l'Alberta avait l'intention d'affirmer que toute ordonnance de communication de documents présentée par voie de *subpoena duces tecum* doit être traitée comme une saisie aux fins de la Charte, je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord.

La disposition légale pertinente en l'espèce est le paragraphe 17(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Ce paragraphe prévoit, dans les termes usuels, l'obtention d'un *subpoena duces tecum* qu'il décrit comme étant une «ordonnance» pour la «production . . . de livres, documents, archives ou autres pièces».

Pour les motifs que j'ai exposés, je ne peux voir de rapport valable entre une telle ordonnance et les perquisitions et les saisies envisagées par l'article 8 de la Charte et je ne retiendrais pas cette partie des allégations des appelants.

#### Déclaration des droits—alinéa 2d)

Voici le texte de la disposition applicable de la Déclaration des droits:

2. . . . nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

d) autorisant une cour, un tribunal, une commission, un office, un conseil ou une autre autorité à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse . . . la protection contre son propre témoignage . . .

In order to succeed under this branch of their argument, appellants must, of course, demonstrate that they are not protected against self-incrimination by any other statutory or constitutional provision. The Bill of Rights does not contain a prohibition against compelling a person to give incriminating evidence, but only requires that if there is such compulsion it shall be accompanied by a protection against the use of such evidence against the person giving it.

Central to the appellants' submission on this point is the fact that they are required by the subpoenas to produce documents. No statute, the argument runs, grants protection against the use of documents to incriminate the witness producing them and, therefore, the compulsion to produce them is in violation of paragraph 2(d).

In my opinion, the argument fails on two counts. In the first place, I have grave doubts as to whether the privilege afforded by paragraph 2(d) applies to documents at all. In the second place, I am satisfied that whatever may be envisaged by paragraph 2(d) is protected by section 13 of the Charter of Rights.

Any examination of the scope of paragraph 2(d) must start with the judgment of Laskin J., as he then was, speaking for the majority of the Court in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; 26 D.L.R. (3d) 603. In the course of his judgment [at pages 906-907 S.C.R., page 619 D.L.R.], Laskin J. expresses himself as being in general agreement with what had been said by Freedman C.J.M. (speaking for a court composed of himself, Monnin and Dickson J.J.A. (as they then were)), in *R. v. McKay* (1971), 4 C.C.C. (2d) 45 (Man. C.A.). Although Freedman C.J.M. interpreted the words "to give evidence" in paragraph 2(d) as meaning "going through the process of testifying" (at page 49), Laskin J. expressly left that question open as appears from the following passage:

... I cannot read s. 2(d) as going any farther than to render inoperative any statutory or non-statutory rule of federal law that would compel a person to criminate himself before a court or like tribunal through the giving of evidence, without concurrently protecting him against its use against him. I leave for future consideration the scope of the term "evidence" since this is not a matter that arises in the present case.

Afin d'avoir gain de cause pour cette partie de leur plaidoirie, les appelants doivent évidemment prouver qu'ils ne sont pas protégés contre l'auto-incrimination par d'autres dispositions légales ou constitutionnelles. La Déclaration des droits n'interdit pas de contraindre une personne à fournir une preuve incriminante; elle exige simplement qu'une telle contrainte soit accompagnée d'une protection contre l'usage de cette preuve contre la personne qui l'a apportée.

L'argument principal des appelants sur ce point consiste à dire que les *subpoenas* les obligent à communiquer des documents, qu'en outre, aucune loi n'accorde de protection contre l'usage des documents pour incriminer le témoin qui les produit et que, par conséquent, la contrainte exercée pour les forcer à les produire viole l'alinéa 2d).

À mon avis, l'argument des appelants doit être rejeté pour deux raisons. D'abord, je doute sérieusement que le privilège accordé par l'alinéa 2d) s'applique à des documents. Ensuite, je suis convaincu que tout ce qui peut être visé par l'alinéa 2d) est protégé par l'article 13 de la Charte des droits.

Tout examen de la portée de l'alinéa 2d) doit commencer avec ce qu'en disait le juge Laskin (tel était alors son titre), au nom de la majorité, dans l'arrêt *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; 26 D.L.R. (3d) 603. Dans son jugement [aux pages 906 et 907 R.C.S., et 619 D.L.R.], le juge Laskin déclare être dans l'ensemble d'accord avec ce que le juge en chef Freedman du Manitoba (s'exprimant au nom de la Cour qui était composée de lui-même et des juges d'appel Monnin et Dickson (tels étaient alors leurs titres)) a déclaré dans *R. v. McKay* (1971), 4 C.C.C. (2d) 45 (C.A. Man.). Bien que le juge en chef du Manitoba ait interprété l'expression «à témoigner» à l'alinéa 2d) comme signifiant [TRADUCTION] «faire une déclaration sous serment» (à la page 49), le juge Laskin a déclaré expressément qu'il ne désirait pas se prononcer sur cette question:

... je ne puis interpréter l'art. 2(d) comme faisant plus que rendre inopérante toute règle de droit fédérale, énoncée dans une loi formelle ou non, qui obligerait quelqu'un à s'accuser devant une cour ou un tribunal semblable en fournissant une preuve, sans en même temps le protéger contre l'utilisation de cette preuve contre lui. Je n'examinerai pas ici la portée du terme «preuve», puisque cette question ne se pose pas en l'espèce.

(at page 912 S.C.R., page 623 D.L.R.).

The question of the scope of paragraph 2(d) came again before the Supreme Court some three years later, in the case of *Marcoux et al v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763. The judgment of the Court was given by Dickson J., who said, at page 768:

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him. [Emphasis added.]

and, again, at page 769:

In short, the privilege extends to the accused *qua* witness and not *qua* accused, it is concerned with testimonial compulsion specifically and not with compulsion generally . . . [Emphasis added.]

If the matter had ended here, there would appear to be little room for doubt that the privilege enshrined in paragraph 2(d) does not extend to the production of documents. Dickson J., however, went on to say, in the next following paragraph [at page 769]:

American jurisprudence on the Fifth Amendment, which protects a person against being compelled "to be a witness against himself", and Canadian jurisprudence on the privilege against self-incrimination, have followed parallel courses, limiting the application of the privilege to its historic reach, *i.e.* protection against testimonial compulsion. Such a limitation gives rise to a distinction between coerced oral or documentary disclosures which fall within the privilege, and what has been termed "real or physical" evidence, *i.e.* physical evidence taken from a person without his consent, which, broadly speaking, falls outside the privilege. [Emphasis added.]

While, in my opinion, the better view is that, in his use of the term "coerced documentary disclosures", Dickson J. was simply referring to forms of testimony which are documentary in nature (e.g. responses to written interrogatories, affidavits, and the like), the appellants understandably argue that it was his intention to extend the privilege to the whole field of compelled production of documents.

I cannot agree. Indeed, it is difficult to think of any rational or policy basis why the privilege against self-incrimination should ever be held to apply to documents simply because a witness is compelled to produce them. I have always understood the law to be that documents and things found in the possession of an accused were admissible against him on the sole condition of their

(aux pages 912 R.C.S. et 623 D.L.R.).

La question de la portée de l'alinéa 2d) a de nouveau été soumise à la Cour suprême environ trois ans plus tard dans l'affaire *Marcoux et autre c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763. Le jugement de la Cour a été prononcé par le juge Dickson qui a déclaré à la page 768:

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer. [C'est moi qui souligne.]

et il a ajouté à la page 769:

En résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général . . . [C'est moi qui souligne.]

Si l'affaire en était restée là, il ne serait guère possible de douter que le privilège enchâssé dans l'alinéa 2d) ne s'applique pas à la communication de documents. Le juge Dickson a toutefois poursuivi, au paragraphe suivant [à la page 769]:

Le droit américain sur le cinquième amendement, qui protège une personne contre la contrainte [TRADUCTION] «de témoigner contre elle-même», et le droit canadien sur le privilège contre l'auto-incrimination ont suivi un cheminement parallèle en limitant l'application du privilège à sa portée historique, c.-à-d. assurer une protection contre la contrainte de témoigner. Une telle restriction fait naître une distinction entre des révélations verbales ou écrites obtenues de force lesquelles tombent sous le coup du privilège et ce qu'on a appelé la preuve «réelle ou matérielle», c.-à-d. une preuve matérielle qui a été obtenue d'une personne sans son consentement et qui, généralement parlant, n'est pas visée par le privilège. [C'est moi qui souligne.]

Bien qu'à mon avis, la meilleure interprétation est, qu'en utilisant l'expression «révélations . . . écrites obtenues de force», le juge Dickson parlait simplement des formes de témoignages qui sont écrits (par exemple, les réponses aux interrogatoires écrits, les affidavits, etc.), les appelants, comme on peut le comprendre, allèguent qu'il avait l'intention d'étendre le privilège à tout le domaine de la communication forcée de documents.

Je ne peux être d'accord avec cette allégation. En fait, il est difficile de trouver un principe général ou rationnel qui permette de conclure que le privilège contre l'auto-incrimination devrait s'appliquer à des documents simplement parce qu'un témoin est contraint de les communiquer. J'ai toujours pensé qu'en droit, les documents et objets trouvés en la possession d'un accusé étaient

being shown to be relevant (*Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221 (H.L.)). Such things could be seized from him even without warrant at the time of his arrest (*R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (Ont. C.A.), and authorities there cited). And, in any event, the law provides that even an illegal seizure shall not act as a bar to admissibility of relevant evidence (*Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197 (P.C.); *A.G. for Quebec v. Begin*, [1955] S.C.R. 593). While it may be that the coming into force of the Charter will be found to have modified the rigour of some of these rules, we are here dealing with the interpretation of the Bill of Rights which, as I read the majority decision in *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574, does not have any effect on the common law rule of admissibility of relevant evidence.

The rationale behind the privilege against self-incrimination is to prevent persons being questioned in inquisitorial proceedings and then prosecuted as a result of their answers. It is a logical counterpart to our rules relating to admissibility of confessions. The purpose of the privilege is surely not to prevent witnesses from being obliged to produce what could be taken from them by force in any event. An accused person cannot be forced to testify in his own case and, therefore, is entitled to be protected against the consequences of testifying in someone else's; he has no protection against documents or things found in his possession being used against him and, therefore, has no right to refuse to produce them, when required.

It is true that a number of cases have held that, in the course of discovery proceedings in a civil action, the production of documents will not be ordered if it is shown that they are of a nature to incriminate the party giving discovery (see *D'Ivry v. World Newspaper Co. of Toronto et al.* (1897), 17 P.R. 387 (Ont. C.A.); *Attorney-General v. Kelly* (1916), 28 D.L.R. 409 (Man. C.A.); *Webster v. Solloway, Mills & Co.*, [1931] 1 D.L.R. 831 (Alta. C.A.); *Staples v. Isaacs*, [1940] 3 D.L.R. 473 (B.C.C.A.)). The cases, however, are not unanimous on the point (see *Stickney v. Trusz* (1973), 16 C.C.C. (2d) 25 (Ont. H.C.), affirmed

admissibles à titre de preuves contre lui, à la seule condition d'en prouver la pertinence (*Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221 (H.L.)). De tels objets peuvent être saisis même sans mandat au moment de son arrestation (*R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (C.A. Ont.), et la jurisprudence qui y est citée). De toute façon, le droit prévoit que même une saisie illégale ne peut servir de fin de non-recevoir pour l'admissibilité de preuves pertinentes (*Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197 (P.C.); *A.G. for Quebec v. Begin*, [1955] R.C.S. 593). Même s'il est possible que l'on juge que l'entrée en vigueur de la Charte a modifié la rigueur de certaines de ces règles, il s'agit en l'espèce de l'interprétation de la Déclaration des droits qui, d'après la décision de la majorité dans *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, n'a aucun effet sur la règle de *common law* concernant l'admissibilité de preuves pertinentes.

La raison d'être du privilège contre l'auto-incrimination est d'empêcher que des personnes soient interrogées au cours de procédures d'enquête et poursuivies ensuite en raison de leurs réponses. Il constitue la contrepartie logique aux règles relatives à l'admissibilité des aveux. Le but du privilège n'est certainement pas d'empêcher que les témoins soient contraints de produire ce qui, de toute façon, pourrait leur être pris de force. Un accusé ne peut être contraint de témoigner dans sa propre cause et, par conséquent, il a le droit d'être protégé contre les conséquences de son témoignage dans la cause d'une autre personne; il ne bénéficie pas de protection contre l'usage contre lui-même des documents ou objets trouvés en sa possession, et il n'a donc pas le droit de refuser de les produire lorsqu'on le lui demande.

Il est vrai qu'on a jugé dans plusieurs causes qu'au cours de procédures de communication de documents, dans des poursuites civiles, la production des documents ne sera pas ordonnée s'il est démontré qu'ils sont de nature à incriminer la partie qui les communique (voir *D'Ivry v. World Newspaper Co. of Toronto et al.* (1897), 17 P.R. 387 (C.A. Ont.); *Attorney-General v. Kelly* (1916), 28 D.L.R. 409 (C.A. Man.); *Webster v. Solloway, Mills & Co.*, [1931] 1 D.L.R. 831 (C.A. Alb.); *Staples v. Isaacs*, [1940] 3 D.L.R. 473 (C.A.C-B.)). La jurisprudence n'est toutefois pas unanime sur ce point (voir *Stickney v. Trusz*

(1974), 28 C.R.N.S. 125 (Ont. C.A.) and, for the reasons stated, I have difficulty in understanding the rationale for extending the privilege to documents.

I would conclude this aspect of the question by saying that I have been greatly helped by, and am in general agreement with, the very useful discussion by Professor Ratushny in his book, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (Carswell, 1979). As he says:

It is clear that the privilege against self-incrimination as it exists in Canada today is an extremely narrow concept. It simply describes two specific procedural and evidentiary rules: the non-compellability of the accused as a witness at his own trial and the section 5(2) protection of a witness not to have testimony used in future proceedings. There is no general principle which can be invoked to achieve a specific result in a particular case.

(at page 92).

As to the self-incrimination provision of paragraph 2(d) of the Bill of Rights, it

... extends no further than to the protection embodied in section 5(2) of the Canada Evidence Act.

(at page 91).

Since the latter subsection specifically applies to the "answer" given to a "question", it does not extend to the production of documents (*R. v. Simpson et al.* (1943), 79 C.C.C. 344 (B.C.C.A.)).

Be all that as it may, however, it is not in my view strictly necessary for the purposes of the present appeal that we determine the precise extent of the privilege contained in paragraph 2(d). Whatever that privilege may be, I am convinced that it has been entirely subsumed by the provisions found in section 13 of the Charter of Rights, which accord that very protection which is made prerequisite of compellability under paragraph 2(d).

That this is so appears clearly from a comparison of the two dispositions. In the English text, the protection granted by paragraph 2(d) is against the compulsion "to give evidence if ... denied ... protection against self crimination. ... " Section 13

(1973), 16 C.C.C. (2d) 25 (H.C. Ont.), confirmé par (1974), 28 C.R.N.S. 125 (C.A. Ont.) et, pour les motifs donnés, j'ai de la difficulté à comprendre la raison pour laquelle il faudrait étendre le privilège aux documents.

Je terminerai en disant que l'étude de cette question par le professeur Ratushny dans son livre intitulé *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (Carswell, 1979) m'a été très utile et que je partage en général sa façon de voir. Comme il dit:

[TRADUCTION] Il est évident que le privilège contre l'auto-incrimination, tel qu'il existe aujourd'hui au Canada, est un concept très étroit. Il décrit simplement deux règles particulières en matière de procédure et de témoignages: l'impossibilité de contraindre un accusé à témoigner dans son propre procès et la protection du paragraphe 5(2) contre l'usage du témoignage d'une personne dans des poursuites ultérieures. Il n'existe pas de principe général qui puisse être invoqué pour atteindre un résultat précis dans un cas particulier.

(à la page 92).

En ce qui concerne la disposition relative à l'auto-incrimination contenue à l'alinéa 2d) de la Déclaration des droits, elle

[TRADUCTION] ... n'est pas plus étendue que la protection contenue dans le paragraphe 5(2) de la Loi sur la preuve au Canada.

(à la page 91).

Étant donné que ce dernier paragraphe s'applique spécifiquement à la «réponse» donnée à une «question», il ne s'étend pas à la communication de documents (*R. v. Simpson et al.* (1943), 79 C.C.C. 344 (C.A.C.-B.)).

Quoi qu'il en soit, il n'est pas strictement nécessaire, à mon avis, de déterminer, pour les fins du présent appel, l'étendue exacte du privilège contenu à l'alinéa 2d). Quel que soit ce privilège, je suis convaincu qu'il a été repris en totalité par les dispositions de l'article 13 de la Charte des droits qui accordent précisément la protection qui constitue une condition préalable à la contraignabilité en vertu de l'alinéa 2d).

Cette constatation ressort clairement de la comparaison des deux dispositions légales. Dans le texte anglais, la protection accordée par l'alinéa 2d) tient à l'interdiction de contraindre une personne «to give evidence if ... denied ... protection

of the Charter grants to anyone "who testifies . . . the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness . . ." While one text employs the active and the other the passive voice, the protected activity is, in each case, the giving of evidence.

A glance at the French text makes the concordance between the two provisions even clearer. Paragraph 2(d) denies to officialdom the right to "contraindre une personne à témoigner si on lui refuse . . . la protection contre son propre témoignage. . . ."

Section 13, in its turn, gives to everyone the "droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer. . . ."

In each case, what is protected is the use against a witness of his own "témoignage".

I would add that I do not see section 26 of the Charter as a bar to this interpretation. That section simply commands that the Charter not be construed so as to deny the existence of other rights. The right given by paragraph 2(d) is conditional; section 13 does not deny that right but rather confirms it and makes it absolute.

I conclude therefore that, whether or not paragraph 2(d) of the Bill of Rights extends to cover the case of a witness who is forced to produce incriminating documents pursuant to a subpoena *duces tecum*, the reach of section 13 of the Charter is at least as great and therefore grants to such witness the "protection against self crimination" required by paragraph 2(d).

From the foregoing, it appears that both the points raised by appellants were, in my opinion, properly rejected by the Trial Judge. It follows that I would dismiss the appeal, with costs.

*against self crimination . . .* ». L'article 13 de la Charte accorde à quiconque «*testifies . . . the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness . . .* ». Bien que l'un des textes emploie la forme active et l'autre, la forme passive, dans les deux cas, l'activité protégée est le fait de témoigner.

Le texte français rend encore plus évidente la correspondance entre ces dispositions. L'alinéa 2d) ne reconnaît à aucune autorité le droit de «contraindre une personne à témoigner si on lui refuse . . . la protection contre son propre témoignage . . .».

Par ailleurs, l'article 13 accorde à chacun le «droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer . . .».

Dans chaque cas, la protection vise l'usage contre une personne de son propre «témoignage».

J'ajouterais qu'à mon avis l'article 26 de la Charte ne fait pas obstacle à cette interprétation. Cet article ordonne simplement que les dispositions de la Charte ne soient pas interprétées de façon à nier l'existence d'autres droits. Le droit accordé par l'alinéa 2d) est conditionnel; l'article 13 ne rejette pas ce droit mais, au contraire, il le confirme et le rend absolu.

Que l'alinéa 2d) de la Déclaration des droits couvre ou non le cas d'un témoin qui est contraint de produire des documents incriminants en vertu d'un *subpoena duces tecum*, je conclus que la portée de l'article 13 est au moins aussi étendue que celle de cet alinéa et, par conséquent, accorde à ce témoin la «protection contre son propre témoignage» requise par l'alinéa 2d).

Il ressort de ce qui précède qu'à mon avis, le juge de première instance était justifié de rejeter les deux points soulevés par les appelants. C'est pourquoi, je rejetterais l'appel avec dépens.