

A-914-85

A-914-85

Amway of Canada Limited/Amway du Canada Ltée (Appellant) (Defendant)

v.

The Queen (Respondent) (Plaintiff)

INDEXED AS: CANADA v. AMWAY OF CANADA LTD.

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Stone JJ.—Montréal, December 1, 2, 3, 4; Ottawa, December 18, 1986.

Customs and excise — Customs Act — Defendant charged with Customs Act offence may be required to produce documents — Privilege against self-incrimination not extending to production of documents — Right of non-production of documents in penal actions abrogated by Act, s. 170 — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2(2), 448, 453, 455(2) — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 18, 170, 180, 192(1)(b),(c),(2) — Customs Amendment Act 1888, 51 Vict., c. 14 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), s. 11(c) — Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), s. 52(1).

Practice — Discovery — Production of documents — Requirement that defendant charged under Customs Act produce documents not infringing privilege against self-incrimination — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2(2), 448, 453, 455(2) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 52(b) — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 18, 170, 180, 192(1)(b),(c),(2) — Customs Act 1888, 51 Vict., c. 14.

The appellant is being sued under the *Customs Act* to enforce a penalty for fraudulently attempting to avoid the payment of duty on goods imported into Canada. This is an appeal against an interlocutory order of the Trial Division ordering the appellant to produce certain documents.

Held, the appeal should be dismissed as to the principal issue.

Per Mahoney J.: The action is a penal action in which the appellant is a person charged with an offence. Even though the appellant cannot be compelled to testify, it can nevertheless be compelled to produce documents. Production of documents cannot be considered the same as testifying. The documents speak for themselves. The principle against self-incrimination does not extend to the production of documents and the Charter in no way alters this fact.

Per Stone J.: This is an action brought to enforce a penalty for an offence. Normally, compelling the production of documents is not available against the defendant in such cases. However, section 170 of the *Customs Act* has overridden this

Amway of Canada Limited/Amway du Canada Ltée (appelante) (défenderesse)

a c.

La Reine (intimée) (demanderesse)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. AMWAY OF CANADA LTD.

b Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Stone—Montréal, 1, 2, 3, 4 décembre; Ottawa, 18 décembre 1986.

Douanes et accise — Loi sur les douanes — Un défendeur accusé d'une infraction prévue à la Loi sur les douanes peut être contraint à la production de documents — Le privilège contre l'auto-incrimination ne s'étend pas à la production de documents — Le droit à la non-production de documents dans les actions pénales a été aboli par l'art. 170 de la Loi — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 2(2), 448, 453, 455(2) — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 18, 170, 180, 192(1)(b),(c),(2) — Acte des douanes modifié, 1888, 51 Vict., chap. 14 — 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. 11(c) — Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 52(1).

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — L'obligation pour un défendeur accusé en vertu de la Loi sur les douanes de produire des documents ne porte pas atteinte au privilège contre l'auto-incrimination — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 2(2), 448, 453, 455(2) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 52(b) — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 18, 170, 180, 192(1)(b),(c),(2) — Acte des douanes modifié, 1888, 51 Vict., chap. 14.

g L'action, fondée sur la *Loi sur les douanes*, recherche l'imposition d'une peine contre l'appelante en alléguant que celle-ci aurait tenté d'éviter le paiement des droits de douanes relatifs à des marchandises importées au Canada. Appel est interjeté de l'ordonnance interlocutoire de la Division de première instance ordonnant à l'appelante de produire certains documents.

h *Arrêt*: l'appel concernant la question principale devrait être rejeté.

Le juge Mahoney: L'action est une action pénale dans laquelle l'appelante est une personne accusée d'infraction. L'appelante, même si elle ne peut être contrainte à témoigner, peut être contrainte à la production de documents. La production de documents ne peut être considérée comme semblable au fait de rendre témoignage. Les documents parlent par eux-mêmes. Le principe contre l'auto-incrimination ne s'étend pas à la production de documents, et la Charte n'y change rien.

Le juge Stone: La présente action recherche l'imposition d'une peine pour une infraction. Normalement, dans de telles circonstances, une partie défenderesse ne peut être contrainte à la production de documents. Toutefois, l'article 170 de la *Loi*

privilege. While the statute did not explicitly abolish the common law right, the obligation to produce the material was cast in broad language not subject to any qualification.

Paragraph 11(c) of the Charter has no application to the production of documents. It is concerned with protecting a person charged with an offence from being called against his will "to be a witness" in proceedings against him in respect of that offence.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Marcoux et al. v. The Queen, [1976] 1 S.C.R. 763; *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608 (C.A.); *Burton v. Young* (1867), 17 L. C. Rep. 379 (Sup. Ct.); *Hunnings v. Williamson* (1883), 10 Q.B.D. 459; *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111 (C.A.); *Martin v. Treacher* (1886), 16 Q.B.D. 507 (C.A.); *Pickerel River Improvement Company v. Moore et al.* (1896), 17 P.R. 287 (Ont.); *Rose v. Croden* (1902), 3 O.L.R. 383 (Div. Ct.); *The King v. The Associated Northern Collieries and Others* (1910), 11 C.L.R. 738 (Aus. H.C. of Adm.); *Colne Valley Water Company v. Watford Gas and St. Albans Gas Company*, [1948] 1 All E.R. 104 (C.A.); *Pyneboard Pty Ltd. v. Trade Practices Commission and Another* (1983), 45 A.L.R. 609 (Aus. H.C. of Adm.); *Trade Practices Commission v. TNT Management Pty Ltd. and Others* (1984), 53 A.L.R. 213 (F.C. of A.); *Triplex Glass Company, Limited v. Lancegaye Safety Glass (1934), Limited*, [1939] 2 K.B. 395 (C.A.); *Blunt v. Park Lane Hotel, Limited et al.*, [1942] 2 K.B. 253 (C.A.).

COUNSEL:

Guy Du Pont and *Marc Noël* for appellant (defendant).
Edward R. Sojonky, Q.C. and *Michael F. Ciavaglia* for respondent (plaintiff).

SOLICITORS:

Verchère, Noël and Eddy, Montréal, for appellant (defendant).
Deputy Attorney General of Canada for respondent (plaintiff).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.: This is an appeal from an interlocutory order [[1986] 2 F.C. 312 (T.D.)] by the other defendant in the action described in my concurrent reasons for judgment in appeal no. A-365-86 [[1987] 2 F.C. 131]. For the reasons given therein, I accept that the action is a penal action and that, in the action, the appellant is a

sur les douanes a mis fin à ce privilège. Bien que la Loi n'ait pas expressément aboli ce droit issu de la *common law*, l'obligation de produire les documents a été énoncée en des termes très larges, qui ne laissent place à aucune réserve.

L'alinéa 11c) de la Charte ne s'applique pas à la production de documents. Il a pour objet de protéger un inculpé en lui évitant d'être contraint de «témoigner contre lui-même» dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Marcoux et autre c. La Reine, [1976] 1 R.C.S. 763; *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608 (C.A.); *Burton v. Young* (1867), 17 L. C. Rep. 379 (Sup. Ct.); *Hunnings v. Williamson* (1883), 10 Q.B.D. 459; *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111 (C.A.); *Martin v. Treacher* (1886), 16 Q.B.D. 507 (C.A.); *Pickerel River Improvement Company v. Moore et al.* (1896), 17 P.R. 287 (Ont.); *Rose v. Croden* (1902), 3 O.L.R. 383 (Div. Ct.); *The King v. The Associated Northern Collieries and Others* (1910), 11 C.L.R. 738 (H.C. of Adm. Austr.); *Colne Valley Water Company v. Watford Gas and St. Albans Gas Company*, [1948] 1 All E.R. 104 (C.A.); *Pyneboard Pty Ltd. v. Trade Practices Commission and Another* (1983), 45 A.L.R. 609 (H.C. of Adm. Austr.); *Trade Practices Commission v. TNT Management Pty Ltd. and Others* (1984), 53 A.L.R. 213 (F.C. of A.); *Triplex Glass Company, Limited v. Lancegaye Safety Glass (1934), Limited*, [1939] 2 K.B. 395 (C.A.); *Blunt v. Park Lane Hotel, Limited et al.*, [1942] 2 K.B. 253 (C.A.).

AVOCATS:

Guy Du Pont et *Marc Noël* pour l'appelante (défenderesse).
Edward R. Sojonky, c.r. et *Michael F. Ciavaglia* pour l'intimée (demanderesse).

PROCUREURS:

Verchère, Noël et Eddy, Montréal, pour l'appelante (défenderesse).
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée (demanderesse).

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

LE JUGE MAHONEY: Il est interjeté appel d'une ordonnance interlocutoire [[1986] 2 C.F. 312 (1^{re} inst.)] par la seconde des deux parties défenderesses à l'action décrite dans les motifs concourants de jugement que j'ai prononcés dans l'appel numéro A-365-86 [[1987] 2 C.F. 131], interjeté par la première de ces défenderesses. Pour les

person charged with an offence. The order subject of this appeal follows.

IT IS ORDERED THAT the defendant Amway Canada Limited produce for the purposes of this action the documents listed in Schedule I, Part II, Part B, of its List of Documents filed August 12, 1985.

The appellant takes an unexceptionable objection to the order. The documents listed in Schedule I, Part II, Part B, are documents to which objection to production was asserted on the ground of self-incrimination. That objection was rejected. A number of the same documents were also included in the appellant's claim of solicitor/client privilege, which was allowed. The order should be amended to delete from the documents required to be produced those subject of solicitor/client privilege.

A second objection borders on the trivial. The appellant objects to the inclusion of the term "for purposes of this action" in the order. Rule 455(2) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] speaks of "production and inspection" and "the making of copies". I trust there was no sinister intention on the part of the framer of the notice of motion, whose verbiage the order adopted; however, in view of the objection, the order may as well be amended to delete the offending words and substitute "for inspection and the making of copies at the office of the appellant's counsel in Montreal".

The appellant's principal argument is that, as a person charged with an offence, it cannot be compelled to testify and it cannot therefore be compelled to produce documents. The fallacy of this argument lies in the fact that a party does not testify by complying with the requirement that it produce documents. The evidentiary value, if any, of the documents is inherent; they speak for themselves. That they may be evidence against him does not depend at all on what the person required to produce them has to say about them. He

motifs prononcés dans le cadre de cet appel, j'accepte la proposition voulant que l'action soit une action pénale et que, dans cette action, l'appelante soit un inculpé ou une personne accusée d'infraction. L'ordonnance portée en appel est la suivante:

LA COUR ORDONNE QUE la défenderesse Amway of Canada Limited produise, aux fins de la présente action, les documents énumérés à l'Annexe I, Partie II, Partie B, de la liste de documents qu'elle a déposée le 12 août 1985.

L'appelante présente à l'encontre de l'ordonnance une objection irréfragable. Les documents énumérés à l'Annexe I, Partie II, Partie B, sont des documents à la production desquels l'appelante s'est opposée en alléguant qu'elle porterait atteinte à son droit de ne point s'auto-incriminer. Cette objection a été rejetée. L'appelante a par ailleurs invoqué avec succès à l'égard de plusieurs de ces documents le privilège du secret professionnel de l'avocat. L'ordonnance devrait donc être modifiée de façon à radier de la liste des documents à produire ceux faisant l'objet du privilège du secret professionnel de l'avocat.

Une seconde objection confine à la futilité. L'appelante s'oppose à la présence de l'expression «aux fins de la présente action» dans l'ordonnance. La Règle 455(2) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] parle de «la production et l'examen» des documents et de la possibilité «qu'il en soit pris copie». Je veux bien croire que le rédacteur de l'avis de requête, dont l'ordonnance a adopté la terminologie, n'était animé par aucune mauvaise intention; toutefois, cette objection ayant été soulevée, il convient de modifier cette ordonnance en radiant les termes incriminés et en les remplaçant par «pour examen et pour qu'il en soit pris copie au bureau de l'avocat de l'appelante, à Montréal».

L'appelante fait valoir comme argument principal qu'en sa qualité de personne accusée d'infraction, elle ne peut être contrainte de rendre témoignage et, en conséquence, elle ne peut être contrainte à la production des documents visés. La fausseté de cet argument tient au fait qu'une partie ne rend pas témoignage en se conformant à une prescription visant la production de documents. La valeur probante de ces documents, le cas échéant, leur est inhérente: ils parlent par eux-mêmes. La possibilité que ces documents constituent une preuve défavorable à la personne tenue de les produire ne dépend aucunement de ce que

cannot, if a person charged, be compelled to say anything about them.

The appellant's argument is the same one that was rejected in reasoned judgments of the Supreme Court of Canada in *Marcoux et al. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763 and this Court in *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608 (C.A.). In the former, Dickson J., as he then was, at page 769, epitomized the law in the following terms:

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 . . .

In the latter, at page 639, Hugessen J., explained why that is the law.

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.

While both of these decisions dealt with pre-Charter circumstances, I find nothing in 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.)] that assists the appellant in its argument.

I would, pursuant to paragraph 52(b) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], vary the order of the Trial Division as indicated above, and would otherwise dismiss the appeal. Success being divided, I would make no order as to costs.

HEALD J.: I agree.

* * *

cette personne a à dire à leur sujet. Cette dernière, si elle est accusée d'infraction, ne peut être contrainte à en parler d'aucune manière.

L'argument de l'appelante est semblable à celui qui a été rejeté dans les jugements motivés prononcés par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Marcoux et autre c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763 et par cette Cour dans l'affaire *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608 (C.A.). Dans la première de ces décisions, le juge Dickson (tel était alors son titre), a résumé à la page 769, le droit applicable à cette question dans les termes suivants:

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 . . .

Dans le second arrêt, à la page 639, le juge Hugessen a expliqué la raison d'être de cette règle de droit.

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.

Bien que les faits visés par ces décisions fussent, dans un cas comme dans l'autre, antérieurs à l'entrée en vigueur 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.)], je ne vois rien dans cette dernière qui appuie le moyen de l'appelante.

Je modifierais l'ordonnance de la Division de première instance de la manière prémentionnée conformément à l'alinéa 52b) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10], et je rejetterais l'appel à tous autres égards. Les deux parties ayant partiellement gain de cause, je n'adjugerais point de dépens.

LE JUGE HEALD: Je souscris à ces motifs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.: This appeal is brought from a decision of Reed J. in the Trial Division rendered November 29, 1985 allowing a motion by the respondent requiring the appellant to produce some thirty-three documents listed in Schedule I, Part II, Part B of its Rule 448 List of Documents filed on August 6, 1985.

I agree with Mr. Justice Mahoney that the order below should be amended in the two aspects he proposes. As for the production of the documents in question, the appellant makes three assertions with which I wish to deal. They are:

(a) It is a principle of law that a plaintiff in an action to enforce a penalty for an offence is not entitled to discovery of documents from a defendant;

(b) It is a further principle of law that a defendant may refuse to produce for inspection any document that would tend to render him liable for punishment, penalty or forfeiture;

(c) Neither of these principles has been abolished by statute in Canada but, if any statute has purported to do so, it must be seen as inconsistent with paragraph 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore of no force and effect to the extent of the inconsistency.

I will discuss these assertions in turn.

It is preliminary to application of the first principle that this be an action brought to enforce a penalty for an offence. I think it is. It is based upon alleged violations of the sections 18 and 180 and also of paragraphs 192(1)(b) and (c) of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40. That a penalty is provided for is apparent from the phrase "in addition to any other penalty to which he is subject for any such offence" (my emphasis) in subsection

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

LE JUGE STONE: Appel est interjeté de la décision de la Division de première instance en date du 29 novembre 1985 par laquelle le juge Reed a accueilli la requête de l'intimée enjoignant à l'appelante de produire quelque trente-trois documents énumérés à l'Annexe I, Partie II, Partie B de la liste de documents qu'elle a déposée le 6 août 1985 en vertu de la Règle 448.

Je souscris aux deux propositions du juge Mahoney visant la modification de l'ordonnance de la Division de première instance. En ce qui a trait à la production des documents visés, l'appelante fait trois assertions au sujet desquelles je désire me prononcer. Celles-ci sont les suivantes:

a) Un principe de droit reconnu veut que le demandeur dans une action recherchant l'imposition d'une peine pour une infraction n'ait pas le droit d'exiger du défendeur la communication de documents;

b) Un autre principe de droit reconnu veut qu'un défendeur puisse refuser de produire pour fins d'examen tout document susceptible de le rendre passible d'une sanction, d'une amende ou d'une confiscation;

c) Ni l'un ni l'autre de ces principes n'a été aboli par une loi en vigueur au Canada, et si une loi prétendait le faire, elle devrait être considérée comme incompatible avec l'alinéa 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en conséquence, dénuée de force de loi et sans effet dans la mesure de cette incompatibilité.

Je discuterai de ces assertions tour à tour.

Le premier principe ne s'applique à l'espèce que si l'action recherche l'imposition d'une peine pour une infraction. J'estime que c'est le cas. Cette action est fondée sur la violation alléguée des articles 18 et 180 ainsi que des alinéas 192(1)b) et c) de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40. Il ressort à l'évidence des termes «en sus de tout autre peine dont elle est passible pour une infraction de cette nature» (c'est moi qui souligne),

192(2).¹ The respondent, in effect, asserts that offences were committed and claims a penalty under the statute for their commission. The penalty is a punishment inflicted on account of the appellant's conduct. It is not merely a civil remedy for recovery of any unpaid customs duties and taxes. Punishment may also be by summary conviction.

The question then becomes whether the legal privilege asserted in (a) above still exists so as to disentitle the respondent to discovery of the documents. It is not to be confused with the common law privilege against self-incrimination asserted in (b) above. Although usually found together under the rubric "self-incrimination" they differ in substance and derivation.² The former has been recognized in Canada for many years (*Burton v. Young* (1867), 17 L. C. Rep. 379 (Sup. Ct.)).

In *Hunnings v. Williamson* (1883), 10 Q.B.D. 459, at pages 462-464, the Queen's Bench Division rescinded an order of a master requiring discovery of documents by the defendant in an action for penalties under a statute. There were, it seems, what Lord Esher M.R. referred to in *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111 (C.A.), at pages 114-115 as "two rules of law" which have always existed as part of the English common law "from time

qui figurent au paragraphe 192(2)¹, qu'une peine a été prévue. L'intimée, en fait, affirme que les infractions ont été commises et s'appuie sur la loi pour réclamer l'imposition d'une peine. Celle-ci est une sanction infligée en raison de la conduite de l'appelante. Il ne s'agit pas simplement d'un redressement civil permettant le recouvrement de quelques droits et taxes de douane impayés. La sanction peut également être imposée sur déclaration sommaire de culpabilité.

La question qui se pose devient donc celle de savoir si le privilège juridique invoqué dans la proposition énoncée sous la cote a) existe toujours, de façon à priver l'intimée du droit à la communication préalable des documents. Un tel privilège ne doit pas être confondu avec le privilège contre l'auto-incrimination issu de la *common law* qui a été invoqué et figure plus haut sous la cote b). Même si ces deux privilèges se trouvent habituellement réunis sous la rubrique [TRADUCTION] «auto-incrimination», ils diffèrent essentiellement et sont d'origines distinctes². Le premier est reconnu au Canada depuis de nombreuses années (*Burton v. Young* (1867), 17 L. C. Rep. 379 (Sup. Ct.)).

Dans l'affaire *Hunnings v. Williamson* (1883), 10 Q.B.D. 459, aux pages 462 à 464, la Division du Banc de la Reine a annulé une ordonnance d'un protonotaire exigeant la communication préalable de documents de la partie défenderesse dans une action visant le recouvrement d'amendes conformément à une loi. Il semble qu'aient alors existé [TRADUCTION] «deux règles de droit» ayant fait partie de la *common law* anglaise [TRADUCTION] «depuis des temps immémoriaux», selon les termes utilisés par lord Esher, Maître des rôles, dans l'affaire *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2

¹ 192. ...

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

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

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

² See e.g. *Cross on Evidence*, 6th ed., (London: Butterworths, 1985) at pp. 380-381.

¹ 192. ...

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

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

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

² Voir, par exemple, *Cross on Evidence*, 6th ed., (London: Butterworths, 1985) aux p. 380 et 381.

immemorial". And at the latter page he describes them:

The first is that, where a common informer sues for a penalty, the Courts will not assist him by their procedure in any way: and I think a similar rule has been laid down, and acted upon from the earliest times, in respect of actions brought to enforce a forfeiture of an estate in land. These are not doubt rules of procedure, but they are much more than that: they are rules made for the protection of people in respect of their property, and against common informers.

In England, in earlier times, an action for a penalty was sometimes brought by a "common informer". He was a member of the general public deriving authority to sue from the statute that inflicted the penalty. He either kept the entire amount recovered or, if the recovery was for the Sovereign, poor of the parish, etc., he shared it. In the latter case the action was *qui tam* or a purely penal one.³ The courts viewed a common informer with suspicion, so much so that they refused to assist him in his case. The defendant neither had to produce his documents nor answer interrogatories, and could stand mute at his trial. In commenting upon the decision of the Court of Appeal in *Martin v. Treacher* (1886), 16 Q.B.D. 507 wherein discovery of documents in an action for a penalty was refused, Lord Esher M.R. said at page 115 of *Mexborough*:

It was held in that case that there is a rule of law which prevents the application of any of the procedure with regard to discovery in an action for a penalty by a common informer. It is not put on any ground peculiar to courts of equity, but on the ground of a general rule of law applicable both in courts of law and courts of equity. The principle there laid down is equally applicable to discovery by affidavit of documents as to discovery by interrogatories. It was held that the procedure with regard to discovery, which includes both methods of discovery, was not available to an action by a common informer.

³ See generally 3 *Black. Comm.* 4th Eng. ed. (Kerr), at p. 149. Common informers were regulated by a statute passed in 1576, "An act to redress disorders in common informers", 18 Eliz., c. 5.

Q.B. 111 (C.A.), aux pages 114 et 115. À cette dernière page, lord Esher décrit ces règles de la façon suivante:

[TRADUCTION] Suivant la première règle, lorsqu'un indicateur *a* [common informer] intente une action en vue de faire rentrer une amende, les procédures judiciaires ne lui seront d'aucune utilité; je crois qu'une règle semblable a été établie et suivie depuis le tout début en ce qui a trait aux actions intentées pour obtenir la déchéance d'un droit foncier. Il ne fait aucun doute que ce sont des règles de procédure, mais il s'agit de beaucoup *b* plus que cela: ce sont des règles destinées à protéger les biens des personnes et à protéger celles-ci contre les indicateurs.

En Angleterre, à une époque plus reculée, les *c* actions visant le recouvrement d'amendes étaient parfois intentées par des [TRADUCTION] «indicateurs» (*common informer*). L'indicateur était un membre du grand public habilité à intenter une *d* poursuite par la loi imposant l'amende. Il pouvait soit conserver le montant entier recouvré, soit, si le recouvrement avait lieu au profit du Souverain, des pauvres, etc., partager ce montant. Dans ce dernier cas, il s'agissait d'une action *qui tam* ou d'une action à caractère purement pénal³. Les *e* tribunaux étaient si méfiants envers l'indicateur qu'ils refusaient de l'aider dans sa cause. Le défendeur n'était point obligé de produire ses documents ou de se soumettre à des interrogatoires, et pouvait *f* demeurer muet lors de son procès. Commentant la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Martin v. Treacher* (1886), 16 Q.B.D. 507, qui avait refusé la communication préalable de documents dans le cadre d'une action visant le recouvrement d'une amende, lord Esher, Maître des *g* rôles, a dit à la page 115 de l'arrêt *Mexborough*:

[TRADUCTION] Dans cette affaire, il a été décidé qu'il existe une règle de droit qui soustrait les actions en recouvrement d'amendes intentées par un indicateur à la procédure applicable *h* à l'interrogatoire préalable et à la communication de documents. Cette règle ne repose pas sur un fondement reconnu uniquement en *equity* mais sur une règle de droit à caractère général applicable à la fois par les cours de *common law* et les cours d'*equity*. Le principe établi par cette règle est également applicable à la communication préalable de documents par *i* affidavit et à l'interrogatoire préalable. Il a été décidé qu'il ne pouvait être fait appel aux procédures visant l'interrogatoire préalable et la communication préalable dans le cadre d'une action intentée par un indicateur.

³ Voir, de façon générale, 3 *Black. Comm.* 4th Eng. ed. (Kerr), à la p. 149. Les indicateurs étaient régis par une loi adoptée en 1576: «An act to redress disorders in common informers», 18 Eliz., chap. 5.

The same view was expressed by A. L. Smith L.J. at page 118. Thus the principle asserted was well established both at law and in equity.

The present action is for a penalty. It is not brought by a common informer but that makes no difference nowadays. What is important is the nature of the proceeding. If it be for the sole purpose of recovering a penalty then, apart from statute, the defendant need not produce his documents for discovery (see e.g. *Pickerel River Improvement Company v. Moore et al.* (1896), 17 P.R. 287 (Ont.); *Rose v. Croden* (1902), 3 O.L.R. 383 (Div. Ct.), at page 387; *The King v. The Associated Northern Collieries and Others* (1910), 11 C.L.R. 738 (Aus. H.C. of Adm.); *Colne Valley Water Company v. Watford Gas and St. Albans Gas Company*, [1948] 1 All E.R. 104 (C.A.), per Lord Goddard C.J. at page 106; *Pyneboard Pty Ltd. v. Trade Practices Commission and Another* (1983), 45 A.L.R. 609 (Aus. H.C. of Adm.), per Mason A.C.J., Wilson and Dawson JJ. at pages 613-614, per Murphy J. at page 621 and per Brennan J. at pages 624-625; *Trade Practices Commission v. TNT Management Pty Ltd. and Others* (1984), 53 A.L.R. 214 (F.C. of A.) at pages 217-218).

As for the principle asserted in (b) above, it amounts to an aspect of the old common law privilege against self-incrimination (see e.g. *Triplex Glass Company, Limited v. Lancegaye Safety Glass (1934), Limited*, [1939] 2 K.B. 395 (C.A.), per Du Parcq L.J. at page 403; *Blunt v. Park Lane Hotel, Limited et al.*, [1942] 2 K.B. 253 (C.A.) per Goddard L.J., at page 257). That privilege has been whittled away by statute in Canada. In its statutory expression (section 5 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C. 1970, c. E-10] and provincial legislation of like effect) it no longer enjoys the scope it once did at common law. (see *Marcoux et al. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, per Dickson J. [as he then was] at pages 768-769; *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608 (C.A.) and see also *Ratushny, Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (Toronto: Carswell, 1979) at page 92). I am in full agreement with Mr. Justice

La même opinion a été exprimée par lord juge A. L. Smith à la page 118. Ainsi le principe invoqué a-t-il été bien établi à la fois en *common law* et en *equity*.

^a L'action en l'espèce vise l'imposition d'une amende. De nos jours, le fait qu'elle ne soit pas intentée par un indicateur ne change rien à la question. Ce qui importe est la nature de l'instance. Si celle-ci a pour seul objet le recouvrement d'une amende, le défendeur, sauf si une loi le prescrit, n'est pas tenu à une communication préalable de ses documents (voir, par exemple, *Pickerel River Improvement Company v. Moore et al.* (1896), 17 P.R. 287 (Ont.); *Rose v. Croden* (1902), 3 O.L.R. 383 (Div. Ct.), à la page 387; *The King v. The Associated Northern Collieries and Others* (1910), 11 C.L.R. 738 (H.C. of Adm. Austr.); *Colne Valley Water Company v. Watford Gas and St. Albans Gas Company*, [1948] 1 All E.R. 104 (C.A.) motifs de lord Goddard, juge en chef, à la page 106; *Pyneboard Pty Ltd. v. Trade Practices Commission and Another* (1983), 45 A.L.R. 609 (H.C. of Adm. Austr.), opinion du juge en chef adjoint Mason ainsi que des juges Wilson et Dawson, aux pages 613 et 614, opinion du juge Murphy à la page 621 et opinion du juge Brennan aux pages 624 et 625; *Trade Practices Commission v. TNT Management Pty Ltd. and Others* (1984), 53 A.L.R. 214 (F.C. of A.), aux pages 217 et 218).

Quant au principe invoqué dans la proposition exposée sous la cote b) précitée, il constitue en somme un aspect de l'ancien privilège contre l'auto-incrimination issu de la *common law* (voir, par exemple, *Triplex Glass Company, Limited v. Lancegaye Safety Glass (1934), Limited*, [1939] 2 K.B. 395 (C.A.), opinion de lord juge Du Parcq, à la page 403; *Blunt v. Park Lane Hotel, Limited et al.*, [1942] 2 K.B. 253 (C.A.), opinion de lord juge Goddard, à la page 257). Au Canada, ce privilège a été amenuisé par le droit écrit. Dans les dispositions législatives qui l'énoncent (l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, chap. E-10] ainsi que les dispositions législatives provinciales équivalentes), il a une portée moindre que celle qu'il a déjà eue selon la *common law* (voir *Marcoux et autre c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, le juge Dickson [tel était alors son titre], aux pages 768 et 769; *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F.

Mahoney that it cannot avail the appellant as a basis for refusing to produce the documents in question.

I come then to the next question, namely, whether the privilege in (a) above has been abolished in Canada. In this regard section 170 of the *Customs Act* is relevant. It was added to the statute in 1888 (51 Vict., c. 14), and reads:

170. Whenever any suit is instituted under this Act, or an order of the court is obtained, all invoices, accounts, books and papers relating to any imported goods to which such suit or order relates shall be produced in court, or to any person whom the court directs, and if the same are not so produced within such time as the court prescribes, the allegations on the part of the Crown shall be deemed to be proved, and judgment shall be given as in a case by default; but this provision does not relieve the person disobeying any such order from any other penalty or punishment that he may have incurred by disobedience of any such order.

The appellant would have us read it as merely establishing an alternative procedure for obtaining production of material in any suit brought by the Crown under the statute and that it has application only where the Crown obtains a court order in such a suit. The absence of such an order in the present case, it is contended, means that the privilege in (a) above remains intact and is properly invoked. I cannot agree. The section requires production in court⁴ in any such action of all invoices, accounts, books and papers relating to any imported goods. No court order is needed. The words of the statute are sufficient. The obligation to produce flows from a suit being instituted. The Court may also order production of the material to "any person". But the Crown is not entitled, in any event, to have judgment given as in a case by default unless it first obtains a court order for

⁴ The section provides for the production of such material and not with its admissibility into evidence. The Rules of the Court are intended "to render effective the substantive law and to ensure that it is carried out" (Rule 2(2)). It appears inspection of any documents so produced could be made pursuant to the rules touching that subject.

608 (C.A.); voir également *Ratushny, Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (Toronto: Carswell, 1979) à la page 92). Je suis entièrement d'accord avec le juge Mahoney pour dire que l'appelante ne peut invoquer ce privilège pour refuser de produire les documents visés.

J'examinerai donc à présent la question suivante, qui consiste à savoir si le privilège exposé sous la cote a) a été aboli au Canada. L'article 170 de la *Loi sur les douanes* est pertinent à cet égard. Cet article, qui a été ajouté à la Loi en 1888 (51 Vict., chap. 14), est ainsi libellé:

170. Lorsqu'une poursuite est intentée sous le régime de la présente loi, ou qu'un ordre de la cour est obtenu, tous les comptes, factures, livres et documents concernant quelque marchandise importée à laquelle se rapporte cette poursuite ou cet ordre, doivent être produits en cour, ou devant toute personne que la cour désigne, et s'ils ne sont pas ainsi produits dans le délai que la cour prescrit, les allégations faites de la part de la Couronne sont réputées prouvées, et jugement est rendu comme dans une cause par défaut; mais la présente disposition ne met pas la personne qui a désobéi à cet ordre à l'abri de toute autre amende ou punition qu'elle a pu encourir par sa désobéissance à cet ordre.

L'appelante prétend que cet article offre tout simplement une solution de rechange permettant d'obtenir la production de documents dans toute poursuite intentée par la Couronne en vertu de la loi, solution dont l'application serait tributaire de l'obtention par la Couronne d'un ordre de la cour. L'appelante soutient que vu l'absence d'un tel ordre en l'espèce, le privilège visé par la proposition a) demeure intact et est invoqué à bon droit. Je ne puis accepter cette prétention. L'article en question exige que tous les comptes, factures, livres et documents concernant quelque marchandise importée soient produits en cour⁴. Aucun ordre de la cour n'est nécessaire. Les termes utilisés dans la loi sont suffisants à cet égard. L'obligation de produire les documents tient au fait qu'une poursuite est intentée. La Cour peut également ordonner la production des documents devant « toute personne ». Cependant, la Couronne n'a le droit d'obtenir qu'un jugement soit rendu comme dans une cause par défaut que si elle a au préalable

⁴ Cet article prévoit la production de tels documents et ne traite pas de leur admissibilité en preuve. Les Règles de la Cour visent « à faire apparaître le droit et en assurer la sanction » (Règle 2(2)). Il appert que l'examen de quelqu'un des documents ainsi produits pouvait être effectué conformément aux règles traitant de cette question.

production of the material within a prescribed time and shows non-compliance therewith.

It is true, as the appellant contends, that the section contains no explicit abolition of the privilege and that in general a statute will not be interpreted so as to take away a common law right unless the intention to do so is made clear either by express words or by necessary implication. On the other hand, the obligation to produce the material is cast in broad language that is not subject to any qualification. The section is part of a statutory scheme for imposing, levying and collecting customs duties and taxes. Its character and purpose are such that a construction which would defeat its operation ought to be avoided (see e.g. *Pyneboard Pty Ltd. v. Trade Practices Commission and Another* (*supra*) at pages 617-618). Thus I must conclude that the section overrides the privilege and therefore that it is not available to the appellant in this action.

It seems to me that the words "all . . . papers relating to any imported goods" are amply broad to include the thirty-three documents here in issue. I cannot agree with the appellant that these words, in effect, must be read down so as to include only formal customs documents required for the purpose of importing the goods.

Finally, I must deal with the appellant's ultimate assertion. It is that section 170 is inconsistent with paragraph 11(c) of the Charter⁵ and, accordingly, that subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.)] renders section 170 of no force and effect to the extent of that inconsistency. This is the only context in which a Charter argument is made by the appellant. With respect, I cannot see

⁵ 11. Any person charged with an offence has the right

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

obtenu de la cour un ordre stipulant la production des documents dans un délai prescrit, et démontré que la personne concernée ne s'y est pas conformée.

^a L'appelante prétend avec raison qu'aucune disposition de l'article visé n'abolit expressément ce privilège et que, de façon générale, une loi ne devra s'interpréter comme retirant un droit issu de la *common law* que si l'intention de ce faire ressort clairement des termes exprès de la loi ou s'impose par voie d'interprétation nécessaire. L'obligation de produire les documents est cependant énoncée en des termes très larges, qui ne laissent place à aucune réserve. Cet article s'inscrit dans un ensemble législatif visant l'imposition et la perception des droits et impôts de douane. Vu sa nature et son objet, il convient d'éviter de lui donner une interprétation qui en empêcherait l'application (^b voir, par exemple, *Pyneboard Pty Ltd. v. Trade Practices Commission and Another*, précitée, aux pages 617 et 618). Je dois donc conclure que cet article a le pas sur le privilège invoqué et que, en conséquence, l'appelante ne peut invoquer ce dernier dans le cadre de la présente action. ^c ^d ^e

Il me semble que les termes «tous . . . documents concernant quelque marchandise importée» sont bien assez larges pour comprendre les trente-trois documents dont il est question en l'espèce. Je ne puis accepter la prétention de l'appelante selon laquelle ces termes, en fait, doivent recevoir une interprétation limitant leur portée aux seuls documents de douane officiels qui sont requis aux fins ^f de l'importation de marchandises. ^g

Je dois enfin traiter du dernier argument présenté par l'appelante. Celle-ci prétend que l'article 170 est incompatible avec l'alinéa 11(c) de la *Charte*⁵ et que, en conséquence, le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.)] empêche, dans la mesure de cette incompatibilité, que l'article 170 n'ait force de loi et ne prenne effet. L'appelante n'invoque la Charte qu'en

⁵ 11. Tout inculpé a le droit:

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

any inconsistency. Paragraph 11(c) of the Charter is concerned with protecting a person charged with an offence from being called against his will "to be a witness" in proceedings against him in respect of that offence. It has no application to the production of documents, including those required to be listed pursuant to Rule 448 and to be produced for inspection pursuant to Rule 453.

I would dispose of this appeal in the manner proposed by Mr. Justice Mahoney.

HEALD J.: I agree.

regard de ce seul contexte. Avec déférence, je ne puis déceler aucune incompatibilité. L'alinéa 11c) de la Charte a pour objet de protéger un inculpé en lui évitant d'être contraint de «témoigner contre lui-même» dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche. Cet alinéa ne s'applique pas à la production de documents, y compris ceux dont la liste doit être établie conformément à la Règle 448 et ceux qui doivent être produits pour examen conformément à la Règle 453.

Je déciderais du présent appel ainsi que le propose le juge Mahoney.

LE JUGE HEALD: Je souscris à ces motifs.