

**Thomson Newspapers Limited, Brian W.
Slaight, Peter T. Bogart and Paul E. Weeks
Appellants**

v.

**Director of Investigation and Research,
Combines Investigation Act, Restrictive
Trade Practices Commission and the
Attorney General of Canada Respondents**

and

**The Attorney General for Ontario, the
Attorney General of Quebec, the Attorney
General for New Brunswick and the Attorney
General for Alberta Intervenors**

INDEXED AS: THOMSON NEWSPAPERS LTD. v. CANADA
(DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH,
RESTRICTIVE TRADE PRACTICES COMMISSION)

File No.: 20228.

1988: November 1; 1990: March 29.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé
and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to remain silent — Derivative evidence — Combines investigation — Corporation suspected of predatory pricing — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Failure to comply with a s. 17 order subject to legal consequences — Whether s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms can be invoked — Whether s. 17 infringes s. 7 of the Charter — If so, whether s. 17 justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(c), 13.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Combines investigation — Corporation suspected of predatory pricing — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether s. 17 infringes s. 8 of the

**Thomson Newspapers Limited, Brian W.
Slaight, Peter T. Bogart et Paul E. Weeks
Appelants**

a. c.

**Directeur des enquêtes et recherches, Loi
relative aux enquêtes sur les coalitions,
Commission sur les pratiques restrictives du
commerce et le procureur général du Canada
Intimés**

et

**Le procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Québec, le procureur
général du Nouveau-Brunswick et le
procureur général de l'Alberta Intervenants**

RÉPERTORIÉ: THOMSON NEWSPAPERS LTD. c. CANADA
(DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES,
COMMISSION SUR LES PRATIQUES RESTRICTIVES DU
COMMERCE)

N° du greffe: 20228.

e. 1988: 1^{er} novembre; 1990: 29 mars.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé et Sopinka.

f. EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Preuve dérivée — Enquêtes sur les coalitions — Société commerciale soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas — Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Le refus de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 entraîne des sanctions légales — L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il être invoqué? — L'article 17 viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, l'art. 17 est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(c), 13.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Enquêtes sur les coalitions — Société commerciale soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas — Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi

Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 17 justifiable under s. 1 of the Charter.

Combines — Investigation — Corporation suspected of predatory pricing — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether s. 17 infringes the guarantee to fundamental justice in s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of the Charter.

Evidence — Self-incrimination — Derivative evidence — Documentary evidence — Real evidence — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether complete immunity against the use of derivative evidence required by the principles of fundamental justice — Whether protection against self-incrimination under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms limited to "testimonial evidence" — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 17, 20(2) — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5.

The corporate appellant and several of its officers, the individual appellants, were served with orders to appear before the Restrictive Trade Practices Commission to be examined under oath and to produce documents. The orders were issued pursuant to s. 17 of the *Combines Investigation Act* (the "Act") in connection with an inquiry to determine if there was evidence that the corporation had committed the offence of predatory pricing contrary to s. 34(1)(c) of the Act. A person who refuses to comply with a s. 17 order can be punished by the Commission pursuant to s. 17(3). A refusal may also constitute an offence under the Act. The appellants applied to the Ontario High Court for a declaration that s. 17 and the orders were inconsistent with the guarantee to fundamental justice in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the guarantee against unreasonable search or seizure in s. 8 of the *Charter*. The High Court allowed the application in part holding that s. 17 of the Act violated s. 8 but not s. 7. The decision was appealed by the appellants and cross-

relative aux enquêtes sur les coalitions — L'article 17 viole-t-il l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'art. 17 est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

- a *Coalitions — Enquêtes — Société commerciale soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas — Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions —*
- b *L'article 17 viole-t-il le droit à la justice fondamentale garanti à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés ou le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'art. 8 de la Charte?*
- c *Preuve — Auto-incrimination — Preuve dérivée — Preuve documentaire — Preuve matérielle — Dirigeants d'une société commerciale enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Les principes de justice fondamentale exigent-ils l'immunité totale contre l'utilisation de la preuve dérivée? — La protection contre l'auto-incrimination qu'offre l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés se limite-t-elle à la «preuve testimoniale»? —*
- d *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17, 20(2) — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 5.*
- e *Des ordonnances de comparution ont été signifiées à la société appelante et à plusieurs de ses dirigeants, les personnes physiques appelantes, leur enjoignant de comparaître devant la Commission sur les pratiques restrictives du commerce afin d'être interrogés sous serment et de produire des documents. Ces ordonnances ont été délivrées conformément à l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (la «Loi») dans le cadre d'une enquête tenue en vue de déterminer s'il existait des preuves que la société avait commis l'infraction de fixation de prix déraisonnablement bas, contrairement à l'al. 34(1)c de la Loi. Quiconque refuse d'obtempérer à une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 peut se voir infliger une peine par la Commission en vertu du par. 17(3). Un tel refus peut aussi constituer une infraction à la Loi. Les appellants ont demandé à la Haute Cour de l'Ontario de rendre un jugement déclarant que l'art. 17 et les ordonnances étaient incompatibles avec le droit à la justice fondamentale garanti à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés et avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la Charte. La Haute Cour a accueilli cette demande en partie statuant que l'art. 17 de la Loi viole l'art. 8, mais non l'art. 7. Les appellants ont porté cette décision en appel et les intimés*

appealed by the respondents. The Court of Appeal held that s. 17 did not violate either section.

Held (Lamer and Sopinka JJ. dissenting in part and Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Question: Is section 17 of the *Combines Investigation Act* inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect?

Answer: No. Lamer J. would not reply as regards s. 7 and would answer yes as regards s. 8. Wilson J. would answer yes. Sopinka J. would answer yes as regards s. 7 to the extent only that it authorizes an order to be made for an examination under oath of a person, and would answer no as regards s. 8.

Section 7 of the Charter

Per La Forest J.: Section 17 of the Act does not contravene s. 7 of the *Charter*. Section 7 may, in certain contexts, provide residual protection to the interests protected by specific provisions of the *Charter*. It does so in the case of s. 11(c) which protects a person charged from being compelled to be a witness in proceedings against that person and s. 13 which protects a witness against self-incrimination, but s. 7 does not give an absolute right to silence or a generalized right against self-incrimination on the American model.

The power conferred by s. 17 of the Act to compel any person to give oral testimony constitutes a deprivation of liberty but such compulsion, in itself, does not violate the principles of fundamental justice. The right of an accused or a suspect to remain silent, while extending beyond the trial itself, does not extend to those who are ordered to testify in a proceeding such as that provided by s. 17 of the Act. The power to compel testimony is important to the overall effectiveness of the investigative machinery established by the Act. An absolute right to refuse to answer questions in a s. 17 inquiry would represent a dangerous and unnecessary imbalance between the rights of the individual and the community's legitimate interest in discovering the truth about the existence of practices against which the Act was designed to protect the public. The section 17 inquiries are inquisitorial rather than adversarial in nature. They are investigations in which no final determination as to criminal liability is reached. The right to prevent the

ont interjeté un appel incident. La Cour d'appel a statué que l'art. 17 ne viole ni l'un ni l'autre article.

Arrêt (les juges Lamer et Sopinka sont dissidents en partie et le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Question: L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est-il incompatible avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?

Réponse: Non. Le juge Lamer serait d'avis de ne pas répondre en ce qui a trait à l'art. 7 et de répondre par l'affirmative en ce qui a trait à l'art. 8. Le juge Wilson serait d'avis de répondre par l'affirmative. Le juge Sopinka serait d'avis de répondre par l'affirmative en ce qui a trait à l'art. 7 seulement dans la mesure où il permet d'ordonner qu'une personne soit interrogée sous serment, et il répondrait par la négative en ce qui a trait à l'art. 8.

L'article 7 de la Charte

Le juge La Forest: L'article 17 de la Loi ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. L'article 7 peut, dans certains cas, accorder une protection résiduelle aux intérêts garantis par des dispositions spécifiques de la *Charte*. Il le fait dans le cas de l'al. 11c) qui garantit à un inculpé le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui et dans le cas de l'art. 13 qui garantit à un témoin le droit de ne pas s'incriminer. Cependant, l'art. 7 ne confère pas un droit absolu de garder le silence ou un droit général de ne pas s'incriminer selon le modèle américain.

Le pouvoir, conféré par l'art. 17 de la Loi, de contraindre toute personne à témoigner oralement constitue une atteinte à la liberté, mais cette contrainte ne constitue pas en soi une violation des principes de justice fondamentale. Bien que le droit d'un accusé ou d'un suspect de garder le silence s'étende au-delà du procès lui-même, il ne s'étend pas à ceux qui sont contraints de témoigner dans une procédure comme celle que prévoit l'art. 17 de la Loi. Le pouvoir de contraindre à témoigner est important pour l'efficacité globale du mécanisme d'enquête établi par la Loi. Le droit absolu de refuser de répondre aux questions à l'occasion d'une enquête en vertu de l'art. 17 constituerait un déséquilibre dangereux et inutile entre les droits du particulier et l'intérêt légitime qu'a la collectivité à découvrir la vérité au sujet de l'existence de pratiques contre lesquelles la Loi était destinée à protéger le public. Les enquêtes visées par l'art. 17 sont de nature inquisitoriale plutôt que contradictoire. Il s'agit d'enquêtes qui ne compor-

subsequent use of compelled self-incriminating testimony protects an individual from being "conscripted against himself" without simultaneously denying an investigator's access to relevant information. It strikes a just and proper balance between the interests of the individual and the state—an important factor that must be taken into account in defining the content of the principles of fundamental justice. While a corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*, and in respect of the right against compelled self-incrimination, is incapable of being forced to testify against itself, the right against self-incrimination is still available to those who are compelled to give testimony as the representatives of a corporation. Regardless of whether they give testimony in their representative or personal capacities, those who are compelled to testify under s. 17 are subjected to a direct and real violation of their own liberty.

While the admission of compelled testimony is prohibited, complete immunity against the use of derivative evidence is not required by the principles of fundamental justice. The use of derivative evidence obtained as a result of the s. 17 power in subsequent trials would not generally affect the fairness of those trials. Derivative evidence, because of its independent existence, can be found independently of the compelled testimony. There is thus nothing unfair in admitting relevant evidence of this kind against a person if it would have been found or appreciated apart from that person's compelled testimony under s. 17, a proposition consistent with the cases under s. 24(2) of the *Charter*. If the evidence would not have been found or appreciated apart from such compelled testimony, it should, in the exercise of the trial judge's discretion to exclude unfair evidence, be excluded since its admission would violate the principles of fundamental justice. The admission of the derivative evidence would in these circumstances tend to render the trial process unfair; the accused would have to answer a case that he was forced to make stronger than it would otherwise have been. Unfairness is avoided by its exclusion. It follows that the immunity against use of compelled testimony provided by s. 20(2) of the Act together with the trial judge's power to exclude derivative evidence where appropriate is all that is necessary to satisfy the requirements of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé J.: While the constitutionality of s. 17 of the Act is attacked here, one must not lose sight of the fact that corporations cannot claim the protection

tent aucune conclusion définitive quant à la responsabilité criminelle. Le droit d'interdire l'utilisation ultérieure d'un témoignage incriminant donné sous l'effet de la contrainte empêche l'individu d'être «conscrit contre lui-même» tout en permettant simultanément à un enquêteur d'avoir accès aux renseignements pertinents. Il établit un équilibre juste et convenable entre les droits de l'individu et ceux de l'État—un facteur important qui doit être considéré pour déterminer la teneur des principes de justice fondamentale. Quoiqu'une société ne puisse invoquer la protection qu'offre l'art. 7 de la *Charte*, ni être forcée à témoigner contre elle-même, en ce qui concerne le droit de ne pas être contraint de s'incriminer, ceux qui sont contraints de témoigner en qualité de représentants d'une société peuvent invoquer le droit de ne pas s'incriminer. Ceux qui sont contraints de témoigner en vertu de l'art. 17 peuvent subir une violation directe et réelle de leur propre liberté, et ce, peu importe qu'ils témoignent en qualité de représentants ou en leur qualité personnelle.

Bien que l'utilisation d'un témoignage forcé soit interdite, l'immunité totale contre l'utilisation de la preuve dérivée n'est pas requise par les principes de justice fondamentale. L'utilisation de la preuve dérivée, obtenue par l'exercice du pouvoir de l'art. 17, dans des procès ultérieurs ne porterait généralement pas atteinte à l'équité de ces procès. À cause de son existence indépendante, une preuve dérivée peut être découverte indépendamment du témoignage forcé. Il n'y a donc rien d'injuste à ce qu'une preuve pertinente de ce genre soit utilisée contre une personne si elle aurait été découverte ou saisie indépendamment du témoignage que cette personne a été contrainte de donner en vertu de l'art. 17, une affirmation conforme aux décisions rendues en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Si la preuve n'avait pu être découverte ou saisie en l'absence d'un tel témoignage forcé, elle devrait, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'a le juge du procès d'exclure des éléments de preuve inéquitables, être écartée puisque son utilisation violerait les principes de justice fondamentale. L'utilisation de la preuve dérivée dans ces circonstances tendrait à rendre le procès inéquitable; l'accusé serait obligé de réfuter une thèse qu'il a été obligé de rendre plus solide qu'elle l'aurait été par ailleurs. Son exclusion permet d'éviter l'iniquité. Il s'ensuit que l'immunité prévue par le par. 20(2) de la Loi contre l'utilisation du témoignage forcé, de concert avec le pouvoir qu'a le juge d'écartier la preuve dérivée lorsque cela est indiqué, suffit pour respecter les exigences de la *Charte*.

Le juge L'Heureux-Dubé: Quoique la constitutionnalité de l'art. 17 de la Loi soit attaquée en l'espèce, il ne faut pas oublier que les sociétés commerciales ne peu-

of s. 7 of the *Charter* because they are, on principle, excluded from the ambit of that constitutional guarantee. Section 7 therefore cannot be invoked by the individual appellants acting as representatives of the corporation. To allow them to do so would grant corporations rights which they cannot enjoy. With respect to witnesses *qua* individuals, an order to testify under s. 17 of the Act may constitute a violation of their rights of "liberty and security of the person" within the meaning of s. 7 of the *Charter*, but such violation would be effected in accordance with the principles of fundamental justice. Under section 7, "fundamental justice" requires a protection coextensive with the individual's testimonial participation in the investigation. Use immunity satisfies this requirement and such protection is afforded by s. 20(2) of the Act. This protection serves the end of preventing the state from using incriminating evidence which was obtained by the individual himself, while at the same time tailoring the protection to what our system considers to be the appropriate boundary of fairness in the criminal process.

Fundamental justice under s. 7 does not afford witnesses any constitutional "right to remain silent" nor does it require a constitutional immunity over derivative evidence. The "right to remain silent" enjoyed by an accused—namely, the right to refuse to testify—does not extend to witnesses in proceedings such as the one set up by s. 17 of the Act. Individuals called as witnesses in a s. 17 investigation are not charged with an offence. The mere possibility that the witnesses might later be prosecuted does not change their status as witnesses. Finally, derivative evidence, which consists mainly of real evidence, cannot be assimilated to self-incriminating evidence and does not go to the fairness of the judicial process which is what, in the end, fundamental justice is all about.

A *subpoena duces tecum* issued under s. 17 of the Act does not infringe s. 7 of the *Charter*. No claim can be advanced by, or on behalf of the corporation, under this constitutional provision. As far as the appellant individuals *qua* individuals are concerned, assuming that a subpoena deprives them of their "liberty or security of the person", fundamental justice under s. 7 does not extend protection over corporate books and records. Like section 13 of the *Charter*, the s. 7 residual protection against self-incrimination is limited to "testimonial evidence". Moreover, an order requiring an individual or the officer of a corporation to produce documents does

vent réclamer la protection de l'art. 7 de la *Charte* parce qu'en principe elles sont exclues de la portée de cette garantie constitutionnelle. Par conséquent, l'art. 7 ne peut être invoqué par les personnes physiques appelantes qui agissent en qualité de représentantes de la société commerciale. Leur permettre de le faire reviendrait à accorder aux sociétés des droits dont elles ne peuvent bénéficier. Quant aux personnes qui témoignent à titre personnel, une ordonnance de témoigner rendue en vertu de l'art. 17 de la Loi peut constituer une violation de leur droit «à la liberté et à la sécurité de [leur] personne» au sens de l'art. 7 de la *Charte*, mais cette violation serait conforme aux principes de justice fondamentale. En vertu de l'art. 7, la justice fondamentale exige une protection correspondant à la participation des personnes comme témoins à une enquête. L'immunité contre l'utilisation de la preuve est conforme à cette exigence et cette protection découlle du par. 20(2) de la Loi. Cette protection sert à empêcher l'État d'utiliser les dépositions incriminantes qu'il a obtenues de la personne elle-même, tout en adaptant la protection à ce que notre système considère constituer la mesure appropriée d'équité dans le processus judiciaire.

La justice fondamentale au sens de l'art. 7 ne confère aux témoins aucun droit constitutionnel «de garder le silence», pas plus qu'elle n'exige une immunité constitutionnelle contre l'utilisation de la preuve dérivée. Le «droit de garder le silence» dont jouit un accusé, notamment le droit de refuser de témoigner, ne s'étend pas aux témoins déposant lors de procédures du genre de celle définie à l'art. 17 de la Loi. Les personnes physiques convoquées comme témoins à une enquête en vertu de l'art. 17 ne sont accusées d'aucune infraction. La simple possibilité que les témoins soient par la suite poursuivis ne change rien à leur situation comme témoins. Enfin, les éléments de preuve dérivée, composés surtout d'éléments de preuve matérielle, ne sont pas assimilables à un témoignage incriminant et ne portent pas atteinte à l'équité du processus judiciaire qui, en définitive, constitue l'essence même de la justice fondamentale.

Un *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 de la Loi ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Aucune demande fondée sur cette disposition ne peut être faite par une personne morale ou en son nom. Pour ce qui est des personnes physiques appelantes, comme telles, même si un subpoena les prive du droit «à la liberté ou à la sécurité de [leur] personne», la justice fondamentale dont parle l'art. 7 n'offre pas de protection à l'égard des livres et registres de la société. Comme c'est le cas de l'art. 13 de la *Charte*, la protection résiduelle qu'offre l'art. 7 contre l'auto-incrimination se limite à la «preuve testimoniale». De plus, une ordonnance enjoignant à un

not involve the fabrication of evidence; the individual or officer acts as a "mere conduit" for the delivery of pre-existing records. Thus, there is no suggestion that the use of such evidence in a subsequent trial would affect the fairness of the proceedings.

Per Lamer J.: Section 7 of the *Charter* can be invoked in this case because human beings as well as a corporation are directly involved. The specific enumerations in ss. 11(c) and 13 of the *Charter* are not necessarily exhaustive of the protection afforded by s. 7, and do not prevent residual content being given to s. 7. Assuming that it is a principle of fundamental justice that a witness may refuse to give an incriminating answer, it could be argued that s. 17 of the Act violates s. 7 to the extent that it enables the Commissioner to punish for contempt a witness "who refuses to answer a question on the ground that it may tend to incriminate him". However, it is s. 20(2) of the Act, and not s. 17, which took away the common law right to refuse to give incriminatory answers, and which brings the refusal to answer within contempt and triggers the violation. If section 20(2) of the Act and s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*—a similar provision—did not exist, a witness's liberty would not be put in jeopardy by s. 17. A challenge under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* grounded on s. 7 of the *Charter* must attack the law that allegedly limits the principles of fundamental justice. It is the limits prescribed by law to the principles of fundamental justice that must be justified under s. 1 of the *Charter*, and it is the law that imposes these limits that must be put on trial. Here, the appellants challenged the wrong section. A section 1 analysis of s. 17 of the Act would be in fact a s. 1 analysis of s. 20 and would lead this Court into inferentially pronouncing upon s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*. This Court, therefore, should not pronounce upon the s. 7 issue without a direct challenge to the constitutional validity of s. 20(2) of the Act and s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*.

Per Wilson J. (dissenting): Section 7 of the *Charter*, which is confined to the protection of human beings and has no application to corporations, can be successfully invoked in this case because three individuals as well as a corporation are named as parties. If section 17 is

particulier ou à l'administrateur d'une société de produire des documents ne comporte pas de fabrication d'éléments de preuve; le particulier ou l'administrateur sert «simplement d'intermédiaire» dans la livraison de dossiers déjà existants. En conséquence, il n'y a aucune suggestion que l'utilisation de ces éléments de preuve dans un procès subséquent porterait atteinte à l'équité des procédures.

Le juge Lamer: L'article 7 de la *Charte* peut être invoqué en l'espèce parce que des personnes physiques et une société commerciale sont directement en cause. Les énumérations précisées à l'al. 11c) et à l'art. 13 de la *Charte* ne couvrent pas nécessairement la totalité de la protection accordée par l'art. 7 et n'empêchent pas de conférer une teneur résiduelle à ce dernier article. À supposer qu'il soit un principe de justice fondamentale qu'un témoin puisse refuser de donner une réponse incriminante, on pourrait soutenir que l'art. 17 de la Loi viole l'art. 7 dans la mesure où il habilite un commissaire à punir un témoin pour outrage au tribunal si ce témoin «refuse de répondre à une question pour le motif que sa réponse peut tendre à l'incriminer». Cependant, c'est le par. 20(2) de la Loi, et non l'art. 17, qui a supprimé le droit reconnu par la common law de refuser de donner des réponses incriminantes, qui fait du refus de répondre un outrage et qui provoque la violation. Si le par. 20(2) de la Loi et le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*—une disposition semblable—n'existaient pas, l'art. 17 ne mettrait pas en péril la liberté des témoins. Une contestation entreprise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et fondée sur l'art. 7 de la *Charte* doit attaquer la règle de droit qui, allègue-t-on, restreint les principes de justice fondamentale. Ce sont les restrictions apportées par une règle de droit aux principes de justice fondamentale qui doivent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* et c'est la règle de droit qui impose ces restrictions qui fait l'objet de l'examen judiciaire. En l'espèce, les appellants ont contesté le mauvais article. L'analyse fondée sur l'article premier auquel est soumis l'art. 17 de la Loi est en réalité une analyse de l'art. 20 effectuée en vertu de l'article premier et elle amène notre Cour à se prononcer implicitement sur le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Notre Cour ne devrait donc pas se prononcer sur la question de l'art. 7 en l'absence d'une contestation directe de la constitutionnalité du par. 20(2) de la Loi et du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Le juge Wilson (dissidente): L'article 7 de la *Charte*, qui ne protège que les personnes physiques et ne s'applique pas aux personnes morales, peut être invoqué avec succès en l'espèce puisque trois particuliers et une société commerciale ont été constitués partie. Si l'article

found to be of no force or effect, this finding applies, of course, to corporations as well as human beings.

Section 17 of the Act violates the individual appellants' right to liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Charter*. Section 17 compels an individual to appear at proceedings against his will and to testify on pain of punishment if he refuses. The evidence given by the individual may later be used to build a case against him in a subsequent criminal prosecution. The state-imposed compulsion, linked as it is to the criminal process, touches not only upon that individual's reasonable expectation of privacy but also upon his physical integrity. The fact that the s. 17 procedure is in itself "investigatory" as opposed to "prosecutorial" is irrelevant when a criminal prosecution is a potential consequence of the s. 17 investigation. Further, the fact that the individual may challenge the proceedings by way of judicial review or under s. 17(3) is also irrelevant in determining whether the right to liberty and security of the person has been violated.

The violation of the individual appellants' right to liberty and security of the person was not in accordance with the principles of fundamental justice. Section 7 of the *Charter* protects a suspect in a subsequent proceeding against the use of evidence derived from testimony given by him in an earlier proceeding—a protection not available under ss. 11(c) and 13 of the *Charter*. Where a person's right to life, liberty and security of the person is either violated or threatened, the principles of fundamental justice require that such evidence not be used in order to conscript the person against himself. Section 17, therefore, violates s. 7 to the extent that it compels suspects to testify in an investigatory proceeding, which is in effect a criminal investigation, so as to build up a case against themselves through their own self-incriminating testimony and evidence derived from such testimony. Section 20(2) of the Act provides no greater protection than s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* and does not protect a suspect against the use of the derivative evidence in a subsequent criminal prosecution.

Section 17 of the Act cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. The effective investigation of suspected criminal and quasi-criminal activity and the monitoring of the economic activity in Canada are two legislative objectives of sufficient importance to warrant infringement of individual rights and freedoms. Society has a

17 est jugé inopérant, il va de soi que cette conclusion s'applique tant aux personnes morales qu'aux personnes physiques.

L'article 17 de la Loi porte atteinte au droit des personnes physiques appelantes à la liberté et à la sécurité de leur personne au sens de l'art. 7 de la *Charte*. L'article 17 contraint une personne physique à comparaître contre son gré à des procédures pour y témoigner sous peine de punition si elle refuse. Le témoignage donné par cette personne physique peut être utilisé contre elle à l'occasion de poursuites criminelles ultérieures. La contrainte exercée par l'État, liée comme elle l'est au processus criminel, porte atteinte non seulement aux attentes raisonnables de l'individu en matière de vie privée, mais aussi à son intégrité physique. Que la procédure prévue à l'art. 17 présente en soi le caractère d'une «enquête» plutôt que celui d'une «poursuite» ne tire pas à conséquence lorsque des poursuites criminelles peuvent résulter de l'enquête fondée sur l'art. 17. De plus, le fait que la personne contrainte à comparaître puisse contester les procédures soit par voie de contrôle judiciaire soit en vertu du par. 17(3) ne tire pas non plus à conséquence pour ce qui est de déterminer si le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne a été violé.

L'atteinte au droit des personnes physiques appelantes à la liberté et à la sécurité de leur personne n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. L'article 7 de la *Charte* protège le suspect dans une procédure ultérieure contre l'utilisation d'éléments de preuve dérivés du témoignage qu'il a donné dans une procédure antérieure, protection que n'accorde ni l'art. 11c ni l'art. 13 de la *Charte*. Lorsque le droit d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne a été violé ou menacé, les principes de justice fondamentale requièrent qu'on ne se serve pas de cette preuve pour faire de cet individu son propre adversaire. L'article 17 viole donc l'art. 7 dans la mesure où il contraint les suspects à témoigner dans le cadre d'une procédure d'enquête, qui est en réalité une enquête criminelle, afin de réunir des éléments de preuve contre eux-mêmes par leurs propres témoignages incriminants et par la preuve dérivée de ces témoignages. Le paragraphe 20(2) de la Loi n'offre pas plus de protection que le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et il ne protège pas un suspect contre l'utilisation des éléments de preuve dérivée dans une procédure criminelle ultérieure.

L'article 17 de la Loi ne peut être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. La tenue d'enquêtes efficaces sur les activités criminelles et quasi criminelles dont on soupçonne l'existence et la surveillance de l'activité économique au Canada sont deux objectifs législatifs suffisamment importants pour justifier une atteinte

very real interest in controlling crime and in ensuring the stability of the market-place. The means chosen to achieve these objectives, however, are not "reasonable and demonstrably justified". While compelling individuals to appear and testify regarding their business activities is a rational way of monitoring compliance with the Act, s. 17 does not interfere with the individual appellants' s. 7 rights as little as possible. There is no evidence in this case to suggest that the government's objectives would be frustrated if individuals compelled to testify were afforded derivative use protection or that the enforcement of the Act will be drastically impaired if derivative use protection is given to persons testifying under s. 17.

Per Sopinka J. (dissenting): The provisions of s. 17 of the Act relating to oral testimony violate the right to remain silent and contravene s. 7 of the *Charter*. While the privilege against self-incrimination is limited to the right of an individual to resist testimony as a witness in a legal proceeding, the right of a suspect or an accused to remain silent operates both at the investigative stage of the criminal process and at the trial stage. The testimonial aspect of the right to remain silent is specifically included in s. 11(c) of the *Charter*. The right of a suspect to remain silent during the investigative stage, which has the status of a principle of fundamental justice, is included in s. 7. This section is the repository of many of our basic rights which are not otherwise specifically enumerated. The right to remain silent, therefore, may not be reduced, truncated or thinned out by federal or provincial action. For the purpose of this appeal, the right to remain silent is a right not to be compelled to answer questions or otherwise communicate with police officers or others whose function it is to investigate the commission of criminal offences. The protection afforded by the right is not designed to protect the individual from the police *qua* police but from the police as investigators of criminal activity. It protects the individual against the affront to dignity and privacy which results if crime enforcement agencies are allowed to conscript the suspect against himself. Since this right is protected by the *Charter*, it follows that the provinces or the federal government cannot transfer the investigative function, which is normally carried out by the police, to other agents who are empowered by statute to force suspects or potential suspects to testify. In the field of anti-competitive crime, the police work is carried out largely, if not exclusively, by the Director of Investigation and Research and his staff. Although s. 17 has other purposes, an important one is to aid the Director and his staff in investigating specific crimes. To this extent, the hearing officer is a policeman armed

à des droits et à des libertés individuels. La société a véritablement intérêt à ce que le crime soit réprimé et à ce que la stabilité du marché soit assurée. Les moyens choisis pour réaliser ces objectifs «ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut se démontrer». Quoique contraindre des individus à comparaître et à témoigner au sujet de leurs activités commerciales constitue une façon rationnelle de vérifier si la Loi est respectée, l'art. 17 ne porte pas le moins possible atteinte aux droits que l'art. 7 confère aux personnes physiques appelantes. Rien n'indique en l'espèce que l'objectif du gouvernement serait contrarié si l'on accordait aux individus contraints de témoigner en vertu de l'art. 17 une protection contre l'utilisation de la preuve dérivée ou que cette protection nuirait énormément à l'application de la Loi.

Le juge Sopinka (dissident): Les dispositions de l'art. 17 de la Loi qui ont trait aux témoignages oraux violent le droit de garder le silence et contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*. Tandis que le privilège de ne pas s'incriminer se limite au droit d'un particulier de refuser de déposer en qualité de témoin dans une procédure judiciaire, le droit d'un suspect ou d'un accusé de garder le silence produit ses effets tant à l'étape de l'enquête qu'à celle du procès. L'aspect testimonial du droit de garder le silence est expressément inclus à l'al. 11c) de la *Charte*. Le droit d'un suspect de garder le silence au cours du déroulement de l'enquête, qui constitue un principe de justice fondamentale, est inclus à l'art. 7. Cet article renferme un bon nombre de nos droits fondamentaux qui ne se trouvent pas spécifiquement énumérés ailleurs. Le droit de garder le silence ne peut donc être diminué, tronqué ni altéré par le fédéral ou par une province. Aux fins du présent pourvoi, le droit de garder le silence est celui de ne pas être contraint de répondre à des questions ou de communiquer de quelque autre manière avec des policiers ou d'autres personnes chargées d'enquêter sur la perpétration d'infractions criminelles. Ce droit est destiné à protéger les particuliers non pas contre les policiers comme tels, mais contre les policiers agissant en qualité d'enquêteurs en matière criminelle. Il protège les individus contre la violation de la dignité et de la vie privée qui résulte s'il est permis aux organismes chargés de la répression du crime de faire témoigner le suspect contre lui-même. Puisque ce droit est garanti par la *Charte*, il s'ensuit que ni les provinces, ni le gouvernement fédéral ne sauraient confier la fonction d'enquête normalement exercée par la police à d'autres personnes légalement autorisées à forcer des suspects réels ou éventuels à témoigner. Dans le domaine des crimes visant à éliminer la concurrence, le travail policier est effectué principalement, sinon exclusivement, par le directeur des enquêtes et recherches et son personnel. Quoique l'art. 17 vise d'autres

with a subpoena. Parliament has not separated out of s. 17 its use for different purposes, many of which would not violate the right to remain silent. Accordingly, the whole of the provision relating to the compelling of testimony violates s. 7. For the reasons given by Wilson J., this violation could not be justified under s. 1 of the *Charter* and s. 17, to the extent of the inconsistency with s. 7, must be struck down.

The provisions of s. 17 of the Act relating to the production of documents do not contravene s. 7 of the *Charter*. While the right to remain silent and the privilege against self-incrimination protect a suspect from compelled testimony, they do not protect him from compelled production of documents. The question relating to the communicative aspects arising out of such production does not need to be decided in this case.

Section 8 of the Charter

Per La Forest J.: Section 17 of the Act does not infringe s. 8 of the *Charter*. The essence of a seizure under s. 8 is the taking of a thing from a person by a public authority without that person's consent. An order to produce documents under s. 17, therefore, constitutes a seizure within the meaning of s. 8. But a s. 17 seizure is not unreasonable. The Act, though supported by penal sanctions, is essentially regulatory in nature, and hence part of our administrative law. It is aimed at the regulation of the economy and business with a view to the preservation of the competitive conditions which are crucial to the operation of a free market economy. The conduct prohibited by the Act is conduct which is made criminal for strictly instrumental reasons, and the use of criminal sanctions, including imprisonment, are necessary to induce compliance with the Act. As the discovery of violations to the Act will often require access to information as to the internal affairs of business organizations, the s. 17 power to compel the production of documents is important to the overall effectiveness of the investigative machinery established by the Act and does not constitute an unreasonable intrusion on privacy. Business records and documents will normally be the only records and documents that can lawfully be demanded under that section. There is only a relatively low expectation of privacy in respect of these documents since they are used or produced in the course of activities which, though lawful, are subject to state regulation as a matter of course. Section 17 does not infringe on

objets, celui d'aider le directeur et son personnel à enquêter sur des crimes précis est important. Dans cette mesure, le fonctionnaire qui procède à l'enquête est un policier muni d'un subpoena. Comme le Parlement n'énumère pas à l'art. 17 les différentes fins auxquelles il peut servir, bon nombre desquelles ne porteraient pas atteinte au droit de garder le silence, l'ensemble de la disposition créant une obligation de témoigner viole l'art. 7. Pour les motifs exposés par le juge Wilson, cette violation ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* et l'art. 17, doit, dans la mesure de son incompatibilité avec l'art. 7, être invalidé.

Les dispositions de l'art. 17 de la Loi qui ont trait à la production de documents ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*. Bien que le droit de garder le silence et le privilège de ne pas s'incriminer soustraient un suspect à l'obligation de témoigner, ils ne le soustraient pas à celle de produire des documents. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de statuer sur la question de la présentation en preuve, par la production de documents, d'éléments qui tiennent de la communication.

L'article 8 de la Charte

Le juge La Forest: L'article 17 de la Loi ne viole pas l'art. 8 de la *Charte*. Il y a saisie au sens de l'art. 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement. Une ordonnance de production de documents, rendue en vertu de l'art. 17, constitue donc une saisie au sens de l'art. 8. Cependant, une saisie effectuée en vertu de l'art. 17 n'est pas abusive. Même si elle est assortie de sanctions pénales, la Loi est essentiellement de nature réglementaire et fait donc partie de notre droit administratif. Elle vise la réglementation de l'économie et du commerce en vue de protéger les conditions de concurrence cruciales au fonctionnement d'une économie de libre marché. La conduite interdite par la Loi est rendue criminelle pour des raisons strictement pratiques et l'emploi de sanctions criminelles, dont l'emprisonnement, est nécessaire pour faire respecter la Loi. Étant donné que la découverte de violations de la Loi nécessitera souvent l'accès à des renseignements sur les affaires internes d'entreprises commerciales, le pouvoir de contraindre à produire des documents, en vertu de l'art. 17, est important pour l'efficacité globale du mécanisme d'enquête établi par la Loi et ne constitue pas une violation abusive du droit à la vie privée. En principe, seuls les dossiers et documents des entreprises pourront être légalement exigés en vertu de cet article. Les attentes des particuliers ne sont pas très élevées quant au respect de leur droit à la vie privée dans le cas de ces documents puisqu'ils sont utilisés ou produits dans l'exercice d'activités qui, bien que légales,

this limited expectation of privacy. This does not mean that there is no limitation to the potential scope of an order to produce documents which can be validly issued under s. 17. The material sought in the order must be relevant to the inquiry in progress in light of its nature and purpose. There is no requirement that relevancy to a lawful inquiry be determined before the subpoena is issued; it is sufficient if its relevancy can be challenged by way of judicial review. This opportunity to challenge the relevancy of any particular use of s. 17, by way of judicial review, provides adequate guarantee against potential abuse of the power s. 17 confers. No evidence of any such abuse is apparent in this case.

The stringent standards of reasonableness articulated in *Hunter*, and usually applicable to criminal investigations, were inappropriate to determine the reasonableness of a seizure under s. 17 in light of the limited scope of the s. 17 power to order the production of documents and the limited privacy interests with regard to these documents. The application of the *Hunter* standards would severely hamper and perhaps render impossible the effective investigation of anti-competitive offences.

Per L'Heureux-Dubé J.: A *subpoena duces tecum* under s. 17 of the Act does not infringe s. 8 of the *Charter*. While a *subpoena duces tecum* issued under s. 17 may be considered a "seizure" within the meaning of s. 8, the "seizure" contemplated by s. 17 is reasonable. The Act is a complex scheme of economic regulation aimed at eradicating practices that impair free competition in the market-place and s. 17 is part of the administrative machinery which was established in order to promote the Act's purpose. Because the Act's administrative machinery and enforcement provisions are part of a regulatory scheme, the reasonableness of the *subpoena duces tecum* issued under s. 17 must be assessed taking into account a number of factors, including the importance of the Act's underlying purpose, the necessity of impairing privacy interests, and the absence of other, less onerous, alternatives. These factors indicate clearly that public interest in the freedom and protection of citizens in the market-place prevails over the minimal infringement of the privacy interests of those required to disclose information of an economic nature. First, the legislative purpose of the Act serves important socio-economic interests. Second, the existence of a mech-

sont normalement réglementées par l'État. L'article 17 ne porte pas atteinte à cette attente restreinte au respect du droit à la vie privée. Cela ne signifie pas que la portée éventuelle d'une ordonnance de produire des documents, qui peut être rendue valablement en vertu de l'art. 17, n'a pas de limites. Les documents recherchés dans l'ordonnance doivent se rapporter à l'enquête en cours, compte tenu de sa nature et de son objet. Il n'est pas nécessaire que la pertinence pour les fins d'une enquête autorisée légalement soit déterminée avant la délivrance du subpoena; il suffit que sa pertinence puisse être contestée par voie de contrôle judiciaire. Cette possibilité de contester par voie de contrôle judiciaire la pertinence de tout recours particulier à l'art. 17 offre une garantie suffisante contre tout abus possible du pouvoir conféré par l'art. 17. Il n'y a preuve d'aucun abus semblable dans le présent pourvoi.

Les normes sévères du caractère raisonnable énoncées dans l'arrêt *Hunter* et habituellement applicables aux enquêtes criminelles, sont inadéquates pour déterminer le caractère raisonnable d'une saisie effectuée en vertu de l'art. 17, compte tenu de la portée restreinte du pouvoir d'ordonner la production de documents en vertu de l'art. 17 et du peu de renseignements de nature privée susceptibles de se trouver dans ces documents. L'application des normes formulées dans l'arrêt *Hunter* compromettrait sérieusement et rendrait peut-être même impossible la tenue d'enquêtes efficaces relativement à des infractions contre la concurrence.

Le juge L'Heureux-Dubé: Un *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 de la Loi ne viole pas l'art. 8 de la *Charte*. Même si un *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 peut être considéré comme une «saisie» au sens de l'art. 8, la «saisie» envisagée à l'art. 17 n'est pas abusive. La Loi est un système de réglementation économique complexe qui a pour objet d'éliminer les pratiques contraires à la libre concurrence sur le marché et l'art. 17 fait partie des rouages administratifs établis pour promouvoir l'objet de la Loi. Parce que les rouages administratifs de la Loi et de ses dispositions d'application font partie d'un système de réglementation, le caractère raisonnable du *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 doit s'apprécier en fonction d'un certain nombre de facteurs, dont l'importance de l'objet fondamental de la Loi, la nécessité d'empêcher sur les droits à la vie privée et l'absence d'alternative moins onéreuse. Ces facteurs indiquent clairement que l'intérêt public à la liberté et à la protection des citoyens sur le marché l'emporte sur l'atteinte minimale aux droits à la vie privée de ceux qui sont tenus de révéler des renseignements de nature économique. Premièrement, l'objet de la Loi sert des intérêts socio-économiques importants.

anism of discovery is necessary in order to properly serve the regulatory objective of the legislation. Third, as a means chosen to bring about the legislative end, the subpoena is significantly less intrusive than other alternatives. In addition, in the case of corporations, their privacy interest is relatively low with respect to requests for economic information. Fourth, while there is no express condition precedent to the issuance of the subpoena, the order can be contested and reviewed before an impartial judicial officer (s. 17(3)). The review provides a safeguard to ensure that s. 17 orders are issued for the sole purpose of advancing the regulatory aim of the Act. A *subpoena duces tecum* issued under s. 17 does not, therefore, constitute an "unreasonable seizure" within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

An order to testify under s. 17 of the Act does not infringe s. 8 of the *Charter*. To hold that an order to testify constitutes a "seizure", presumably a "seizure" of one's thoughts, would be to stretch that word beyond any meaning. The word "seizure" under s. 8 should be restricted to tangible things.

Per Sopinka J.: An order under s. 17 requiring the production of documents does not constitute a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The persons served with an order for production under s. 17 have the opportunity to challenge the validity and the extent of the demand before producing the documents. This opportunity for review before the documents are produced goes to the existence of a seizure. This factor bears directly on the extent of governmental intrusion. A mere demand which is not yet enforceable is, in this age of pan-governmental activity, a minimal intrusion. This minimal intrusion cannot be tantamount to a seizure. If a definition of "seizure" that is over-inclusive is adopted, a wholesale departure from the standards articulated in *Hunter* will be necessary. A more restrictive interpretation is thus preferable reserving the application of the *Hunter* standards for those state intrusions which are truly out of keeping with what individuals have come to expect as a routine fact of daily life in a modern state.

Per Lamer and Wilson JJ. (dissenting): Sections 17(1) and 17(4) violate the right to be secure against unreasonable seizure enshrined in s. 8 of the *Charter*. A seizure under s. 8 is the taking by a public authority of a thing belonging to a person against that person's will. Applying a purposive interpretation of s. 8, the compul-

Deuxièmement, de toute nécessité, un mécanisme de communication de documents doit exister afin de bien satisfaire à l'objectif de réglementation de la Loi. Troisièmement, comme moyen de réaliser l'objectif de la Loi, le subpoena occasionne une ingérence beaucoup moindre que tout autre mécanisme. En outre, dans le cas des sociétés commerciales, leurs attentes sont limitées en matière de respect de leur vie privée face à des demandes de renseignements économiques. Quatrièmement, bien que la délivrance d'un subpoena ne soit soumise à aucune condition préalable explicite, il est possible de contester l'ordonnance et de la faire contrôler par un officier de justice impartial (par. 17(3)). Ce contrôle permet d'assurer que les ordonnances délivrées en vertu de l'art. 17 ne visent qu'à promouvoir les objectifs de réglementation de la Loi. Un *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 ne constitue donc pas une «saisie abusive» au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

*Une ordonnance de témoigner délivrée en vertu de l'art. 17 ne viole pas l'art. 8 de la *Charte*. Conclure qu'une ordonnance de témoigner constitue une «saisie», probablement une «saisie» de la pensée de quelqu'un, reviendrait à donner à ce terme un sens qu'il n'a absolument pas. Le terme «saisie» au sens de l'art. 8 se limite aux choses tangibles.*

*Le juge Sopinka: Une ordonnance enjoignant, en vertu de l'art. 17, de produire des documents ne constitue pas une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Les personnes qui se voient signifier une ordonnance de production en vertu de l'art. 17 ont la possibilité de contester la validité et la portée de la demande avant de produire les documents. Cette possibilité de contrôle préalable à la production des documents a trait à l'existence de la saisie. Ce facteur influe directement sur l'ampleur de l'intrusion gouvernementale. Une simple demande qui n'est pas encore exécutoire représente une intrusion minime à notre époque d'activités pangouvernementales. Cette intrusion minimale ne peut équivaloir à une saisie. L'adoption d'une définition trop exhaustive du terme «saisie» rendrait nécessaire une dérogation générale aux normes énoncées dans l'arrêt *Hunter*. Il est préférable d'adopter une interprétation plus restrictive et de n'appliquer les normes formulées dans l'arrêt *Hunter* qu'aux intrusions de l'État qui ne cadrent vraiment pas avec ce que les particuliers en sont venus à attendre au niveau du vécu quotidien dans une État moderne.*

*Les juges Lamer et Wilson (dissidents): Les paragraphes 17(1) et 17(4) violent le droit à la protection contre les saisies abusives qui est garanti à l'art. 8 de la *Charte*. Une saisie au sens de l'art. 8 est l'appropriation par un pouvoir public d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne. Si on donne à l'art. 8 une*

sory production of documents in a criminal or quasi-criminal law context falls within that definition. Whether the public authority "takes" the documents or compels the person to hand them over, the impact on the person's right to privacy in the documents is the same. Sections 17(1) and 17(4), therefore, constitute a seizure within the meaning of s. 8, and this seizure is unreasonable because it does not meet the test of reasonableness set forth in *Hunter*. The possibility of an individual's challenging the s. 17 order before a judge, prior to giving up possession of the documents, either by way of an application for review or by way of s. 17(3) does not meet the concerns underlying the *Hunter* criteria. Only the sophisticated will be aware of this procedure. Most people will respond forthwith to the authority's demand. Nor does it meet the requirement of reasonable and probable grounds. The *Hunter* criteria are not hard and fast rules which must be adhered to in all cases under all forms of legislation—what may be reasonable in the regulatory or civil context may not be reasonable in a criminal or quasi-criminal context. Nevertheless, the more akin the legislation is to traditional criminal law, the less likely it is that departures from the *Hunter* criteria will be countenanced.

Sections 17(1) and 17(4) of the Act cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. In the absence of any evidence to show that the objectives of the Act would be frustrated by adherence to the *Hunter* criteria, it is impossible to conclude that the s. 8 right of the appellants was minimally impaired.

Cases Cited

By La Forest J.

Distinguished: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; **considered:** *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); **referred to:** *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509; *R. v. Quesnel*

interprétation fondée sur l'objet visé, la production obligatoire de documents dans un contexte de droit criminel ou quasi criminel satisfait à cette définition. Peu importe que le pouvoir public «s'approprie» les documents ou qu'il force la personne à les remettre, l'effet est le même sur le droit de cette personne au respect de sa vie privée relativement aux documents. Les paragraphes 17(1) et 17(4) constituent donc une saisie au sens de l'art. 8 et cette saisie est abusive parce qu'elle ne satisfait pas au critère du caractère raisonnable établi dans l'arrêt *Hunter*. La possibilité qu'a un individu, avant de remettre les documents, de contester devant un juge, soit par voie de demande de contrôle judiciaire, soit en vertu du par. 17(3), l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 ne répond pas aux préoccupations sous-jacentes aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. Seule la personne bien renseignée sera au courant de cette procédure. La plupart des gens obtiendront sur-le-champ à la demande des autorités. Cette possibilité ne satisfait pas non plus à l'exigence de motifs raisonnables et probables. Les critères de l'arrêt *Hunter* ne constituent pas des règles absolues à suivre dans tous les cas, quelle que soit la nature du texte législatif en cause. Ce qui peut être raisonnable en matière réglementaire ou civile peut ne pas l'être dans un contexte criminel ou quasi criminel. **e** Toutefois, plus une loi s'apparente au droit criminel traditionnel, moins il est probable que le non-respect des critères établis dans l'arrêt *Hunter* sera toléré.

Les paragraphes 17(1) et 17(4) de la Loi ne peuvent être sauvegardés en vertu de l'article premier de la *Charte*. À défaut d'éléments de preuve établissant que l'application de ces critères aurait pour effet de contrecarrer les objectifs de la Loi, on ne saurait conclure que le droit garanti aux appellants par l'art. 8 n'a subi qu'une atteinte minimale.

g Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Distinction d'avec les arrêts: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; **arrêts examinés:** *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *Revoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); **arrêts mentionnés:** *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51

(1985), 12 O.A.C. 165; *Bertram S. Miller Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 291; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499 (N.B.C.A.), aff'd [1984] 1 S.C.R. 266; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632 (1950); *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *Federal Trade Commission v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (1977); *People v. Allen*, 103 N.E.2d 92 (1952); *Federal Trade Commission v. Tuttle*, 244 F.2d 605 (1957); *Adams v. Federal Trade Commission*, 296 F.2d 861 (1961); *People v. Dorr*, 265 N.E.2d 601 (1971); *Federal Trade Commission v. American Tobacco Co.*, 264 U.S. 298 (1924); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 679; *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972); *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892); *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402; *Lucier v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 28; *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351; *R. v. Rowbotham* (1988), 63 C.R. (3d) 113.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; **distinguished:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972); **considered:** *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; **referred to:** *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] S.C.R. 276; *Container Materials, Ltd. v. The King*, [1942] S.C.R. 147; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *Aetna Insurance Co. v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 731; *Irvine v. Canada (Restrictive*

O.R. (2d) 509; *R. v. Quesnel* (1985), 12 O.A.C. 165; *Bertram S. Miller Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 291; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499 (C.A.N.-B.), conf. [1984] 1 R.C.S. 266; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632 (1950); *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *Federal Trade Commission v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (1977); *People v. Allen*, 103 N.E.2d 92 (1952); *Federal Trade Commission v. Tuttle*, 244 F.2d 605 (1957); *Adams v. Federal Trade Commission*, 296 F.2d 861 (1961); *People v. Dorr*, 265 N.E.2d 601 (1971); *Federal Trade Commission v. American Tobacco Co.*, 264 U.S. 298 (1924); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 679; *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972); *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892); *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402; *Lucier c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 28; *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351; *R. v. Rowbotham* (1988), 63 C.R. (3d) 113.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

g Arrêts appliqués: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; **distinction d'avec les arrêts:** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972); **arrêts examinés:** *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; **arrêts mentionnés:** *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Weidman v. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] R.C.S. 276; *Container Materials, Ltd. v. The King*, [1942] R.C.S. 147; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *Aetna Insurance Co. c. La Reine*, [1978] 1

Trade Practices Commission), [1987] 1 S.C.R. 181; *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 679; *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599; *R. v. Sloggett* (1856), Dears. 656, 169 E.R. 885; *R. v. Scott* (1856), Dears. & Bell 47, 169 E.R. 909; *Tass v. The King*, [1947] S.C.R. 103; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Altseimer* (1982), 38 O.R. (2d) 783; *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *Dreier v. United States*, 221 U.S. 394 (1911); *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944); *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974); *Braswell v. United States*, 108 S.Ct. 2284 (1988); *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *R. v. Dymant*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627.

By Sopinka J. (dissenting in part)

General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing, [1989] 1 S.C.R. 641; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636; *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984); *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Gaich* (1956), 24 C.R. 196; *R. v. Hannam*, [1964] 2 C.C.C. 340; *Descôteaux v. Mierzynski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293; *R. v. Hashem* (1940), 73 C.C.C. 124; *R. v. Famous Players*, [1932] O.R. 307; *Braswell v. United States*, 108 S.Ct. 2284 (1988); *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1984), 47 O.R. (2d) 309; *Tyler v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 153; *Re Gershman Produce Co. and Motor Transport Board* (1985), 22

R.C.S. 731; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 679; *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599; *R. v. Sloggett* (1856), Dears. 656, 169 E.R. 885; *R. v. Scott* (1856), Dears. & Bell 47, 169 E.R. 909; *Tass v. The King*, [1947] R.C.S. 103; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. v. Altseimer* (1982), 38 O.R. (2d) 783; *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *Dreier v. United States*, 221 U.S. 394 (1911); *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944); *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974); *Braswell v. United States*, 108 S.Ct. 2284 (1988); *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *R. c. Dymant*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627.

Citée par le juge Sopinka (dissident en partie)

e General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636; *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984); *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. v. Gaich* (1956), 24 C.R. 196; *R. v. Hannam*, [1964] 2 C.C.C. 340; *Descôteaux c. Mierzynski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. v. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293; *R. v. Hashem* (1940), 73 C.C.C. 124; *R. v. Famous Players*, [1932] O.R. 307; *Braswell v. United States*, 108 S.Ct. 2284 (1988); *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1984), 47 O.R. (2d) 309; *Tyler c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 153; *Re Gershman Produce Co. and Motor Transport Board*

D.L.R. (4th) 520; *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301; *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta* (No. 2) (1984), 8 D.L.R. (4th) 696; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. McKinlay Transport Ltd.* (1987), 62 O.R. (2d) 757, aff'd [1990] 1 S.C.R. 627; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Director of Investigation and Research v. Restrictive Trade Practices Commission* (1985), 4 C.P.R. (3d) 59; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495.

By Wilson J. (dissenting)

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972); *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478; *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608 (C.A.), leave to appeal refused, [1984] 1 S.C.R. xiv; *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation and Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 62 B.C.L.R. 183 (B.C.S.C.), aff'd (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.), leave to appeal granted, [1986] 1 S.C.R. x; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414; *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110; *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422 (1956); *Albertson v. Subversive Activities Control Board*, 382 U.S. 70 (1970); *Pyneboard Proprietary Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 152 C.L.R. 328; *Sorby v. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1898, c. 53.

(1985), 22 D.L.R. (4th) 520; *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301; *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta* (No. 2) (1984), 8 D.L.R. (4th) 696; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. v. McKinlay Transport Ltd.* (1987), 62 O.R. (2d) 757, conf. [1990] 1 R.C.S. 627; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *b Directeur des enquêtes et recherches c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce* (1985), 4 C.P.R. (3d) 59; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972); *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478; *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. xiv; *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation and Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 62 B.C.L.R. 183 (C.S.C.-B.), conf. (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi accordée, [1986] 1 R.C.S. x; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414; *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110; *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422 (1956); *Albertson v. Subversive Activities Control Board*, 382 U.S. 70 (1970); *Pyneboard Proprietary Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 152 C.L.R. 328; *Sorby v. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

Lois et règlements cités

Acte à l'effet de modifier de nouveau l'Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1901, ch. 36.

- Act to further amend the Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1901, c. 36.
- Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, ss. 15, 16.
- Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31, s. 5.
- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 [now R.S.C., 1985, c. C-5], ss. 4(1), 5.
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, ss. 1(a), 2(d).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8, 11(c), 13, 24(2).
- Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 8 [am. 1974-75-76, c. 76, s. 4], 9, 10, 14(1), 15, 17, 18 [am. *idem*, s. 6], 20 [am. *idem*, s. 8; am. 1985, c. 19, s. 187 (schedule V (item 3))], 22, 31.4 [ad. 1974-75-76, c. 76, s. 12], 32 [am. *idem*, s. 14], 32.2 [ad. *idem*, s. 15], 33, 34(1)(c) [am. *idem*, s. 16(1)], 36 [rep. & sub. *idem*, s. 18], 36.1 [ad. *idem*], 36.3 [*idem*], 36.4 [*idem*], 37.1 [*idem*], 37.2 [*idem*], 38 [*idem*], 40, 41, 44(2) [rep. & sub. *idem*, s. 19], 45 [am. *idem*, s. 21], 46.1 [ad. *idem*, s. 24].
- Combines Investigation Act*, S.C. 1910, c. 9, s. 32.
- Constitution Act, 1867*, s. 91.
- Constitution Act, 1982*, s. 52(1).
- Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63, s. 1], ss. 231(3), 239.
- Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31, art. 5.
- Acte modifiant l'Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1898, ch. 53.
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 11c), 13, 24(2).
- Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 1a), 2d).
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
- b Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63, art. 1], art. 231(3), 239.
- Loi des enquêtes sur les coalitions*, S.C. 1910, ch. 9, art. 32.
- c Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 8 [mod. 1974-75-76, ch. 76, art. 4], 9, 10, 14(1), 15, 17, 18 [mod. *idem*, art. 6], 20 [mod. *idem*, art. 8; mod. 1985, ch. 19, art. 187 (annexe V (numéro 3))], 22, 31.4 [aj. 1974-75-76, ch. 76, art. 12], 32 [mod. *idem*, art. 14], 32.2 [aj. *idem*, art. 15], 33, 34(1)c) [mod. *idem*, art. 16(1)], 36 [abr. & rempl. *idem*, art. 18], 36.1 [aj. *idem*], 36.3 [*idem*], 36.4 [*idem*], 37.1 [*idem*], 37.2 [*idem*], 38 [*idem*], 40, 41, 44(2) [abr. & rempl. *idem*, art. 19], 45 [mod. *idem*, art. 21], 46.1 [aj. *idem*, art. 24].
- d Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-5], art. 4(1), 5.
- e Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 15, 16.

Authors Cited

- Berger, Mark. *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination*. Toronto: Lexington Books, 1980.
- Canada. Consumer and Corporate Affairs Canada. *Combines Investigation Act Amendments 1984: Background Information and Explanatory Notes*, 1984.
- Canada. Law Reform Commission. Report 3. *Our Criminal Law*. Ottawa: The Commission, 1976.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 16. *Criminal Responsibility for Group Action*. Ottawa: The Commission, 1976.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 17. *Commissions of Inquiry: A New Act*. Ottawa: The Commission, 1977.
- Chevrette, François. "Protection Upon Arrest or Detention and Against Retroactive Penal Law". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
- Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Text*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

Doctrine citée

- f Berger, Mark. Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination*. Toronto: Lexington Books, 1980.
- g Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 16. Responsabilité pénale et conduite collective*. Ottawa: La Commission, 1976.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 17. Les commissions d'enquête: Une nouvelle loi*. Ottawa: La Commission, 1977.
- h Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 3. Notre droit pénal*. Ottawa: La Commission, 1976.
- i Canada. Consommation et Corporations Canada. Modifications de 1984 à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions: Documentation de base et notes explicatives*, 1984.
- j Chevrette, François. «La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive. Dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson et Lafleur, 1989.*
- Davis, Kenneth Culp. Administrative Law Text*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

- de Montigny, Yves. «La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan» (1989), 49 *R. du B.* 53.
- ^a Delisle, R. J. «Evidence—Judicial Discretion and Rules of Evidence—Canada Evidence Act, s. 12: *Corbett v. The Queen*» (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 706.
- Gorecki, Paul K. and W. T. Stanbury. «Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement, 1889-1976». In J. Robert S. Prichard, W. T. Stanbury and Thomas A. Wilson, eds., *Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics*. Toronto: Butterworths, 1979.
- Kintner, Earl W. and William P. Kratzke. *Federal Antitrust Law*, vol. VI. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1986.
- ^c LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 2, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987.
- Ouellette, Yves. «La Charte canadienne et les tribunaux administratifs» (1984), 18 *R.J.T.* 295.
- Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswells, 1987.
- Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.
- Reid, Alan D. and Alison Harvison Young. «Administrative Search and Seizure Under the Charter» (1985), 10 *Queen's L.J.* 392.
- Rostow, Eugene V. *Planning for Freedom: The Public Law of American Capitalism*. New Haven: Yale University Press, © 1959, 1962.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- Wilson, Stephen V. and A. Howard Matz. «Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and Analysis of Investigative Methods» (1977), 14 *Am. Crim. L. Rev.* 651.
- ^f APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 57 O.R. (2d) 257, 17 O.A.C. 330, 34 D.L.R. (4th) 413, 30 C.C.C. (3d) 145, 55 C.R. (3d) 19, 12 C.P.R. (3d) 97, dismissing appellants' appeal and allowing respondents' cross-appeal from a judgment of J. Holland J. (1986), 54 O.R. (2d) 143, 26 D.L.R. (4th) 507, 25 C.C.C. (3d) 233, 9 C.P.R. (3d) 72, 21 C.R.R. 1, declaring ss. 17(1) and 17(4) of the *Combines Investigation Act* unconstitutional. Appeal dismissed, Lamer and Sopinka JJ. dissenting in part and Wilson J. dissenting.
- ^g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 57 O.R. (2d) 257, 17 O.A.C. 330, 34 D.L.R. (4th) 413, 30 C.C.C. (3d) 145, 55 C.R. (3d) 19, 12 C.P.R. (3d) 97, qui a rejeté l'appel des appellants et accueilli l'appel incident des intimés contre une décision du juge J. Holland (1986), 54 O.R. (2d) 143, 26 D.L.R. (4th) 507, 25 C.C.C. (3d) 233, 9 C.P.R. (3d) 72, 21 C.R.R. 1, qui avait déclaré inconstitutionnels les par. 17(1) et (4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Pourvoi rejeté, les juges Lamer et Sopinka sont dissidents en partie et le juge Wilson est dissidente.
- ^j *H. Lorne Morphy, Q.C., and John B. Laskin*, pour les appellants.

Bryan Finlay, Q.C., and *J. Gregory Richards*, for the respondents.

Leah Price and *Timothy Macklem*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Robert C. Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The following are the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting in part)—I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared by my colleagues Justice Wilson, Justice La Forest, Justice L'Heureux-Dubé and Justice Sopinka. I agree with Wilson, La Forest and Sopinka JJ. that in this appeal s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is engaged because human beings as well as a corporation are directly involved. I also agree with all of my colleagues that the specific enumerations in ss. 11(c) and 13 of the *Charter* are not necessarily exhaustive of the protection afforded by s. 7, and do not prevent residual content being given to s. 7. Further, I agree with Wilson J. in respect of her analysis of s. 8 of the *Charter*, and with the conclusion that ss. 17(1) and 17(4) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, are not saved by s. 1 of the *Charter*. I would, accordingly declare s. 17 of the *Combines Investigation Act* to be inconsistent with s. 8 of the *Charter* to the extent that it compels the production of documents, and is therefore of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Bryan Finlay, c.r., et *J. Gregory Richards*, pour les intimés.

Leah Price et *Timothy Macklem*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Robert C. Maybank, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER (dissident en partie)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés par mes collègues les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka. Je souscris à l'avis des juges Wilson, La Forest et Sopinka que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique en l'espèce parce que des personnes physiques et une société commerciale sont directement en cause. Je partage aussi l'avis de tous mes collègues que les énumérations précisées à l'al. 11c) et à l'art. 13 de la *Charte* ne couvrent pas nécessairement la totalité de la protection accordée par l'art. 7 et n'empêchent pas de conférer une teneur résiduelle à l'art. 7. De plus, je souscris à l'analyse que fait le juge Wilson de l'art. 8 de la *Charte* et à la conclusion que les par. 17(1) et (4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, ne sont pas sauvagardés par l'article premier de la *Charte*. Je suis donc d'avis de déclarer l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* incompatible avec l'art. 8 de la *Charte* dans la mesure où il force la production de documents et, partant, inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Quant à l'art. 7, à supposer que je souscrive à la conclusion du juge Wilson, ainsi qu'à l'analyse par laquelle elle est arrivée à cette conclusion, qu'il est un principe de justice fondamentale accepté depuis longtemps au Canada qu'un témoin puisse refuser de donner une réponse incriminante, je ferai les observations qui suivent. Cette conclusion nous amène, par déduction, à cette autre conclusion de portée considérable que le par. 5(1) de la *Loi sur*

As regards s. 7, the following comments are made on the assumption that I agree with my colleague Wilson J.'s finding and analysis in support thereof that it is and has long been in Canada a principle of fundamental justice that a witness may refuse to give an incriminating answer. This finding inferentially leads us to the conclusion, and a far reaching one at that, that s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (now

R.S.C., 1985, c. C-5), is a limit prescribed by law that may or may not be justified as reasonable in a free and democratic society following a s. 1 analysis, having regard to s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter*.

I could not, with respect, follow my colleague who, at the invitation of the appellants, then proceeds to a s. 1 analysis of s. 17 of the *Combines Investigation Act* to declare it inoperable. My reasons are as follows. Section 17 empowers the Commissioner to subpoena, administer the oath and question the witness. It also empowers the Commissioner to find in contempt and punish the witness that refuses to testify.

A person who is prosecuted or facing a show cause for contempt is brought within the protection of s. 7 as that person is in jeopardy of being deprived of his or her right to liberty and security of the person. The protection afforded is that of not being deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. In this case, no one is suggesting that the contempt power or the *Criminal Code* offences for which a recalcitrant witness may be prosecuted offend the principles of fundamental justice. What can only be argued, irrespective of the parties' approach, is that s. 17 violates s. 7 of the *Charter* to the extent that it enables a Commissioner to punish for contempt a witness who refuses to give an answer to a question put to him, on the ground that it may tend to incriminate him. Section 17 empowers generally to punish for contempt witnesses who refuse to answer. That does not violate s. 7. It is s. 20, in fact the first few lines of s. 20(2) which takes away the common law right to refuse to give incriminatory answers, that brings the refusal to answer within contempt and that really triggers the violation. Indeed, if s. 20 of the *Combines Investigation Act* and s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* did not exist such a witness's liberty would not be put in jeopardy by s. 17. A challenge under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* grounded

la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-5), est une limite prescrite par une règle de droit qui peut être ou ne pas être justifiée comme raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique suite à une analyse fondée sur l'article premier, compte tenu du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'art. 13 de la *Charte*.

b En toute déférence, je ne puis suivre le raisonnement de ma collègue qui, à l'invitation des appellants, soumet ensuite l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* à une analyse fondée sur l'article premier pour le déclarer inopérant. Voici mes motifs. L'article 17 habilite un membre de la Commission à délivrer des assignations, à faire prêter serment et à interroger des témoins. Il habilite aussi le membre de la Commission à condamner pour outrage et à punir le témoin qui refuse de témoigner.

c Une personne poursuivie ou tenue de se justifier dans une procédure pour outrage est protégée par l'art. 7 parce qu'il risque d'être porté atteinte à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. La protection accordée consiste à interdire de porter atteinte à ce droit si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. En l'espèce, personne ne laisse entendre que le pouvoir de condamner pour outrage ou les infractions définies au *Code criminel* en vertu desquelles un témoin récalcitrant peut faire l'objet de poursuites sont contraires aux principes de justice fondamentale. Quel que soit le point de vue adopté par les parties, on ne peut que faire valoir que l'art. 17 viole l'art. 7 de la *Charte* dans la mesure où il habilite un membre de la Commission à punir un témoin pour outrage au tribunal si ce témoin refuse de répondre à une question pour le motif que sa réponse peut tendre à l'incriminer. L'article 17 confère, de façon générale, le pouvoir de punir pour outrage le témoin qui refuse de répondre. Cela n'est pas contraire à l'art. 7. C'est l'art. 20, plus précisément les premières lignes du par. 20(2) qui suppriment le droit reconnu par la common law de refuser de donner des réponses incriminantes, qui fait du refus de répondre un outrage et qui provoque vraiment la violation. En réalité, si l'art. 20 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et le

on s. 7 must of necessity, given the particular structure of s. 7, attack the law that allegedly limits the principle of fundamental justice; deprivations by law of life, liberty, or security of the person are not the limits by law referred to under s. 1. It is the limit by law to the principles of fundamental justice that takes us to s. 1, and it is the law that imposes that limit that is then put on trial. All this is to say that the appellants, in this case, have throughout, in my respectful view, challenged the wrong section. They should have challenged the constitutionality of s. 20(2) which, in almost the exact language of s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*, states:

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 under section 121 of the *Criminal Code* for perjury in giving such evidence or a prosecution under section 124 of the *Criminal Code* in respect of such evidence.

Be that as it may, if s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* did not exist, I would, though reluctantly overlook this, and try to settle the matter through the constitutional challenge of s. 17. I would not however, in that event, with respect, do it so broadly as my colleague suggests. At most, I would declare inoperative only the contempt power granted in s. 17, and there, only as regards those witnesses who object to answering questions on the ground that the answer would tend to incriminate them. Though it is somewhat unorthodox to go that route while the "culprit" section is unat-

par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'existaient pas, l'art. 17 ne mettrait pas en péril cette liberté des témoins. Une contestation entreprise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et fondée sur l'art. 7 doit nécessairement, étant donné l'économie particulière de l'art. 7, attaquer la règle de droit qui, allègue-t-on, restreint le principe de justice fondamentale; les atteintes par la loi à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ne sont pas des limites prescrites par une règle de droit au sens de l'article premier. C'est la restriction apportée par une règle de droit aux principes de justice fondamentale qui donne lieu à l'application de l'article premier et c'est la règle de droit qui impose cette restriction qui fait l'objet de l'examen judiciaire. Tout cela pour arriver à dire que, selon moi, les appelants en l'espèce ont, depuis le début, contesté le mauvais article. Ils auraient dû contester la constitutionnalité du par. 20(2) qui reproduit presque mot à mot le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Voici le par. 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 avec 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 application de l'article 121 du *Code criminel* pour parjure dans le cadre de ce témoignage ou dans une poursuite en application de l'article 124 du *Code criminel* à l'égard de ce témoignage.

Quoiqu'il en soit, si le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'existaient pas, je crois que je passerais, avec hésitation, par dessus cette question et j'essayerais de résoudre le cas par une contestation constitutionnelle de l'art. 17. En toute déférence, je ne le ferais pas, le cas échéant, de façon aussi générale que le propose ma collègue. Tout au plus, je ne déclarerais inopérant que le pouvoir de condamner pour outrage qui est accordé par l'art. 17 et, même là, seulement en ce qui concerne les témoins qui refusent de répondre à des questions pour le motif que leur réponse tendrait à les incriminer.

tacked, I could go that route, were it not for the following two reasons. First, this collateral attack leads us into inferentially pronouncing upon s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* even further than the extent to which I referred at the outset of my reasons. Indeed, the s. 1 analysis of s. 17 carried out by my colleagues is in fact a s. 1 analysis of s. 20. Finding that s. 20 through s. 17 fails under s. 1 is inferentially a finding that s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* is not only a restriction to a principle of fundamental justice but also one that, at least in certain contexts, probably in all, cannot be salvaged under s. 1. It would be most undesirable that we do this as a result of a challenge of the wrong section of the *Combines Investigation Act* and without a genuine challenge of s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*, affording the constitutional validity of that section a full hearing. Second, this improper s. 52 challenge circumvents a challenge of s. 5(1) which, quite undoubtedly, would have attracted different interventions from the Attorneys General. Indeed, if s. 20 did not exist witnesses would be governed by s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Had the challenge been made to the proper section, that is s. 20, the first few lines of s. 20(2) which takes away the right not to answer, would have been declared inoperative. That finding would have granted the same protection from contempt as limiting, to the extent I suggested earlier, the contempt power under s. 17, were it not for the fact that there is still in place s. 5(1) which states in similar language but exactly to the same effect, that which is stated by s. 20(2). In other words, to succeed, the appellants had to challenge s. 20(2) of the *Combines Investigation Act* and s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*. They have challenged neither and for this reason, without pronouncing upon the s. 7 issues I find that their s. 7 argument cannot succeed in this case.

miner. Bien qu'il soit quelque peu hétérodoxe d'adopter cette façon de procéder alors que l'article «fautif» n'est pas contesté, je serais prêt à le faire si ce n'était des deux motifs suivants: premièrement, cette contestation indirecte nous amène à rendre une décision implicite au sujet du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, décision de portée encore plus grande que ce que j'ai mentionné au début des présents motifs. À vrai dire, b l'analyse fondée sur l'article premier à laquelle mes collègues ont soumis l'art. 17 est en réalité une analyse de l'art. 20 en vertu de l'article premier. Conclure que l'art. 20, en raison de l'art. 17, ne répond pas au critère de l'article premier revient à conclure que le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* est non seulement une restriction à un principe de justice fondamentale mais aussi une restriction qui, dans certains contextes, sinon tous c les contextes, ne peut pas être sauvegardée par l'article premier. Il serait très malheureux que nous arrivions à cette conclusion à cause de la contestation du mauvais article de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et sans une contestation véritable du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui aurait permis la tenue d'un débat complet sur sa constitutionnalité. Deuxièmement, cette contestation erronée fondée sur l'art. 52 contourne celle du par. 5(1) qui, à n'en pas douter, aurait provoqué des interventions différentes de la part des procureurs généraux. En réalité, si l'art. 20 n'existe pas, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* aurait régi les témoins. Si le bon article avait été contesté, soit l'art. 20, les premières lignes du par. 20(2), qui suppriment le droit de refuser de répondre, auraient été déclarées inopérantes. Cette conclusion aurait tout autant protégé de l'outrage que celle consistant à limiter, g dans la mesure où je l'ai déjà mentionné, le pouvoir de condamner pour outrage conféré à l'art. 17, si ce n'était du fait que le par. 5(1), qui dit presque la même chose et a exactement le même effet que le par. 20(2), existe toujours. En d'autres termes, pour réussir, les appellants auraient dû contester le par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ils n'ont contesté ni l'un ni l'autre et pour ce motif, sans me prononcer sur les questions relatives à l'art. 7, je conclus que leur argument fondé sur l'art. 7 ne saurait être retenu en l'espèce. i j

I would accordingly, as would my colleague Wilson J., allow the appeal on the basis that s. 17 of the *Combines Investigation Act* is inconsistent with s. 8 of the *Charter* and of no force or effect to the extent that it compels the production of documents. I would not pronounce on the s. 7 issue since, in my view, it would be improper to do so without a direct challenge to s. 20(2) of the *Combines Investigation Act* and s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—The issue raised in this appeal is whether s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, is inconsistent with either s. 7 or s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* to the extent of the inconsistency.

1. The Facts

Thomson Newspapers Limited (“Thomson”) is a major publication corporation operating across Canada. Brian W. Slaight is Executive Vice-President and a director of Thomson. Peter T. Bogart is Vice-President, Finance, Treasurer, and a director of Thomson. Paul E. Weeks is Thomson’s Controller.

On August 16, 1985 the individual appellants were served with orders to appear before Richard B. Holden, Vice-Chairman of the Restrictive Trade Practices Commission or a person named by him to be examined under oath and to make production of documents described in the orders to appear. The orders to appear were issued by Holden pursuant to s. 17 of the *Combines Investigation Act* in connection with an inquiry being conducted by the Director of Investigation and Research to determine whether evidence existed that Thomson or its subsidiary companies had committed the indictable offence of predatory pricing contrary to s. 34(1)(c) of the Act at any time between January 1, 1976 and the date of the inquiry.

En conséquence, à l’instar de ma collègue le juge Wilson, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi pour le motif que l’art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est incompatible avec l’art. 8 de la *Charte* et inopérant dans la mesure où il oblige à produire des documents. Je m’abstiens de me prononcer sur la question de l’art. 7 puisqu’à mon avis il ne conviendrait pas de le faire en l’absence d’une contestation directe du par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l’art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est incompatible soit avec l’art. 7 soit avec l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, partant, inopérant dans la mesure de cette incompatibilité, en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

e 1. Les faits

Thomson Newspapers Limited («Thomson») est une importante maison de publication qui exerce ses activités partout au Canada. Brian W. Slaight est vice-président directeur et membre du conseil d’administration de Thomson. Peter T. Bogart est vice-président chargé des finances, trésorier et administrateur de Thomson. Paul E. Weeks occupe chez Thomson le poste de contrôleur.

^g Le 16 août 1985 ont été signifiées aux personnes physiques appelantes des ordonnances de comparution devant Richard B. Holden, vice-président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, ou devant une personne désignée par lui, afin d’être interrogées sous serment et de produire les documents décrits dans les ordonnances de comparution. Ces dernières ont été délivrées par Holden conformément à l’art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans le cadre d’une enquête menée par le directeur des enquêtes et recherches en vue de déterminer s’il existait des éléments de preuve établissant que Thomson ou ses filiales avaient, entre le 1^{er} janvier 1976 et la date de l’enquête, commis l’acte criminel de fixation de prix déraisonnablement bas, contrairement à l’al. 34(1)c) de la Loi.

Thomson was informed of the inquiry and the projected orders to appear by letter dated August 16, 1985 from Lawson A. W. Hunter, Director of Investigation and Research. The inquiry appears to have been in progress since at least July 1978 since during that month representatives of the Director searched and seized documents from the offices of Thomson and its subsidiaries pursuant to s. 10 of the Act in twenty-two cities in Ontario, Saskatchewan, Alberta and British Columbia. In July 1983 the Director attempted further searches and seizures but these were quashed by the Federal Court of Canada as it was found that s. 10 of the Act which authorized the searches and seizures was unconstitutional.

By Notice of Application dated October 16, 1985 the appellants applied to the Ontario High Court for a declaration that s. 17 of the Act and the orders to appear were in conflict with s. 7 and s. 8 of the *Charter* and accordingly of no force or effect.

J. Holland J., in reasons reported at (1986), 54 O.R. (2d) 143, held that s. 17 of the Act violates s. 8 but not s. 7 of the *Charter*. His decision was appealed by the appellants and cross-appealed by the respondents to the Ontario Court of Appeal. The Ontario Court of Appeal, in reasons reported at (1986), 57 O.R. (2d) 257, held that s. 17 violated neither section. Leave to appeal to this Court was granted on June 25, 1987, [1987] 1 S.C.R. xiv.

2. The Issues

The constitutional question set by this Court reads as follows:

1. Is section 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect?

3. The Courts Below

(a) At Trial

After reviewing the relevant provisions of the *Combines Investigation Act* and identifying the proper interpretive approach to be taken to the

Thomson a été informée de la tenue de l'enquête et du projet de délivrer des ordonnances de comparution, par une lettre en date du 16 août 1985 émanant de Lawson A. W. Hunter, directeur des enquêtes et recherches. L'enquête paraît se dérouler depuis au moins juillet 1978 puisque, pendant ce mois, des représentants du directeur ont, conformément à l'art. 10 de la Loi, perquisitionné dans les bureaux de Thomson et de ses filiales dans vingt-deux villes de l'Ontario, de la Saskatchewan, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique et y ont saisi des documents. En juillet 1983, le directeur a tenté de procéder à d'autres perquisitions et saisies, mais en a été empêché par la Cour fédérale du Canada qui a jugé inconstitutionnel l'art. 10 de la Loi, qui autorise les perquisitions et les saisies.

Par un avis de requête daté du 16 octobre 1985, les appellants ont demandé à la Haute Cour de l'Ontario de rendre un jugement déclarant que l'art. 17 de la Loi et les ordonnances de comparution étaient incompatibles avec les art. 7 et 8 de la *Charte* et, par conséquent, inopérants.

Le juge J. Holland, dans des motifs publiés à (1986), 54 O.R. (2d) 143, a statué que l'art. 17 de la Loi viole l'art. 8 mais non l'art. 7 de la *Charte*. Les appellants ont porté sa décision en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario et les intimés ont interjeté un appel incident. Dans des motifs publiés à (1986), 57 O.R. (2d) 257, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'art. 17 ne violait ni l'une ni l'autre disposition. L'autorisation de pourvoir devant notre Cour a été accordée le 25 juin 1987, [1987] 1 R.C.S. xiv.

2. Les questions en litige

La question constitutionnelle formulée par notre Cour est ainsi conçue:

1. L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il incompatible avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?

3. Les tribunaux d'instance inférieure

a) La première instance

Après avoir examiné les dispositions pertinentes de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et déterminé la méthode à employer pour interpré-

Charter, J. Holland J. turned specifically to the question of whether or not ss. 17(1) and 17(4) of the Act violated s. 8 of the *Charter*. He prefaced his analysis with the following remarks at p. 156:

Applying *Hunter et al v. Southam*, s. 8 guarantees a person's entitlement to a reasonable expectation of privacy with respect to his documents and records. The constitutional validity of a statute which authorizes seizure must focus on the impact which it has upon the subject. A person's expectation of privacy with respect to his business documents, books and records, is reasonable and considerable.

J. Holland J. defined a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* as "the taking hold, by a public authority, of a document or thing belonging to a person against that person's will" (p. 156). He found that the compulsory production of books and records authorized by ss. 17(1) and 17(4) was therefore a seizure. In so doing, he rejected the argument which succeeded in *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608 (C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied March 8, 1984, [1984] 1 S.C.R. xiv, that compelled production was the equivalent of an administrative *subpoena duces tecum*. He stated at p. 158:

It must be accepted that the order here in question was given in what is a criminal proceeding. While there are a number of ways in which the documents and the information sought to be obtained therefrom *may* be used, it is, I feel, sufficient that one of those ways is to support a criminal prosecution against the corporation and/or the officers here named in the order to produce.

While the decision of the Federal Court of Appeal, above, is entitled to serious consideration, it is not binding on me and I am of the view that the order here constitutes a seizure within the meaning of that word as it is found in s. 8. Applying the direction of *Hunter v. Southam*, it is an invasion of the individual's reasonable expectation of a right to privacy re the documents, and with compulsion built in to enforce production.

Having found that compelled production under s. 17(1) constituted a seizure, the learned trial judge next considered whether the seizure was

ter la *Charte*, le juge Holland s'est penché spécifiquement sur la question de savoir si les par. 17(1) et (4) de la Loi allaient à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*. Son analyse est précédée des observations suivantes, à la p. 156:

[TRADUCTION] D'après l'arrêt *Hunter et autres c. Southam*, l'art. 8 garantit le droit d'une personne de s'attendre raisonnablement au respect du caractère confidentiel de ses documents et de ses archives. La constitutionnalité d'une loi autorisant les saisies doit dépendre de l'effet de ces saisies sur les personnes touchées. Dans le cas des documents, livres et archives se rapportant à ses entreprises commerciales, cette attente est raisonnable et considérable.

^c Le juge Holland a défini une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* comme [TRADUCTION] «l'appropriation par un pouvoir public d'un document ou d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne» (p. 156). Il a conclu que la production obligatoire de livres et d'archives autorisée par les par. 17(1) et (4) constituait donc une saisie. Ce faisant, il a écarté l'argument voulant que la production forcée équivaille en matière administrative à un *subpoena duces tecum*, argument retenu dans l'affaire *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée le 8 mars 1984, [1984] 1 R.C.S. xiv. Le juge Holland affirme, à la p. 158:

[TRADUCTION] Il faut reconnaître que l'ordonnance en cause a été rendue dans le cadre de ce qui constitue une procédure criminelle. Quoique les documents et les renseignements qu'on désire en tirer puissent être utilisés de plusieurs façons, il suffit, à mon avis, que l'une de celles-ci consiste à étayer des poursuites criminelles intentées contre la société ou les cadres nommés dans l'ordonnance de production, ou les deux à la fois.

^h Certes, l'arrêt susmentionné de la Cour d'appel fédérale doit être pris sérieusement en considération, mais il ne me lie pas et j'estime que l'ordonnance en question ici constitue une saisie au sens où ce mot est employé à l'art. 8. Suivant le principe énoncé dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, il s'agit d'une atteinte au droit d'un individu de s'attendre raisonnablement au respect du caractère confidentiel de ses documents, et il y a un élément inhérent de contrainte destinée à assurer la production.

Ayant conclu que la production forcée en vertu du par. 17(1) constituait une saisie, le juge de première instance a ensuite examiné s'il s'agissait

reasonable. Applying *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, he stated at pp. 160-61 that:

... a legislative scheme which allows for seizure of documents and things in the context of a criminal investigation to comply with s. 8 of the Charter, the legislation must provide for:

- (a) a system of prior authorization, by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the State against those of the individual;
- (b) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed;
- (c) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds to believe that something which will afford evidence of the particular offence under investigation will be recovered; and
- (d) a requirement that the only documents which are authorized to be seized are those which are strictly relevant to the offence under investigation.

He found that none of these prerequisites were met by s. 17. He stated at p. 159:

There is no requirement for prior authorization by an impartial assessor—indeed, the order is to be made by a member of the very commission which it is appointed under the statute to investigate. There is no built-in requirement of relevance, nor is there any limitation as to the scope of production in the statute. The documents themselves by s. 20(2) are not included in the protection given to oral evidence. By s. 45(2)(b) and (c), evidentiary presumptions are raised. No privilege against production is recognized in the statute.

Accordingly, J. Holland J. found that ss. 17(1) and 17(4) were contrary to s. 8 of the *Charter*. He also found that the provisions could not be justified under s. 1.

The learned trial judge next turned his attention to a consideration of s. 17(1), (2) and (8) in light of s. 7 of the *Charter*. After referring to this Court's decision in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, J. Holland J. stated that ss. 11(c) and 13 of the *Charter* were specific emanations

d'une saisie raisonnable. Appliquant l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, il dit, aux pp. 160 et 161, que

[TRADUCTION] ... pour être conforme à l'art. 8 de la *Charte*, un régime législatif autorisant la saisie de documents et d'objets dans le cadre d'une enquête criminelle doit comporter:

- a) une procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu;
- b) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise;
- c) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise; et
- d) une exigence que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête.

e D'après le juge Holland, l'art. 17 ne remplissait aucune de ces conditions préalables. À la page 159, il affirme:

[TRADUCTION] Il n'y a rien qui exige une autorisation préalable par un arbitre impartial—en fait, l'ordonnance doit émaner d'un membre de la commission même qui est constituée en vertu de la loi pour procéder à l'enquête. Il n'y a pas d'exigence inhérente de pertinence et la Loi n'établit pas de restrictions quant à ce qui doit être produit. Le paragraphe 20(2) ne fait pas bénéficier les documents eux-mêmes de la protection accordée aux dépositions orales. Les alinéas 45(2)b) et c) créent des présomptions en matière de preuve. La Loi ne reconnaît aucune exemption de l'obligation de production.

f Dans ces circonstances, le juge Holland a conclu que les par. 17(1) et (4) allaient à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*. Il a jugé en outre que ces dispositions ne pouvaient être justifiées en vertu de l'article premier.

Ensuite, le juge de première instance a examiné les par. 17(1), (2) et (8) en fonction de l'art. 7 de la *Charte*. Se référant d'abord à l'arrêt rendu par notre Cour dans le cadre du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Holland a dit que l'al. 11c) et l'art. 13 de la *Charte*

tions of the s. 7 right. Having said this, he considered whether "the principles of fundamental justice" contained in s. 7 included any rights residual to those specifically enumerated in ss. 11(c) and 13.

He adopted the reasons given by Lysyk J. in *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation and Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202 (B.C.S.C.) and applied the majority decision of the British Columbia Court of Appeal in *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724, leave to appeal to the Supreme Court of Canada granted May 22, 1986, [1986] 1 S.C.R. x. In so doing J. Holland J. concluded that the principles of fundamental justice did not include any rights in relation to non-compellability or self-incrimination other than those expressly provided in ss. 11(c) and 13. This approach was consistent with that taken in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, wherein Laskin J. (as he then was) ruled that s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* did not contain any rights residual to those contained in s. 2(d). Laskin J. had come to this conclusion because he thought it ill-advised to take a "piecemeal" approach to self-incrimination in the context of the *Canadian Bill of Rights*.

After reviewing *Curr* and s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (first enacted in 1893), J. Holland J. summarized his findings at pp. 180-81 as follows:

I am satisfied that since 1893, in Canada there has been no general principle of a privilege against self-incrimination.

The rights set out in s. 11(c) and s. 13, then, are the only rights against self-incrimination which are so deeply rooted in our law and tradition as to be fundamental. There is no residual right to fall within the ambit of the s. 7 term "fundamental justice".

étaient des manifestations particulières du droit garanti par l'art. 7. Ayant fait cette remarque, il s'est demandé si «les principes de justice fondamentale» visés à l'art. 7 englobaient à titre résiduel a des droits en sus de ceux expressément mentionnés à l'al. 11c) et à l'art. 13.

Le juge Holland a fait siens les motifs donnés b par le juge Lysyk dans la décision *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation and Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202 (C.S.C.-B.), et a appliqué l'arrêt rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la c majorité dans l'affaire *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724, autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada, accordée le 22 mai 1986, [1986] 1 R.C.S. x. Ce faisant, le juge Holland d a conclu que les principes de justice fondamentale ne comportaient aucun droit de ne pas être contraint de témoigner ni aucun droit à une protection contre l'auto-incrimination, si ce n'est e ceux expressément prévus à l'al. 11c) et à l'art. 13. f Ce point de vue était conforme à celui adopté dans l'arrêt *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, où le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a statué que g l'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* ne renfermait pas de droits résiduaires qui venaient s'ajouter aux droits énoncés à l'al. 2d). Si le juge Laskin a tiré cette conclusion, c'est parce qu'il a cru peu judicieux d'aborder «fragmentairement» l'auto-incrimination dans le contexte de la *Déclaration canadienne des droits*.

À la suite de son étude de l'arrêt *Curr* et du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. h 1970, ch. E-10, (adopté pour la première fois en 1893), le juge Holland résume ainsi ses conclusions, aux pp. 180 et 181:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que depuis 1893 il n'existe au Canada aucun principe général de protection contre l'auto-incrimination.

Les droits énoncés à l'al. 11c) et à l'art. 13 sont en conséquence les seuls en matière de protection contre l'auto-incrimination à être fermement ancrés dans notre droit et notre tradition au point d'être fondamentaux. j L'expression «justice fondamentale» employée à l'art. 7 n'enlobe aucun droit résiduaire.

He concluded therefore that, while portions of s. 17 of the Act violated s. 8 of the *Charter*, there was no violation of s. 7.

(b) *The Ontario Court of Appeal* (Houlden, Thorson and Grange J.J.A.)

Grange J.A. wrote for the court. He dealt with the s. 7 issue first and began by considering whether s. 7 contained a residual right against self-incrimination. He stated at p. 261:

... I am of the view that the only rights against self-incrimination now known to our law are those found in ss. 11(c) and 13 of the Charter, namely: the right of a person charged with an offence not to be compelled to be a witness in those proceedings and the right of a witness not to have incriminating evidence given by him used against him in subsequent proceedings.

We in Canada have no modern tradition against a witness incriminating himself by his own testimony. At least since 1893, when the *Canada Evidence Act* (S.C. 1893, c. 31) was amended to include what is now s. 5 (R.S.C. 1970, c. E-10) our tradition has been that every witness must answer questions legitimately put to him subject to the protections now found in s. 13 of the Charter and subject to the protection against compelling an accused person to testify in proceedings directed against him (s. 11(c) of the Charter). Once he testifies, however, he is no more protected than any other witness.

On the alleged right to remain silent, Grange J.A. held that "the right must be restricted to police inquiries and the like and the trial proceedings themselves" (p. 262).

Grange J.A. then moved to s. 8 of the *Charter* and considered whether s. 17 could be construed as authorizing a "seizure" within the meaning of that section. He concluded that the s. 17 procedure for the production of documents did not constitute a seizure. He stated at pp. 268-69:

What happens under s. 17 is that an order is issued. An order is of course to be obeyed and if it is obeyed then the consequence is much the same as a seizure under s. 10. But if it is not obeyed no penalty can be

Il a donc conclu que, si certaines parties de l'art. 17 de la Loi violaient l'art. 8 de la *Charte*, il n'y avait aucune violation de l'art. 7.

a) *La Cour d'appel de l'Ontario* (les juges Houlden, Thorson et Grange)

C'est le juge Grange qui a rédigé les motifs de la cour. Se penchant en premier lieu sur la question de l'art. 7, il a commencé par examiner si ce dernier renfermait un droit résiduel à la protection contre l'auto-incrimination. Voici ce qu'il affirme, à la p. 261:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que les seuls droits à la protection contre l'auto-incrimination reconnus actuellement en droit canadien sont ceux énoncés à l'al. 11c) et à l'art. 13 de la Charte, c'est-à-dire, le droit d'un inculpé dans une poursuite de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans celle-ci et le droit d'un témoin à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé contre lui dans des procédures ultérieures.

Au Canada, nous n'avons pas de tradition moderne selon laquelle un témoin ne peut s'incriminer par son propre témoignage. Depuis au moins 1893, quand l'*Acte de la preuve en Canada* (S.C. 1893, ch. 31), a été modifié par l'insertion de ce qui constitue maintenant l'art. 5 (S.R.C. 1970, ch. E-10), l'usage canadien a voulu que tout témoin soit tenu de répondre aux questions qu'on lui pose légitimement, sous réserve des protections présentement accordées par l'art. 13 de la Charte et sous réserve de la protection dont jouit un inculpé contre l'obligation de témoigner dans des procédures engagées contre lui (l'al. 11c) de la Charte). Du moment qu'il témoigne, toutefois, il n'est pas plus protégé qu'un autre témoin.

En ce qui concerne le droit de garder le silence, le juge Grange a dit que [TRADUCTION] «ce droit doit se limiter aux enquêtes policières et à d'autres enquêtes du genre ainsi qu'au procès lui-même» (p. 262).

Le juge Grange, passant alors à l'art. 8 de la *Charte*, a examiné si l'art. 17 pouvait s'interpréter comme autorisant une «saisie» au sens de cet article. Il en conclut que la procédure prescrite à l'art. 17 pour la production de documents ne constituait pas une saisie. Il affirme ceci, aux pp. 268 et 269:

[TRADUCTION] Ce qui se passe sous le régime de l'art. 17 est qu'une ordonnance est rendue. Il faut évidemment obtempérer à une ordonnance et, si on le fait, cela a sensiblement le même effet qu'une saisie effectuée en

imposed without the matter being considered by an impartial judicial arbiter. Moreover, as appears from *Director of Investigation & Research v. Restrictive Trade Practices Com'n et al., supra*, the order can be attacked on motion to review before it takes effect. The result of the order is really no different from that consequent upon the issuance of a *subpoena duces tecum* which can be issued in either civil or criminal proceedings without any requirement of assessing its reasonableness and the conflicting interests of the parties.

It is not necessary to formulate a general rule as to what constitutes a seizure; it is sufficient to say that the s. 8 prohibition does not encompass an order requiring the production of documents so long as the section authorizing the order (or the law apart from that section) gives the person required to produce a reasonable opportunity to dispute the order and prevent the surrender of the documents. That in my view is precisely the position under s. 17.

Moreover, even if s. 17 did contemplate a seizure Grange J.A. found that the seizure process was reasonable. He took pains to distinguish the s. 17 procedure from the s. 10 procedure which was struck down by this Court in *Hunter v. Southam Inc., supra*. At pages 269-70 he quoted from the reasons of Marceau J. in *Ziegler v. Hunter, supra*, at p. 629:

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 *subpoena duces tecum*.

vertu de l'art. 10. Mais si on n'y obtempère pas, aucune peine ne peut être infligée sans que l'affaire ne fasse l'objet d'un examen par un arbitre impartial agissant de façon judiciaire. De plus, et c'est ce qui ressort de l'arrêt *a Directeur des enquêtes et recherches c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce et al.*, précité, l'ordonnance peut être attaquée par voie de requête en contrôle judiciaire avant qu'elle ne soit exécutoire. Sur le plan des conséquences, l'ordonnance n'est guère différente d'un *subpoena duces tecum*, lequel peut être délivré soit dans des procédures civiles, soit dans des procédures criminelles, sans qu'il soit nécessaire d'en apprécier le caractère raisonnable ni de soupeser les intérêts opposés des parties.

c Il n'est pas nécessaire de formuler une règle générale établissant ce qui constitue une saisie; il suffit de signaler que l'interdiction prononcée à l'art. 8 ne s'applique pas à une ordonnance exigeant la production de documents, pourvu que la disposition autorisant l'ordonnance (ou la loi indépendamment de cette disposition) donne à la personne qui doit les produire une possibilité raisonnable de contester cette ordonnance et d'empêcher la remise des documents. À mon avis, c'est précisément là la situation qui se présente à l'art. 17.

d De plus, même si l'art. 17 envisageait une saisie, le juge Grange a estimé que le processus de saisie était raisonnable. Il s'est appliqué à distinguer la procédure prévue par l'art. 17 d'avec celle de l'art. 10 qui a été écartée par notre Cour dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. Aux pages 269 et 270, il cite un passage tiré des motifs du juge Marceau dans l'affaire *Ziegler c. Hunter*, précitée, à la p. 629:

g 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*.

The Ontario Court of Appeal accordingly found that s. 17 breached neither s. 7 nor s. 8 of the *Charter*.

4. Analysis

In order to determine whether s. 17 of the Act conflicts with s. 7 or s. 8 of the *Charter* it is necessary to construe it in its proper legislative context.

Combines legislation has had a long history in Canada. Dickson J., as he then was, provided a brief historical summary of this legislation in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at pp. 250-54. He described the origins of the statute at p. 250:

The original statute, passed in 1889, was entitled *An Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade*, 1889 (Can.), c. 41. The statute was motivated by concern over the emergence in Canada of smaller versions of the huge trusts in the United States, through which a few personalities could control enormous financial empires. The combines problem was seen as one with strong moral overtones and criminal sanctions were selected as the appropriate means for its control: see McDonald, *Criminality and the Canadian Anti-Combines Laws* (1965), 4 Alta. L.R. 67, at pp. 69-71.

Since that time the legislation has undergone significant change and may to some extent have lost its initial coherence. As Estey J. pointed out in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at pp. 194-95:

The statutory scheme was no doubt clear and consistent when the statute was first enacted. It has over the years had new provisions patched on, older sections deleted, phrases wedged in or subsections carved out until the meaning of some of the provisions is obscure. By the time of its revision in 1986, the statutory scheme seriously lacked any symmetry.

In the revision of 1986 referred to by Estey J. the Act was renamed the *Competition Act*: see S.C. 1986, c. 26. We are concerned in this case, however, with the pre-1986 legislation which continues

La Cour d'appel de l'Ontario a donc conclu que l'art. 17 ne violait ni l'art. 7 ni l'art. 8 de la *Charte*.

a 4. Analyse

Pour déterminer s'il entre en conflit avec les art. 7 ou 8 de la *Charte*, il nous faut situer l'art. 17 de la Loi dans son véritable contexte législatif.

b

Voilà bien longtemps que le Canada possède une loi relative aux coalitions. Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, aux pp. 250 à 254, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, trace un bref historique de cette loi dont il décrit les origines, à la p. 250:

Quand elle a été adoptée pour la première fois en 1889, d la loi s'intitulait *Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, 1889 (Can.), chap. 41. Cette loi découle de l'inquiétude qu'on éprouvait face à l'émergence au Canada de cartels qui, tout en étant plus petits que ceux existant aux États-Unis, permettaient à quelques individus de contrôler d'énormes empires financiers. Le problème des coalitions était perçu comme ayant de fortes connotations morales et c'est par des sanctions pénales qu'on a tenté de le résoudre: voir McDonald, *Criminality and the Canadian Anti-Combines Laws* (1965), 4 Alta. L.R. 67, aux pp. 69 à 71.

Depuis lors, la Loi a subi des modifications profondes et peut dans une certaine mesure avoir perdu sa cohérence initiale. Ainsi que le fait g remarquer le juge Estey dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, aux pp. 194 et 195:

h L'économie de la loi était sans doute claire et cohérente lorsqu'elle fut adoptée pour la première fois. Mais, au cours des années, de nouvelles dispositions y ont été greffées, d'anciens articles ont été supprimés, des adjonctions intercalées ou des paragraphes enlevés, au point de rendre obscur le sens de certaines dispositions. À l'époque de sa révision, en 1986, l'économie de la Loi péchait gravement par manque de symétrie.

Dans la révision de 1986 dont parle le juge Estey, j la Loi a reçu un nouveau titre, celui de *Loi sur la concurrence*: voir S.C. 1986, ch. 26. Ce qui nous intéresse toutefois en l'espèce est la Loi telle

to apply to inquiries commenced before the revision came into force.

The Act (as amended up to 1986) provides for a system of investigation and research which allows the Director to determine facts relevant to particular issues of market behaviour, including breaches of prescribed guidelines set forth in the Act. In carrying out his duties the Director can obtain information in several ways. By virtue of s. 8 the Director is obliged to commence an inquiry when he has received an application from six persons who are of the opinion that a violation of the Act has or is about to occur. He must also commence an inquiry when he himself has reason to believe that a violation has or is about to occur or when he is directed to do so by the Minister of Consumer and Corporate Affairs. Section 9 allows the Director at any time during the course of an inquiry to require any person to make a written return under oath or affirmation. He may also, pursuant to s. 12, require evidence upon affidavit or written affirmation once approval has been granted from the Commission on an *ex parte* application.

Another fact finding method is created by s. 17 of the Act. Since this is the section under review in the present appeal, I set it out in its entirety:

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.

qu'elle était antérieurement à 1986, car c'est elle qui continue de s'appliquer aux enquêtes commençées avant l'entrée en vigueur de la version révisée.

^a La Loi (telle que modifiée jusqu'en 1986) crée un système d'enquêtes et de recherches qui permet au directeur d'établir les faits relatifs à des questions particulières touchant la manière dont on se conduit en matière commerciale, y compris les manquements aux principes directeurs exposés dans la Loi. Dans l'exercice de ses fonctions, le directeur peut obtenir des renseignements de plusieurs façons. Suivant l'art. 8, le directeur est tenu de procéder à une enquête lorsque six personnes qui sont d'avis qu'une infraction à la Loi a été commise ou est sur le point de l'être lui en font la demande. Il doit en outre ouvrir une enquête lorsqu'il a lui-même des raisons de croire qu'on a commis ou qu'on est sur le point de commettre une infraction ou lorsque le ministre de la Consommation et des Corporations lui ordonne de le faire. En vertu de l'art. 9, le directeur peut en tout temps, au cours d'une enquête, exiger de toute personne qu'elle dresse un état écrit sous serment ou affirmation. Il peut aussi, conformément à l'art. 12, exiger la production d'une preuve sur affidavit ou affirmation écrite une fois obtenue l'approbation ^f de la Commission sur demande *ex parte*.

^g Une autre méthode de cueillette d'éléments de preuve est prévue à l'art. 17 de la Loi. Comme c'est cet article qui fait l'objet d'un examen dans le présent pourvoi, je le reproduis intégralement:

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.

(2) Any person summoned under subsection (1) is competent and may be compelled to give evidence as a witness.

(3) A member of the Commission shall not exercise power to penalize any person pursuant to this Act, whether for contempt or otherwise, unless, on the application of the member, a judge of the Federal Court of Canada or of a superior or county court has certified, as such judge may, that the power may be exercised in the manner disclosed in the application, and the member has given to such person twenty-four hours notice of the hearing of the application or such shorter notice as the judge deems reasonable.

(4) Any books, papers, records, or other documents produced voluntarily or in pursuance of an order under subsection (1) shall within thirty days thereafter be delivered to the Director, who is thereafter responsible for their custody, and within sixty days after the receipt of such books, papers, records or other documents by him the Director shall deliver the original or a copy thereof to the person from whom such books, papers, records or other documents were received.

(5) A justice before whom any thing seized pursuant to a search warrant issued with reference to an offence against this Act is brought may, on the application of the Director, order that such thing be delivered to the Director, and the Director shall deal with any thing so delivered to him as if delivery of it had been made to him pursuant to subsection (4).

(6) Every person summoned to attend pursuant to this section is entitled to the like fees and allowances for so doing as if summoned to attend before a superior court of the province in which he is summoned to attend.

(7) The Minister may issue commissions to take evidence in another country, and may make all proper orders for the purpose and for the return and use of evidence so obtained.

(8) Orders to witnesses issued pursuant to this section shall be signed by a member of the Commission.

As can be seen from the above, the Director, on an *ex parte* application, or a Commission member on his own motion, may compel the attendance of an individual to be examined under oath. That individual may also be compelled to produce records or other documents. The section 17 proce-

(2) Toute personne assignée sous le régime du paragraphe (1) est habile à agir comme témoin et peut être contrainte à rendre témoignage.

(3) Un membre de la Commission ne doit pas exercer a le pouvoir d'infiger une peine à quelque personne en vertu de la présente loi, pour désobéissance ou autrement, à moins que, sur requête de ce membre, un juge de la Cour fédérale du Canada ou d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, n'ait certifié, comme un tel juge b peut le faire, que ce pouvoir peut être exercé en la matière révélée dans la requête, et que ce membre n'ait donné à cette personne un avis de vingt-quatre heures de l'audition de la requête ou tel avis plus court que le juge estimera raisonnable.

c (4) Tous les livres, pièces, archives ou autres documents produits volontairement ou en conformité d'une ordonnance rendue sous le régime du paragraphe (1) doivent, dans les trente jours, être livrés au directeur, lequel, par la suite, sera responsable de leur garde et d devra, dans les soixante jours après les avoir reçus, en remettre l'original ou une copie à la personne de qui ils ont été reçus.

(5) Un juge de paix devant qui est produite une chose e saisie en conformité d'un mandat de perquisition décerné à l'égard d'une infraction à la présente loi, peut, sur requête du directeur, ordonner que cette chose soit livrée au directeur, et ce dernier doit disposer de toute chose qui lui est ainsi livrée comme si la livraison de la f chose en question lui avait été faite selon le paragraphe (4).

(6) Toute personne assignée en conformité du présent article a droit aux mêmes honoraires et allocations pour ce faire que si elle avait été assignée à comparaître g devant une cour supérieure de la province où elle est ainsi assignée.

(7) Le Ministre peut décerner des commissions en vue de recueillir des témoignages dans un autre pays, et h il peut rendre toutes ordonnances appropriées à cette fin et pour le renvoi et l'utilisation des témoignages ainsi obtenus.

(8) Les ordonnances aux témoins décernées en conformité du présent article doivent être signées par un i membre de la Commission.

Il ressort de ces dispositions que le directeur, sur demande *ex parte*, ou un membre de la Commission de sa propre initiative, peut contraindre une j personne à comparaître pour subir un interrogatoire sous serment. Cette personne peut également être forcée de produire des archives ou d'autres

dure may take place in conjunction with a s. 8 inquiry but may also be conducted independently of such inquiry. The Director need not have any belief that a violation of the Act has occurred when applying for a s. 17 order. He is not obliged to disclose the grounds for obtaining the order and he need not disclose the name of the person, if any, who is suspected of having violated the Act. There are no provisions governing the conduct of the hearing. That is left to the person conducting the hearing. A person who refuses to comply with an order under s. 17 can be punished by the Commission on an application to a judge pursuant to s. 17(3). A refusal may constitute an offence under ss. 40, 41 or 46.1 of the Act.

Section 20 of the Act is also relevant to the determination of this appeal. It provides:

20. (1) A member of the Commission may allow any person whose conduct is being inquired into and shall permit any person who is being himself examined under oath to be represented by counsel.

(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 under section 121 of the *Criminal Code* for perjury in giving such evidence or a prosecution under section 124 of the *Criminal Code* in respect of such evidence.

This Court held in *Irvine, supra*, that s. 20(1) granted a limited right to counsel to those being examined under oath. Counsel can object to improper questions being put to his client and can re-examine his client to clarify the client's testimony. However, counsel is not entitled to be present at the examination of other witnesses and so obviously cannot cross-examine them. With regard to

documents. La procédure dont il est question à l'art. 17 peut se dérouler en même temps qu'une enquête fondée sur l'art. 8, mais elle peut aussi avoir lieu indépendamment d'une telle enquête. Il n'est pas nécessaire que le directeur croie qu'il y a eu violation de la Loi lorsqu'il demande une ordonnance visée à l'art. 17. Il n'est pas tenu de divulguer les motifs de l'obtention de l'ordonnance et il n'a pas à révéler le nom de la personne, s'il en est, qu'on soupçonne d'avoir enfreint la Loi. Comme il n'y a aucune disposition qui régit la tenue de l'audience, c'est la personne qui préside qui décide de la manière dont l'audience sera tenue. Quiconque refuse d'obtempérer à une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 peut se voir infliger une peine par la Commission sur demande adressée à un juge conformément au par. 17(3). Le refus d'obtempérer peut constituer une infraction en vertu des art. 40, 41 ou 46.1 de la Loi.

L'article 20 de la Loi est également utile pour statuer sur le présent pourvoi. En voici le texte:

20. (1) Un membre de la Commission peut permettre à toute personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête, et doit permettre à quiconque est personnellement interrogé sous serment d'être représenté par un avocat.

(2) Nul n'est dispensé de comparaître et de rendre témoignage et de produire des livres, documents, archives ou autres pièces en conformité avec 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 application de l'article 121 du *Code criminel* pour parjure dans le cadre de ce témoignage ou dans une poursuite en application de l'article 124 du *Code criminel* à l'égard de ce témoignage.

Notre Cour a conclu, dans l'arrêt *Irvine*, précité, que le par. 20(1) conférait à ceux qui subissaient un interrogatoire sous serment un droit limité à l'assistance d'un avocat. L'avocat peut s'opposer à ce que soient posées à son client des questions irrégulières et peut le soumettre à un nouvel interrogatoire afin d'éclaircir son témoignage. L'avocat n'a toutefois pas le droit d'assister à l'interroga-

persons whose conduct is being inquired into under the Act, s. 20(1) gives the Commission a discretion to permit them to be represented by counsel. The language of the section is permissive. It is conceivable, therefore, that a person whose conduct is being inquired into will not be informed of that fact and may not be permitted to have counsel, depending upon how the Commission exercises its discretion.

Section 20(2) grants protection to witnesses similar to that provided in s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. No oral evidence given by a witness can subsequently be used against him except on a charge for perjury. However, nothing in the section protects the witness from the use of derivative evidence obtained as a result of his testimony. Moreover, nothing in s. 20(2) prevents the use of the documents against the witness. In fact, the Act creates certain evidentiary presumptions with regard to documentary evidence (see s. 45).

A section 17 hearing does not determine any rights or impose any liabilities. A variety of uses may be made of the information obtained as a result of the s. 17 hearing. Under section 14(1) the Director can terminate any inquiry currently in progress. Under section 15 he can forward materials to the Attorney General of Canada for review and further action. Section 15 provides:

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.

Under section 18, the Director can, at any stage of an inquiry, if he is of the opinion that the

toire d'autres témoins et, en conséquence, il ne peut évidemment pas les contre-interroger. Pour ce qui est des personnes dont la conduite fait l'objet d'une enquête en vertu de la Loi, le par. 20(1) investit la Commission du pouvoir discrétionnaire de leur permettre d'être représentées par un avocat. Cette disposition crée une faculté. Il est donc concevable qu'une personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête n'en soit pas informée et qu'on lui refuse l'assistance d'un avocat. Cela dépendra de la manière dont la Commission exercera son pouvoir discrétionnaire.

Le paragraphe 20(2) accorde aux témoins une protection semblable à celle prévue au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Aucun témoignage oral donné par un témoin ne peut par la suite être utilisé contre lui, sauf s'il est accusé de parjure. Le paragraphe 20(2) ne protège cependant pas le témoin contre l'utilisation de la preuve dérivée obtenue grâce à son témoignage. D'autre part, il n'y a rien au par. 20(2) qui empêche l'utilisation des documents contre le témoin. En fait, la Loi crée certaines présomptions relativement à la preuve documentaire (voir l'art. 45).

Une audience tenue en vertu de l'art. 17 ne sert ni à déterminer des droits ni à imposer des responsabilités. Les renseignements y recueillis peuvent être utilisés de diverses façons. Le paragraphe 14(1) autorise le directeur à mettre fin à toute enquête en cours. Suivant l'art. 15, il peut faire parvenir des documents au procureur général du Canada afin que celui-ci les examine et prenne les mesures qui s'imposent. L'article 15 porte:

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. À ces fins, il peut exercer tous les pouvoirs et fonctions que le *Code criminel* confère au procureur général d'une province.

Aux termes de l'art. 18, le directeur, s'il est d'avis que la preuve révèle la perpétration d'une

evidence discloses an offence, prepare a statement of the evidence and submit it to the Commission and the person against whom the allegations are made. Upon receipt of the statement the Commission is compelled under s. 18(2) to set a place, time and date at which argument on the statement will be heard from the Director and the person to whom the matter relates. After this hearing the Commission is obliged to prepare a report for the Minister. Section 22 outlines other circumstances in which the Commission can prepare a report for the Minister. The Director may also as a result of a s. 17 hearing bring an application pursuant to Part IV.1 of the Act at which time he must prove his case as in a civil trial.

infraction, peut, à toute étape d'une enquête, préparer un exposé de cette preuve et le soumettre à la Commission ainsi qu'à la personne contre qui les allégations sont faites. Sur réception de l'exposé, la Commission est tenue en vertu du par. 18(2) de fixer un lieu, un jour et une heure où seront entendus les arguments relatifs à l'exposé présentés par le directeur et par la personne visée par les allégations. À la suite de cette audience, la Commission doit dresser un rapport à l'intention du Ministre. L'article 22 expose d'autres circonstances dans lesquelles la Commission peut dresser un rapport destiné au Ministre. En outre, le directeur peut, à la suite d'une audience tenue en vertu de l'art. 17, présenter une demande conformément à la partie IV.1 de la Loi, et il doit alors faire sa preuve comme s'il s'agissait d'un procès civil.

In summary of the above it is apparent that the Act contains numerous provisions enabling the Director to collect information relating to anti-competitive behaviour. Once this information has been obtained a variety of uses can be made of it, including the referral of the matter to the Attorney General of Canada for possible prosecution. It is with this legislative framework in mind that we must decide whether s. 17 is inconsistent with ss. 7 and 8 of the *Charter*.

Pour résumer ce qui précède, il appert que la Loi contient de nombreuses dispositions qui habilitent le directeur à recueillir des renseignements relatifs à toute conduite visant à éliminer la concurrence. Une fois qu'il a obtenu ces renseignements, il peut s'en servir de différentes manières, notamment en renvoyant l'affaire au procureur général du Canada pour que des poursuites soient éventuellement engagées. C'est en fonction de ce cadre législatif que nous devons décider si l'art. 17 est incompatible avec les art. 7 et 8 de la *Charte*.

Section 7 of the Charter

Section 7 of the *Charter* provides:

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.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court ruled that s. 7 of the *Charter* had no application to corporations and was confined to the protection of human beings. Since no individuals were named as parties in that case, s. 7 could not be successfully invoked. However, in this appeal three of the appellants are individuals. If section 17 of the *Combines Investigation Act* violates these individuals' rights and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*, it is rendered of no force or effect as a result of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Since the *Combines*

L'article 7 de la Charte

L'article 7 de la *Charte* dispose:

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.

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a décidé que l'art. 7 de la *Charte* ne s'appliquait pas aux personnes morales et ne protégeait que les personnes physiques. Comme aucun particulier n'avait été constitué partie dans cette affaire, on ne pouvait se prévaloir de l'art. 7. Toutefois, trois des appellants dans le présent pourvoi sont des particuliers. Donc, si l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* porte atteinte aux droits de ces derniers et ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*, il est rendu

Investigation Act does not provide for separate treatment of human beings and corporations, it follows that if s. 17 is of no force or effect in respect of human beings it must also be of no force or effect in respect of corporations. This appeal is therefore distinguishable from the *Irwin Toy* case. Consequently, the s. 7 issue raised by the appellants must be squarely addressed in this appeal.

The general framework for interpreting s. 7 of the *Charter* has now been settled by this Court. As with all provisions of the *Charter* s. 7 must be interpreted purposively, bearing in mind the interests it was designed to protect: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 499-500. In order to succeed under s. 7, an applicant must show that his right to life, liberty and security of the person has been violated and that the violation which occurred was contrary to the principles of fundamental justice.

(a) Life, Liberty and Security of the Person

While the concepts of "life, liberty and security of the person" are closely linked in s. 7, it is not necessary for the citizen to show that his right to life, his right to liberty and his right to security of the person have all been violated in order to constitute a breach of the section. It is sufficient that one of them has been violated: see *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. The appellants submit that their liberty and security of the person have been violated because s. 17 compels them to attend before an examiner against their will and give testimony at the risk of punishment for failure to comply with that demand. They argue that their security of the person has been violated also by the fact that governmental authorities, while unable to introduce the s. 17 testimony directly in criminal proceedings, can obtain and utilize derivative evidence in such criminal proceedings. They assert as well that the s. 17 investigative process constitutes

inopérant par suite de l'application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Puisque la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne prévoit pas pour les personnes physiques un traitement différent de celui accordé aux personnes morales, il s'ensuit que si l'art. 17 est inopérant à l'égard des personnes physiques, il doit l'être également dans le cas de personnes morales. On peut en conséquence faire une distinction entre le présent pourvoi et l'affaire *Irwin Toy*. Cela étant, la question relative à l'art. 7 soulevée par les appellants doit être abordée directement en l'espèce.

Notre Cour a déjà établi le cadre général dans lequel il faut interpréter l'art. 7 de la *Charte*. Comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, l'art. 7 doit s'interpréter en fonction de l'objet qu'il vise, eu égard aux droits qu'il est destiné à protéger: voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, aux pp. 499 et 500. Pour obtenir gain de cause en vertu de l'art. 7, un requérant doit démontrer qu'il a été victime d'une atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et que cette atteinte violait les principes de justice fondamentale.

a) La vie, la liberté et la sécurité de la personne

Bien que les notions de «vie», de «liberté» et de «sécurité de sa personne» que renferme l'art. 7 soient intimement liées, un citoyen n'a pas à prouver que son droit à la vie, son droit à la liberté et son droit à la sécurité de sa personne ont tous été violés pour qu'il y ait infraction à cet article. Il suffit qu'un seul de ces droits ait été violé: voir l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Les appellants prétendent avoir été victimes d'une atteinte à leur liberté et à la sécurité de leur personne du fait que l'art. 17 les contraint à comparaître contre leur gré devant un enquêteur et à témoigner, sous peine de se voir infliger une punition s'ils n'obéissent pas. Ils soutiennent que le droit à la sécurité de leur personne a été violé aussi du fait que les autorités gouvernementales, bien qu'elles ne puissent produire directement dans des procédures criminelles les témoignages recueillis en vertu de l'art. 17, peuvent obtenir et utiliser dans de telles procédures des éléments de preuve dérivée. Les appellants affirment en outre que le processus d'enquête

a state-imposed trauma which adversely affects their liberty and security of the person.

The respondents for their part contend that the right to liberty and security of the person is not absolute and should be confined to the maintenance of the physical integrity of the person. They rely in part on the words of Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 785-86:

In my opinion "liberty" in s. 7 of the *Charter* is not synonymous with unconstrained freedom. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 524, Wilson J. observed:

Indeed, all regulatory offences impose some restriction on liberty broadly construed. But I think it will trivialize the *Charter* to sweep all those offences into s. 7 as violations of the right to life, liberty and security of the person even if they can be sustained under s. 1.

Whatever the precise contours of "liberty" in s. 7, I cannot accept that it extends to an unconstrained right to transact business whenever one wishes.

The respondents stress that s. 17 merely authorizes a fact-finding procedure and does not create any liability or impose any punishment. Moreover, they deny that s. 17 compels the attendance of an individual since he can challenge the order to appear either by way of judicial review or when the Commission applies to a court pursuant to s. 17(3) to punish the individual for non-compliance with the order to appear.

It is not necessary for me to attempt to determine the perimeters of "liberty" and "security of the person". Clearly, they must be subject to some limits; otherwise any tenuous restriction placed on an individual would constitute a violation of liberty and security of the person. There is, however, in my view a vast difference between a general regulatory scheme (such as the rules of the road for motorists) designed to give some order to human behaviour and a state-imposed compulsion on an individual to appear at proceedings against

établi par l'art. 17 constitue un traumatisme provoqué par l'État, qui nuit à leur liberté et à la sécurité de leur personne.

^a Les intimés pour leur part allèguent que le droit à la liberté et à la sécurité de la personne n'est pas absolu et qu'il devrait se limiter à la préservation de l'intégrité physique de l'individu. Ils se fondent en partie sur les propos tenus par le juge en chef

^b Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 785 et 786:

À mon avis, le terme «liberté» de l'art. 7 de la *Charte* n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2

^c R.C.S. 486, à la p. 524, le juge Wilson fait remarquer ce qui suit:

En fait, toutes les infractions de nature réglementaire imposent une certaine limite à la liberté au sens large. Mais je crois que ce serait banaliser la *Charte* que d'assujettir toutes ces infractions à l'art. 7 comme étant des violations du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, même si elles peuvent être maintenues en vertu de l'article premier.

^d Quel que soit le sens précis du terme «liberté» à l'art. 7, je ne saurais accepter qu'il aille jusqu'à s'entendre du droit illimité de faire des affaires toutes les fois qu'on le veut.

^e Les intimés soulignent que l'art. 17 ne fait qu'autoriser une procédure de constatation de faits et qu'il ne crée aucune responsabilité ni n'inflige aucune peine. De plus, ils nient que l'art. 17 impose à une personne une obligation de comparaître, puisque l'ordonnance de comparution peut être contestée soit par voie de contrôle judiciaire, soit lorsque la Commission demande à une cour, conformément au par. 17(3), l'autorisation d'infliger à cette personne une peine pour ne pas avoir obtempéré à l'ordonnance de comparution.

^f Il n'est pas nécessaire que je tente de délimiter la portée des termes «liberté» et «sécurité de [la] personne». Ceux-ci doivent évidemment connaître certaines limites, sinon toute restriction, si minime soit-elle, imposée à un individu constituerait une atteinte à la liberté et à la sécurité de sa personne. Il y a toutefois, selon moi, une différence énorme entre un régime général de réglementation (comme le code de la route pour les automobilistes) destiné à apporter de l'ordre à la conduite humaine et une contrainte exercée par l'État sur

his will and testify on pain of punishment if he refuses. The difference is even greater, in my view, where the compelled testimony given by the individual may be used to build a case against him in what is, in effect, a subsequent criminal prosecution. It is my opinion that this compulsion, linked as it is to the criminal process, touches upon the physical integrity of the individual as well as that individual's reasonable expectation of privacy. The fact that the s. 17 procedure is in itself "investigatory" as opposed to "prosecutorial" seems to me to be irrelevant when a criminal prosecution is a potential consequence of the s. 17 investigation. Nor do I think that the fact that the individual may challenge the proceedings by way of judicial review or under s. 17(3) means that his rights are not violated. Such considerations may be relevant in considering whether the principles of fundamental justice have been violated or whether the legislation is sustainable under s. 1 of the *Charter* but are not relevant in determining whether the right to liberty and security of the person has been violated. I would conclude therefore that s. 17 of the Act violates a person's right to liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Charter*.

(b) The Principles of Fundamental Justice

The appellants, in order to establish a violation of their s. 7 rights, must show that the infringement of their right to liberty and security of the person was not in accordance with the principles of fundamental justice. Lamer J., speaking for a majority of the Court in *Re: B.C. Motor Vehicle Act, supra*, set forth the guidelines for determining the content of the principles of fundamental justice. He stated at pp. 502-3:

Sections 8 to 14, in other words, address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are designed to protect, in a specific manner and setting, the right to life, liberty and security of the person set forth in s. 7. It

un individu afin qu'il comparaisse contre son gré à des procédures pour y témoigner, sous peine de punition s'il refuse. Cette différence est même plus grande, selon moi, lorsque le témoignage forcé que ^b donne cet individu peut être utilisé contre lui dans ce qui constitue en réalité des poursuites criminelles ultérieures. À mon avis, cette contrainte, liée comme elle l'est au processus criminel, porte atteinte à la fois à l'intégrité physique de l'individu et à ses attentes raisonnables en matière de vie privée. Le fait que la procédure prévue à l'art. 17 présente en soi le caractère d'une «enquête» plutôt que celui d'une «poursuite» ne me semble pas tirer à conséquence lorsque des poursuites criminelles peuvent résulter de l'enquête fondée sur l'art. 17. Je ne crois pas non plus que le fait que la personne contrainte à comparaître puisse contester les procédures soit par voie de contrôle judiciaire, soit en ^c vertu du par. 17(3), signifie qu'elle n'a pas été victime d'une atteinte à ses droits. De telles considérations pourront être pertinentes lorsqu'il s'agit d'examiner s'il y a eu violation des principes de justice fondamentale ou si la mesure législative ^e peut être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*, mais elles ne le sont pas aux fins de déterminer s'il y a eu violation du droit à la liberté et à la sécurité de la personne. Je conclus donc que ^f l'art. 17 de la Loi porte atteinte au droit d'une personne à la liberté et à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7 de la *Charte*.

b) Les principes de justice fondamentale

^g Les appellants, pour établir une violation des droits dont ils jouissent en vertu de l'art. 7, doivent démontrer que l'atteinte à leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Le juge ^h Lamer, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, énonce les lignes directrices à suivre pour déterminer le contenu des principes de justice fondamentale. Voici ce qu'il dit, aux pp. 502 et 503:

^j En d'autres termes, les art. 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentale et qui, à ce titre, constituent des violations de l'art. 7. Ils sont conçus pour protéger, d'une manière précise et dans un contexte précis, le droit à la vie, à la

would be incongruous to interpret s. 7 more narrowly than the rights in ss. 8 to 14. The alternative, which is to interpret all of ss. 8 to 14 in a "narrow and technical" manner for the sake of congruity, is out of the question (*Law Society of Upper Canada v. Skapinker, supra*, at p. 366).

Sections 8 to 14 are illustrative of deprivations of those rights to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice. For they, in effect, illustrate some of the parameters of the "right" to life, liberty and security of the person; they are examples of instances in which the "right" to life, liberty and security of the person would be violated in a manner which is not in accordance with the principles of fundamental justice. To put matters in a different way, ss. 7 to 14 could have been fused into one section, with inserted between the words of s. 7 and the rest of those sections the oft utilised provision in our statutes, "and, without limiting the generality of the foregoing (s. 7) the following shall be deemed to be in violation of a person's rights under this section". Clearly, some of those sections embody principles that are beyond what could be characterized as "procedural".

Thus, ss. 8 to 14 provide an invaluable key to the meaning of "principles of fundamental justice". Many have been developed over time as presumptions of the common law, others have found expression in the international conventions on human rights. All have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in "the dignity and worth of the human person" (preamble to the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III) and on "the rule of law" (preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

It is this common thread which, in my view, must guide us in determining the scope and content of "principles of fundamental justice". In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of "principles of fundamental justice" is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, i.e., ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters.

liberté et à la sécurité de la personne énoncé à l'art. 7. Il serait absurde d'interpréter l'art. 7 de façon plus étroite que les droits garantis aux art. 8 à 14. La solution de rechange, qui consiste à interpréter l'ensemble des art. 8 à 14 de façon «étroite et formaliste» par souci d'uniformité est hors de question (*Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précité, à la p. 366).

Les articles 8 à 14 sont des exemples d'atteintes à ce droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale. En effet, ils illustrent certains paramètres du «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne; ce sont des exemples de cas où il y aurait atteinte au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Autrement dit, les art. 7 à 14 auraient pu être fondus en un seul article, en ajoutant, entre le texte de l'art. 7 et les autres articles, la disposition qu'on retrouve souvent dans nos lois «et, sans limiter la généralité de ce qui précède (l'art. 7), ce qui suit est réputé constituer une violation des droits de la personne visés au présent article». Manifestement, certains de ces articles énoncent des principes qui vont au-delà de ce qu'on peut appeler de la «procédure».

Ainsi, les art. 8 à 14 fournissent une indication exceptionnelle quant au sens de l'expression «principes de justice fondamentale». Plusieurs ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en «la dignité et la valeur de la personne humaine» (préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III) et en «la primauté du droit» (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

C'est là le lien qui, à mon avis, doit nous guider dans la délimitation de la portée et du contenu de l'expression «principes de justice fondamentale». En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale.

The appellants assert that s. 17 is contrary to two principles of fundamental justice, namely the right against self-incrimination and the right not to be compelled to give evidence against oneself or the right to remain silent. These two rights are touched upon in other provisions of the *Charter*. Section 13 provides an individual with a limited protection against self-incrimination. It reads:

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Section 11(c) provides a limited right of non-compellability:

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;

The appellants are not in a position to take advantage of either s. 13 or s. 11(c). However, they claim that s. 7 protects similar rights in contexts other than those to which ss. 13 and 11(c) apply. The respondents resist this claim on the basis of this Court's decision in *Curr, supra*. In that case the accused challenged what was then s. 223(2) of the *Criminal Code* which provided that a person who without reasonable excuse fails to comply with a request to give a breath sample is guilty of an offence. The accused argued that the law was inconsistent with s. 2(d), (e) and (f) and s. 1(a) and (b) of the *Canadian Bill of Rights*. Of importance in this appeal are ss. 1(a) and 2(d) which provide:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

Les appels prétendent que l'art. 17 va à l'encontre de deux principes de justice fondamentale, savoir le droit d'être protégé contre l'auto-incrimination et le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même ou le droit de garder le silence. Ces deux droits sont visés par d'autres dispositions de la *Charte*. L'article 13 offre aux particuliers une protection limitée contre l'auto-incrimination; il est ainsi conçu:

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

L'alinéa 11c) prévoit un droit limité de non-contraignabilité:

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;

Les appels ne sont en mesure de se prévaloir ni de l'art. 13 ni de l'al. 11c). Ils soutiennent cependant que l'art. 7 garantit des droits analogues dans des contextes autres que ceux auxquels s'appliquent l'art. 13 et l'al. 11c). À cet argument les intimés opposent larrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *Curr*, précitée. Dans cette affaire, l'accusé avait contesté ce qui était alors le par. 223(2) du *Code criminel*, qui disposait que quiconque, sans excuse raisonnable, faisait défaut d'obtempérer à une demande d'échantillon d'haleine se rendait coupable d'une infraction. L'accusé a allégué que cette règle de droit était incompatible avec les al. 2d), e) et f) et les al. 1a) et b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Les dispositions importantes aux fins du présent pourvoi sont celles des al. 1a) et 2d) qui portent:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

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;

In declining to read a residual 2(d) right into s. 1(a) Laskin J. stated at pp. 913-14:

I do not think that the *Canadian Bill of Rights* can be construed as having taken a piecemeal approach to the privilege against self-crimination. The history of the privilege as a Canadian derivative from the English common law is accurately reflected in the way it is expressed in s. 2(d): see *8 Wigmore on Evidence* (McNaughton revision, 1961), #2250, pp. 284 ff. The scope or policy of the privilege may be another thing, as it has proved to be under its constitutional formulation in the United States. Unless s. 2(d), where the privilege is expressed, yields room to take policy beyond history—and I have already dealt with s. 2(d) in this respect—I do not think that s. 1(a), where there is no reference to the privilege and whose words provide no historical warrant for embracing it, can be taken to include in its protection an extension of the privilege beyond what is found in s. 2(d).

No doubt, the generous words of s. 1(a) may bring to mind matters other than protection against self-crimination for which protection may be sought thereunder, failing their specific mention elsewhere in the *Canadian Bill of Rights*. I do not propose to speculate on them; their day of decision may come, but in this case I am concerned with a submission that although self-crimination is expressly dealt with in one provision of the statute, this Court should find another expression thereof in another provision of the same statute where it is not expressly mentioned.

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

b

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;

c

Le juge Laskin, refusant d'interpréter l'al. 1a) comme renfermant le droit résiduel énoncé à l'al. 2d), affirme, aux pp. 913 et 914:

Je ne crois pas que la *Déclaration canadienne des droits* puisse s'interpréter comme abordant fragmentairement la question du privilège relatif à la protection d'une personne contre son propre témoignage. L'évolution, au Canada, de ce privilège, qui est tiré de la common law anglaise, est bien représentée dans la façon dont il est énoncé à l'art. 2(d): voir *8 Wigmore on Evidence* (révision McNaughton, 1961), #2250, pp. 284 et s. L'étendue ou l'orientation du privilège peut être une toute autre chose, comme le prouve la formulation de ce privilège dans la constitution américaine. À moins qu'à l'art. 2(d), où le privilège est énoncé, l'orientation l'emporte sur l'évolution historique, et j'ai déjà traité de cet article 2(d) à cet égard, je ne crois pas que l'art. 1(a), qui ne fait pas mention du privilège et dont les termes ne fournissent aucune justification historique de l'y inclure, puisse être interprété comme protégeant également un prolongement du privilège défini à l'art. 2(d).

h

Sans doute, les termes généraux de l'art. 1(a) peuvent évoquer des matières, autres que la protection contre l'auto-accusation, contre lesquelles on peut demander la protection de cet article, quand ces matières ne sont pas spécifiées ailleurs dans la *Déclaration canadienne des droits*. Je ne me propose pas de faire des conjectures à leur sujet; elles feront peut-être un jour l'objet d'une décision, mais en l'espèce, la prétention que je dois examiner est que bien qu'un article de la loi traite expressément de la protection d'une personne contre son propre témoignage, cette Cour devrait conclure qu'une autre disposition de la même loi traite de cette question, sans toutefois le faire de façon expresse.

j

There is a distinction to be drawn in respect of the privilege which is commanded by the experience with it in this country and in the United States. The point in the criminal process at which the privilege can be asserted is one thing; what the privilege embraces at that point is something else. It is my conclusion that the point of assertion has been fixed in s. 2(d) and I do not think I can invoke s. 1(a) to shift it to a stage which would make it effective against s. 223.

The respondents urge a similar approach to s. 7. Support for their view is found in *Re Transpacific Tours Ltd., supra*, which dealt with this very issue. Lysyk J. quoted from *Curr* and stated at p. 213:

The reasons of the majority of the Supreme Court of Canada in *Curr*, speaking through Laskin J., nevertheless command careful attention. Firstly, the analysis in the above-quoted paragraphs from *Curr* does not turn on the meaning of a single word or phrase, but on a principle of construction. It relates to the structure, as opposed to the lexicon, of the enactment. The principle is encapsulated in the maxim *expressio unius est exclusio alterius*: the express mention of one or more things of a particular class may be regarded as impliedly excluding others. The respondents, adopting the reasoning in *Curr*, argue that ss. 11(c) and 13 must have been intended to express the full measure of constitutional protection to be afforded by the Charter in respect of compellability and self-incrimination.

It was not material to Lysyk J.'s opinion that the *Charter* is a constitutional document and the *Canadian Bill of Rights* only a statute. He stated at p. 216:

In sum, the Supreme Court of Canada has recognized that the *Canadian Bill of Rights* enjoys constitutional or quasi-constitutional stature. As such, a purposive approach to its interpretation is presumably as appropriate as it is for the *Charter* or for other enactments concerned with human rights. The purpose of the *Canadian Bill of Rights* disclosed by its long title—"An Act for the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms"—is shared by the *Charter*. Accordingly, it might be expected that evolution of the two instruments will follow roughly parallel lines over the course of time, with the possibility of

Il faut faire une distinction en ce qui concerne ce privilège, dictée par son application au Canada et aux États-Unis. Le moment où le privilège peut être invoqué au cours de procédures criminelles est une chose; ce que le privilège vise alors en est une autre. Je conclus que le stade où il peut être invoqué est fixé à l'art. 2(d) et je ne crois pas pouvoir me fonder sur l'art. 1(a) pour l'appliquer à un autre stade des procédures de façon à le faire jouer efficacement contre l'art. 223.

b Les intimés soutiennent que c'est ainsi qu'on devrait aborder l'art. 7. Leur point de vue est appuyé par la décision *Re Transpacific Tours Ltd.*, précitée, qui traite précisément de cette question. Le juge Lysyk cite l'arrêt *Curr*, puis affirme, à la p. 213:

[TRADUCTION] Les motifs que le juge Laskin, s'exprimant au nom de la Cour suprême du Canada à la majorité, a rédigés dans l'affaire *Curr*, méritent néanmoins toute notre attention. En premier lieu, l'analyse faite dans les paragraphes précités de l'arrêt *Curr* ne tient pas au sens d'un seul mot ou d'une seule expression, mais relève plutôt de l'application d'un principe d'interprétation. Cette analyse porte sur l'économie du texte législatif et non pas sur le vocabulaire qui y est employé. Ce principe est résumé dans la maxime *expressio unius est exclusio alterius*: la mention expresse d'une seule ou de plusieurs choses relevant d'une catégorie donnée peut être considérée comme excluant implicitement les autres. Les intimés, suivant le raisonnement adopté dans l'arrêt *Curr*, prétendent qu'on doit avoir voulu que l'al. 11c) et l'art. 13 expriment toute l'étendue de la protection constitutionnelle accordée par la Charte en matière de contraignabilité et d'auto-incrimination.

g Il n'importait pas, en ce qui concerne l'avis du juge Lysyk, que la *Charte* soit un document constitutionnel et que la *Déclaration canadienne des droits* ne soit qu'une loi ordinaire. Il affirme, à la p. 216:

[TRADUCTION] Somme toute, la Cour suprême du Canada a reconnu à la *Déclaration canadienne des droits* le caractère d'un texte constitutionnel ou quasi constitutionnel. Cela étant, on peut supposer qu'une interprétation fondée sur l'objet visé convient tout autant dans son cas que dans celui de la Charte ou de tout autre texte législatif en matière de droits de la personne. L'objet de la *Déclaration canadienne des droits*, qui ressort de son titre intégral—«Loi ayant pour objets la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales» —, est visé également par la Charte. On pourrait s'attendre en

earlier decisions under the Bill attracting reconsideration in light of authoritative pronouncements concerning the scope of equivalent language in the Charter. Be that as it may, to the extent that the purposive approach to interpretation provides guidance, it is not evident why the framework of analysis applied to the Bill in *Curr* is, on principle, unsuitable for the Charter.

He found support for the application of the *expressio unius* principle to the *Charter*. He noted, for example, that the principle was applied by Le Dain J. in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, in respect of s. 24 of the *Charter* and by the British Columbia Supreme Court in *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 62 B.C.L.R. 183, later aff'd by (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.) He stated his conclusions on this issue at p. 220:

I am in accord with the view that the *Curr* analysis, measuring s. 17 of the Act against the *Canadian Bill of Rights*, applies with equal force to the Charter. Why should the framers of the Charter have chosen to deal directly and expressly with only some aspects of compellability and self-incrimination—in ss. 11(c) and 13—while leaving other aspects to be divined from the general language employed in s. 7? The Charter's draftsmen would have been mindful not only of *Curr* but of the fact that the broad common-law privilege against self-incrimination had effectively been set aside in Canada decades ago by the predecessor provisions of what is now s. 5 of the *Canada Evidence Act* and by similar provisions in other federal and provincial enactments of which s. 17 of the Act provides only one example.

In *Haywood Securities, supra*, the appellant was examined in aid of execution by the respondent. The appellant refused to answer certain questions on the ground that the answers might tend to incriminate it. A majority of the British Columbia Court of Appeal ruled that s. 7 of the *Charter* was not intended to contain a general right against

conséquence qu'avec le temps les deux textes évoluent à peu près parallèlement et il est possible que les premières décisions sous le régime de la Déclaration soient réexaminées à la lumière de jugements faisant autorité concernant la portée de termes équivalents employés dans la Charte. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où la méthode d'interprétation fondée sur l'objet visé peut nous guider, on voit mal pourquoi l'analyse appliquée à la Déclaration dans l'arrêt *Curr* serait en principe inappropriée dans le cas de la Charte.

a b Le juge Lysyk a trouvé appui à l'application du principe *expressio unius* à la *Charte*. Il a fait remarquer, par exemple, que ce principe a été appliqué par le juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à l'égard de l'art. 24 de la *Charte*, et par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 62 B.C.L.R. 183, conf. par la suite par (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.). Dans ses conclusions sur cette question, il affirme, à la p. 220:

e *f* *g* *h* [TRADUCTION] Je souscris au point de vue selon lequel l'analyse dans l'arrêt *Curr*, qui consiste à examiner l'art. 17 de la Loi en fonction de la *Déclaration canadienne des droits*, s'applique tout autant à la Charte. Pourquoi les rédacteurs de la Charte auraient-ils choisi de traiter directement et expressément de certains aspects seulement de la contraignabilité et de l'auto-incrimination—à l'art. 11(c) et à l'art. 13—tout en faisant en sorte qu'il faille deviner d'autres aspects à partir des termes généraux de l'art. 7? Les rédacteurs de la Charte auraient été conscients non seulement de l'arrêt *Curr*, mais aussi du fait que l'immunité générale contre l'auto-incrimination que conférait la common law avait effectivement été écartée au Canada plusieurs décennies auparavant par les dispositions qui ont précédé ce qui constitue maintenant l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et par des dispositions analogues figurant dans d'autres textes législatifs, tant fédéraux que provinciaux, dont l'art. 17 de la Loi n'est qu'un exemple.

i *j* Dans l'affaire *Haywood Securities*, précitée, l'intimée a soumis l'appelante à un interrogatoire préalable à la saisie-exécution. L'appelante a refusé de répondre à certaines questions pour le motif que les réponses pourraient tendre à l'incriminer. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a jugé que l'art. 7 de la *Charte*

self-incrimination. Macfarlane J.A., speaking for the majority, stated at pp. 747-48:

The common law right was a right not to testify if the answers might tend to incriminate the witness. Canadian law has recognized *the right of an accused* not to testify, and that right has been enshrined in s. 11(c) of the Charter. Canadian law has recognized *the right of a witness* not to be incriminated by evidence he has been compelled to give in another proceeding. That right has been enshrined in s. 2(d) of the *Canadian Bill of Rights*. Section 13 of the Charter has given that protection constitutional status. But neither Canadian law nor the Charter has recognized the right of such a witness not to testify (except in those rare cases where the evidence would be so prejudicial that a stay of the proceedings is justified until criminal proceedings are concluded).

Those who framed the Charter, unlike those who drafted the Fifth Amendment to the *United States Constitution*, have not expressly adopted, as a principle, that "no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself". Rather they have deliberately drawn a line between non-compellability in the case of an accused, and compellability (with protection against use of incriminating evidence) in the case of a witness. [Emphasis in original.]

However, Macfarlane J.A. tempered the force of his comments at pp. 748-49, stating:

I agree that if the sole aim and purpose of the proceeding was to obtain evidence to support a charge or to assist the criminal prosecution of the witness, it might be arguable that the witness ought not to be compelled to divulge information which might lead to his conviction. But, in my view, such a result would follow only if the proceedings, in which such evidence was given, were so devoid of any legitimate public purpose, and so deliberately designed to assist the prosecution of the witness that to allow them to continue would constitute an injustice. In such circumstances, the continuance of the proceedings could be said to constitute a violation of the principles of fundamental justice.

The appellants submit that ss. 11(c) and 13 do not exhaust the protection of rights in this area, which are fundamental to our system of justice, and they resort to

n'était pas destiné à conférer un droit général à la protection contre l'auto-incrimination. Le juge Macfarlane affirme, au nom de la majorité, aux pp. 747 et 748:

- a [TRADUCTION] Le droit conféré par la common law permettait de ne pas témoigner si la réponse pouvait tendre à incriminer le témoin. On reconnaît en droit canadien *le droit d'un accusé* de ne pas témoigner, droit qui a été enchaîné à l'al. 11c) de la Charte. On reconnaît également en droit canadien *le droit d'un témoin* de ne pas être incriminé par le témoignage qu'il a été contraint de donner au cours d'une autre procédure. Ce droit a été enchaîné à l'al. 2d) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'article 13 de la Charte a reconnu constitutionnellement cette protection. Toutefois, ni le droit canadien ni la Charte ne reconnaissent le droit d'un tel témoin de ne pas témoigner (sauf dans les rares cas où le témoignage causerait un tel préjudice qu'une suspension de l'instance est justifiée jusqu'à ce que les procédures criminelles aient pris fin).

Contrairement aux rédacteurs du Cinquième amendement à la *Constitution des États-Unis*, les rédacteurs de la Charte n'ont pas expressément adopté comme principe que «nul ne se verra forcé de témoigner contre lui-même dans aucune affaire criminelle». Ils ont plutôt volontairement établi une distinction entre la non-contraignabilité dans le cas d'un accusé et la contraignabilité (accompagnée de la protection contre l'utilisation d'un témoignage incriminant) dans le cas d'un témoin.

f [En italique dans l'original.]

Le juge Macfarlane a toutefois atténué ses propos en affirmant, aux pp. 748 et 749:

- [TRADUCTION] Je suis d'accord que, si les procédures n'avaient pas d'autre objet que de réunir des éléments de preuve à l'appui d'une accusation ou de faciliter l'engagement de poursuites criminelles contre le témoin, on pourrait soutenir que ce témoin ne devrait pas être contraint à révéler des renseignements susceptibles d'entraîner une déclaration de culpabilité contre lui. Toutefois, selon moi, il n'en serait ainsi que si les procédures au cours desquelles ce témoignage a été donné étaient tellement dépourvues de toute fin publique légitime et si délibérément conçues pour faciliter l'engagement de poursuites contre le témoin qu'il serait injuste de permettre qu'elles continuent. Dans de pareilles circonstances, la continuation des procédures pourrait être considérée comme une violation des principes de justice fondamentale.

j Les appellants soutiennent que l'al. 11c) et l'art. 13 ne constituent pas la seule protection de ces droits qui sont fondamentaux dans notre système de justice et ils invo-

s. 7. I agree that there may be cases and circumstances where the legislation or the procedure is so designed and the results are so unjust that to compel a person to testify might offend the basic sense of fairness which underlies the principles of fundamental justice, and violate s. 7. Such situations may involve testimonial compulsion and self-incrimination but it does not follow that s. 7 contains an unwritten rule against *all* testimonial compulsion, and all cases involving self-incrimination. [Emphasis in original.]

quent l'art. 7. Je reconnais que, dans certains cas, la loi ou la procédure est ainsi conçue que les résultats qu'elle entraîne sont si injustes que le simple fait de contraindre une personne à témoigner pourrait contrevir au principe fondamental d'équité sous-jacent aux règles de la justice fondamentale et violer l'art. 7. Il est possible que, dans de telles situations, une personne soit contrainte à fournir un témoignage incriminant, mais il ne s'ensuit pas que l'art. 7 renferme une règle non écrite contre *tous* les cas où une personne est contrainte à témoigner ni *tous les cas* où un témoignage est incriminant. [En italique dans l'original.]

The majority in *Haywood Securities, supra*, was met with a powerful dissent by Lambert J.A. After considering the *expressio unius* principle of interpretation, Lambert J.A. stated at p. 732:

In my opinion that argument does not give sufficient weight to a purposive construction of the Charter. Nor does it recognize the function that s. 7 must play in lending flexibility and capacity for development to the Charter as a whole: see *Hunter et al. v. Southam Inc.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 641 at p. 649, [1984] 2 S.C.R. 145 at p. 155, 14 C.C.C. (3d) 97, and following.

The conditional right conferred by s. 7 is broad and ample. It protects against any intrusion on the liberty of the citizen if the intrusion is not in accordance with the principles of fundamental justice. But it is in the concept of fundamental justice that the balance between the rights of the individual and the collective rights of the people must be achieved, not in restricting the scope of s. 7 by the artificial rigidities of the rules of statutory construction.

If the argument of Haywood Securities Inc. were accepted it would mean that a citizen could be deprived of his liberty by imprisonment, and the deprivation could constitute a flouting of fundamental justice, but the Charter could offer no protection if the deprivation or the flouting arose in relation to a subject-matter that was similar to a subject-matter dealt with in ss. 8 to 14. I would not adopt that approach to the Charter.

In finding that s. 7 of the *Charter* did protect rights residual to ss. 11(c) and 13, Lambert J.A. relied on *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478 (Sask. Q.B.). In that case Schiebel J. stated in part at p. 501:

À l'avis exprimé par les juges formant la majorité dans l'affaire *Haywood Securities*, précitée, le juge Lambert a opposé de puissants motifs de dissidence. Ayant examiné le principe d'interprétation *expressio unius*, il dit, à la p. 732:

[TRADUCTION] Selon moi, cet argument n'accorde pas suffisamment de poids à une interprétation de la Charte fondée sur l'objet visé. Il ne reconnaît pas non plus que l'art. 7 doit jouer un rôle qui consiste à donner de la souplesse à la Charte dans son ensemble et à en permettre l'évolution: voir *Hunter et autres c. Southam Inc.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 641, à la p. 649, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155, 14 C.C.C. (3d) 97 et suivantes.

Le droit conditionnel conféré par l'art. 7 est très général. Il protège contre toute violation de la liberté d'un citoyen qui ne soit pas conforme aux principes de justice fondamentale. Mais c'est de la notion de justice fondamentale que doit venir l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs et non pas de la limitation de la portée de l'art. 7 par le recours à la rigidité artificielle des règles d'interprétation de lois.

Si l'argument avancé par Haywood Securities Inc. devait être retenu, cela voudrait dire qu'un citoyen pourrait se voir privé de sa liberté par emprisonnement, que cette privation pourrait constituer un manquement à la justice fondamentale, mais que la Charte ne pourrait offrir aucune protection si la privation ou le manquement étaient reliés à un sujet semblable à l'un de ceux visés aux art. 8 à 14. Ce n'est pas ainsi que j'appliquerais la Charte.

Pour conclure que l'art. 7 de la *Charte* protégeait effectivement des droits résiduels en sus des droits garantis par l'al. 11c) et par l'art. 13, le juge Lambert s'est fondé sur la décision *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478 (B.R. Sask.) Dans cette affaire, le juge Schiebel affirme notamment ce qui suit, à la p. 501:

In my view, the specific rights enumerated in ss. 8 to 14 are specific examples or emanations of the general right to life, liberty and security of the person, and the specific mention of these rights serves to reinforce the general rights secured by s. 7, rather than to restrict them.

Although the specific rights enumerated in ss. 8 to 14 may come within the scope of the compendious phrase "life, liberty and security of the person", the framers of the Charter, in placing certain specific rights outside of s. 7, afforded them an additional measure of sanctity. Under s. 7 a person may be deprived of his rights if the deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. The specific rights in ss. 8 to 14 are not so limited.

If the relationship between s. 7 and the following sections is viewed in this way, s. 11(c) does not preclude a right not to be compelled to be a witness against oneself from arising before a person is charged. Rather, s. 11(c) provides additional protection by setting the point at which the right not to be compelled to be a witness against oneself is no longer subject to possible deprivation in accordance with the principles of fundamental justice.

Similarly, s. 13 guarantees to a witness the specific right not to have self-incriminating evidence used against him in other proceedings. This is a separate right which arises regardless of whether the witness testifies voluntarily or under compulsion. This positive right conferred by s. 13 should not be taken as a constitutional adoption of the statutory scheme established by s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970 c. E-10. There is nothing in s. 13 that expressly makes a person compelled to give self-incriminating evidence. Although s. 13 is similar to s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* and s. 20(2) of the *Combines Investigation Act*, there is no equivalent to s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* or to s. 17(2) of the *Combines Investigation Act* contained in the Charter. The restrictive provisions of these latter sections should not be read into the Charter as necessarily implicit in the positive rights conferred by s. 13.

For these reasons I would hold that the specific rights in ss. 11(c) and 13 do not necessarily preclude a more general right against the compelling of self-incriminating evidence from being within the scope of s. 7.

I would respectfully conclude upon a review of the existing authorities that the approach advocat-

[TRADUCTION] À mon avis, les droits énumérés aux art. 8 à 14 sont des exemples précis ou des émanations du droit général à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, et la mention spécifique de ces droits vient renforcer plutôt que restreindre les droits généraux garantis par l'art. 7.

Les droits énumérés aux art. 8 à 14 sont compris dans l'expression plus concise «la vie, la liberté et la sécurité de sa personne», mais les rédacteurs de la Charte ont voulu, en précisant certains droits ailleurs qu'à l'art. 7, leur accorder un caractère encore plus sacré. En vertu de l'art. 7, il peut être porté atteinte aux droits d'une personne si on se conforme aux principes de justice fondamentale. Cette limite ne s'applique pas aux droits spécifiques prévus aux art. 8 à 14.

Si l'on conçoit ainsi le lien entre l'art. 7 et les articles qui suivent, l'al. 11c) n'empêche pas d'invoquer le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même avant qu'une personne soit inculpée. Au contraire, l'al. 11c) prévoit une protection additionnelle en indiquant à quel moment une personne ne peut plus être privée du droit de ne pas être contrainte de témoigner contre elle-même, même conformément aux principes de justice fondamentale.

e De même, l'art. 13 garantit à chacun le droit spécifique à ce qu'aucun témoignage qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures. C'est un droit distinct que l'on peut invoquer indépendamment du fait que le témoin rend témoignage volontairement ou sous l'effet de la contrainte. Ce droit indéniable qu'accorde l'art. 13 ne peut être considéré comme l'adoption constitutionnelle du mécanisme prévu à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10. Rien dans l'art. 13 ne contraint expressément une personne à rendre un témoignage qui l'incrimine. Bien que l'art. 13 soit similaire au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et au par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, il n'y a pas dans la Charte d'équivalent du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* et du par. 17(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Les restrictions que prévoient ces différents articles ne doivent pas être considérées comme faisant nécessairement partie des droits indéniables qu'accorde l'art. 13 de la Charte.

i Par ces motifs, je conclus que les droits précis de l'al. 11c) et de l'art. 13 ne nous empêchent pas nécessairement de retrouver dans l'art. 7 un droit plus général de ne pas être contraint de rendre un témoignage incriminant.

j Après avoir passé en revue la jurisprudence existante, je conclus, en toute déférence, que le

ed by the appellants and reflected in the reasoning of Lambert J.A. and Schiebel J. is sound. The principle of statutory construction, *expressio unius*, is ill-suited to meet the needs of *Charter* interpretation. It is inconsistent with the purposive approach to *Charter* interpretation which has been endorsed by this Court and which focuses on the broad purposes for which the rights were designed and not on mechanical rules which have traditionally been employed in interpreting detailed provisions of ordinary statutes in order to discern legislative intent. I do not question Laskin J.'s approach to the interpretation of the *Canadian Bill of Rights*. The point, however, has repeatedly been made that interpretations appropriate to the *Canadian Bill of Rights* will not necessarily be appropriate to the *Charter*: see *R. v. Therens, supra*; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. It is true that in *Therens* Le Dain J. interpreted s. 24 of the *Charter* to allow for the exclusion of evidence only under s. 24(2). However, this was not the result of the arbitrary application of the principle of *exclusio unius* but of a careful review of the purpose of the two subsections of s. 24.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act* this Court held that the principles of fundamental justice are found in the basic tenets of our justice system. Sections 8 to 14 of the *Charter* are illustrative, but not exhaustive, of deprivations of life, liberty and security of the person which are not in accord with the principles of fundamental justice. Otherwise, s. 7 itself would have no role to play. I conclude therefore that the specific enumerations in ss. 11(c) and 13 do not prevent residual content being given to s. 7. It remains to be seen, however, to what extent the right against non-compellability and the right against self-incrimination are part of the principles of fundamental justice.

If the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our justice system as

point de vue préconisé par les appellants et reflété dans le raisonnement des juges Lambert et Schiebel est bien fondé. Le principe d'interprétation législative *expressio unius* se prête mal aux exigences de l'interprétation de la *Charte*. Il est incompatible avec l'interprétation de la *Charte*, fondée sur l'objet visé, que notre Cour a approuvée et qui est axée sur les objectifs généraux pour lesquels les droits ont été conçus plutôt que sur les règles mécaniques auxquelles on a traditionnellement eu recours dans l'interprétation des dispositions détaillées de lois ordinaires afin de déceler l'intention du législateur. Je ne mets pas en doute la façon dont le juge Laskin a abordé l'interprétation de la *Déclaration canadienne des droits*. On a toutefois souligné à maintes reprises que des interprétations qui conviennent à la *Déclaration canadienne des droits* ne conviendront pas nécessairement à la *Charte*: voir *R. c. Therens*, précité; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3. Il est vrai que, dans l'arrêt *Therens*, le juge Le Dain a interprété l'art. 24 de la *Charte* comme ne permettant l'exclusion d'éléments de preuve qu'en vertu du par. 24(2). Cependant, cette interprétation résultait non pas de l'application arbitraire du principe de l'*exclusio unius*, mais d'un examen minutieux de l'objet des deux paragraphes de l'art. 24.

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, notre Cour a conclu que les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système de justice. Les articles 8 à 14 de la *Charte* contiennent des illustrations, mais non une énumération exhaustive, des atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale. S'il en était autrement, l'art. 7 lui-même serait sans objet. Je conclus donc que les énumérations précises à l'al. 11c) et à l'art. 13 n'empêchent pas de conférer une teneur résiduelle à l'art. 7. Reste toutefois à déterminer dans quelle mesure le droit de ne pas être contraint de témoigner et celui à la protection contre l'auto-incrimination font partie des principes de justice fondamentale.

Si les principes de justice fondamentale sont compris dans les préceptes fondamentaux de notre

this Court has stated, reference must be made to the historical development of our justice system as well as to the experience of other jurisdictions which espouse values similar to our own. Our justice system has evolved in large measure from the English common law and it is there I must turn at first instance to examine the ambit of the right against compellability and the right against self-incrimination.

(i) *The English Position*

The origins of the rights are examined in considerable detail from a historical perspective in *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), at pp. 284 ff. Essentially, the rights developed out of a revulsion against the practices of the courts of the Star Chamber and the High Commission in the seventeenth century: see also Professor E. Ratushny's *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979). A person could be called before these courts without notice of the precise charge laid against him and examined under oath. The principal concern was not the fact that an accused was required to testify but rather the fact that the charges lacked particularity. This lack of particularity had at least two undesirable consequences for the accused. First, he was often ignorant as to what he was being charged with and therefore had difficulty tailoring his responses to a particular issue. And second, and closely related to the first, the courts often used the lack of particularity as justification for embarking on a fishing expedition in the hopes that somewhere along the way the accused would reveal the commission of some offence. Thus, the foundation of the rights against compellability and self-incrimination lay in dissatisfaction with the method of presentment of the charge to the accused rather than in the fact that the accused had to testify. However, through the effluxion of time, the underlying rationale for the rights became blurred. Wigmore makes this point at pp. 289-90 in the course of his discussion of Lilburn's trial, the most famous case in which the reason for the rights was canvassed:

système de justice, comme l'a dit notre Cour, il faut alors tenir compte de l'évolution historique de ce système et des expériences vécues dans d'autres ressorts où l'on épouse des valeurs semblables aux nôtres. Notre système de justice provient en grande partie de la common law anglaise et c'est là que doit commencer mon étude de l'étendue du droit de ne pas être contraint de témoigner et de celui à la protection contre l'auto-incrimination.

b

(i) *La position anglaise*

Les origines des droits en question sont l'objet d'un examen historique très approfondi dans *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), aux pp. 284 et suiv. Essentiellement, ces droits sont nés de la répugnance suscitée par les pratiques des tribunaux de la Chambre Étoilée et de la *High Commission* au dix-septième siècle: voir aussi, professeur E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979). Une personne pouvait être citée devant ces tribunaux sans être informée préalablement de l'accusation précise portée contre elle et être soumise à un interrogatoire sous serment. On s'inquiétait surtout non pas du fait qu'un accusé était tenu de témoigner, mais plutôt du manque de précision des accusations qui entraînait au moins deux inconvénients pour l'accusé. En premier lieu, celui-ci ignorait souvent l'infraction qu'on lui reprochait et avait donc de la difficulté à formuler des réponses en fonction de quelque chose de précis. En deuxième lieu, et ce point est intimement lié au premier, les tribunaux se servaient souvent du manque de précision pour justifier des recherches à l'aveuglette entreprises dans l'espoir que l'accusé finirait bien par révéler la perpétration de quelque infraction. Il s'ensuit donc que le droit de ne pas être contraint de témoigner et le droit à la protection contre l'auto-incrimination reposaient sur l'in-satisfaction qu'on éprouvait à l'égard de la méthode de mise en accusation plutôt qu'à l'égard du fait que l'accusé avait à témoigner. L'écoulement du temps a toutefois estompé la justification fondamentale de ces droits. C'est ce que souligne Wigmore aux pp. 289 et 290 dans le cadre de son étude du procès de Lilburn, la cause la plus célèbre où la raison d'être desdits droits a été examinée à fond:

j

Up to the last moment, Lilburn had never claimed the right to refuse absolutely to answer an incriminating question; he had merely claimed a proper proceeding of presentment or accusation. But now this once vital distinction comes to be ignored. It begins to be claimed, flatly, that *no man is bound to incriminate himself* on any charge (no matter how properly instituted) or *in any court* (not merely in the ecclesiastical or Star Chamber tribunals). Then this claim comes to be conceded by the Judges—first in criminal trials, and even on occasions of great partisan excitement; and afterwards, in the Protector's time, in civil cases, though not without ambiguity and hesitation. By the end of Charles II's reign, under the Restoration, there is no longer any doubt, in any court; and by this period, the extension of the privilege to include an ordinary witness, and not merely the party charged, is for the first time made. [Emphasis in original.]

With the passage of time and the enactment of legislation, the accused became competent witnesses for the defence but were not compellable by the Crown. This non-compellability applied to the pre-trial as well as the trial process. As Lord Parker C.J. stated in *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414, at p. 419:

It seems to me quite clear that though every citizen has a moral duty or, if you like, a social duty to assist the police, there is no legal duty to that effect, and indeed the whole basis of the common law is the right of the individual to refuse to answer questions put to him by persons in authority, and to refuse to accompany those in authority to any particular place; short, of course, of arrest.

Also, the rule developed that “a man shall not be compelled to say anything which criminales himself”. This rule was discussed by Stephen J. in *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110, at pp. 112-13:

When the subject is fully examined, it will I think be found that the privilege extends to protect a man from answering any question which “would in the opinion of

[TRADUCTION] Jusqu'au dernier moment, Lilburn n'avait jamais réclamé le droit de refuser catégoriquement de répondre à des questions incriminantes; il avait simplement revendiqué des procédures régulières de mise en accusation ou d'inculpation. Mais on ne tient plus compte de cette distinction jadis capitale. On commence à affirmer tout bonnement que *nul n'est tenu de s'incriminer* relativement à une accusation quelconque (même si elle a été portée régulièrement) ou *devant un tribunal quelconque* (et non pas simplement devant les tribunaux ecclésiastiques ou de la Chambre Étoilée). Puis les juges en viennent à se rendre à ces demandes, d'abord dans des procès criminels et même à des moments de grande effervescence partisane, ensuite, sous le régime du Protecteur, en matière civile, quoique le processus n'ait été exempt ni d'ambiguités ni d'hésitations. Dès la fin du règne de Charles II, c'est-à-dire à l'époque de la Restauration, il ne subsiste plus aucun doute, quel que soit le tribunal dont il s'agit; et, au cours de cette période, le privilège en question a été élargi, de manière à pouvoir, pour la première fois, être invoqué par un témoin ordinaire et non seulement par l'inculpé. [En italique dans l'original.]

Avec le temps et avec l'adoption de textes législatifs en ce sens, les inculpés sont devenus habiles à témoigner pour assurer leur propre défense, mais ne pouvaient pas être contraints à témoigner par le ministère public. Ils n'étaient contraignables ni avant le procès ni au procès proprement dit. Comme l'affirme le juge en chef lord Parker dans l'affaire *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414, à la p. 419:

[TRADUCTION] Il me semble tout à fait évident que même si tout citoyen a l'obligation morale ou, si vous préférez, l'obligation sociale d'aider la police, il n'existe aucune obligation juridique de le faire; en fait la common law repose fondamentalement sur le droit de quiconque de refuser de répondre aux questions posées par une personne investie d'une autorité, de refuser d'accompagner à un endroit donné des personnes investies d'une autorité, à moins bien sûr d'être arrêté.

En outre, une règle a été conçue suivant laquelle [TRADUCTION] «une personne ne doit pas être contrainte de faire des déclarations qui l'incriminent». Le juge Stephen a traité de cette règle dans la décision *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110, aux pp. 112 et 113:

[TRADUCTION] Quand la question aura été étudiée à fond, je crois que l'on constatera que le privilège en cause va jusqu'à dispenser un témoin d'avoir à répondre

the judge have a tendency to expose the witness, or the wife or husband of the witness, to any criminal charge": Stephen's Dig. of the Law of Ev. 3rd ed. art. 120, p. 121. That is what I understand by the phrase "criminating himself". It is not that a man must be guilty of an offence and say substantially, "I am guilty of the offence, but am not going to furnish evidence of it." I do not think the privilege is so narrow as that, for then it would be illusory. The extent of the privilege is I think this: the man may say, "If you are going to bring a criminal charge, or if I have reason to think a criminal charge is going to be brought against me, I will hold my tongue. Prove what you can, but I am protected from furnishing evidence against myself out of my own mouth."

This remains the law of England to this day.

(ii) *The Canadian Position*

In Canada we developed a slightly different approach with the enactment in 1893 of what are now ss. 4(1) and 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (previously R.S.C. 1970, c. E-10). In their present form these sections read as follows:

4. (1) Every person charged with an offence, and, except as otherwise provided in this section, the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, is a competent witness for the defence, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the 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 on 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 the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding

à une question qui, «de l'avis du juge, tendrait à exposer ce témoin ou son conjoint à une accusation criminelle»: Stephen's Dig. of the Law of Ev. 3^e éd., art. 120, p. 121. Voilà, selon moi, le sens du verbe «s'incriminer». Il ne veut pas dire qu'une personne doit être coupable d'une infraction et affirmer essentiellement: «Je suis coupable de l'infraction, mais je ne fournirai aucune preuve concernant sa perpétration». Je ne crois pas qu'il s'agisse d'un privilège de portée aussi restreinte, car il ne serait alors qu'illusoire. Voici à mon avis en quoi consiste le privilège en question: une personne peut dire: «Si vous allez porter une accusation criminelle, ou si j'ai des raisons de croire qu'une accusation criminelle sera portée contre moi, je tiendrai ma langue. Prouvez ce que vous pouvez, mais, quant à moi, je bénéficie d'une protection qui me dispense d'avoir à témoigner contre moi-même.»

Telle est encore aujourd'hui la situation en droit anglais.

(ii) *La position canadienne*

Au Canada, nous avons adopté un point de vue légèrement différent avec l'adoption en 1893 des dispositions qui forment actuellement le par. 4(1) et l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (auparavant S.R.C. 1970, ch. E-10). Ces dispositions se lisent actuellement ainsi:

4. (1) Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf disposition contraire du présent article, le conjoint de la personne accusée, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec une autre personne.

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 une 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 toute loi 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 être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf

against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence.

The effect of s. 4(1) was to maintain the common law rule of non-compellability at the investigatory stage, subject to modification by the terms of a particular statute, and to make the accused at his trial a competent witness for the defence but not a compellable witness for the Crown. The effect of s. 5 was to abolish the common law rule of allowing a witness to refuse to answer a question on the ground that it would tend to incriminate him and replace it with the rule that the witness must answer the question but the answer could not be used against him in a subsequent criminal case. This legislation reflects the state's interest in having all available information before the tribunal so that a proper determination in that case can be made. This state interest is achieved in derogation of the common law rule protecting a witness from answering a question on the basis of the right against self-incrimination.

dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

Le paragraphe 4(1) assure le maintien de la règle de common law de la non-contraignabilité à témoigner au stade de l'enquête, sous réserve de toute modification y apportée par une loi donnée. Il a en outre pour effet de rendre l'accusé habile à témoigner pour assurer sa propre défense à son procès, sans pour autant en faire un témoin contraignable par le ministère public. L'article 5 a pour effet d'abolir la règle de common law permettant à un témoin de refuser de répondre à une question pour le motif que sa réponse tendrait à l'incriminer et d'y substituer la règle qui oblige le témoin à répondre à la question, mais qui interdit l'utilisation de sa réponse dans le cadre de poursuites criminelles ultérieures. Ces dispositions législatives reflètent l'intérêt qu'a l'État à ce que tous les renseignements disponibles soient produits devant le tribunal afin que l'affaire puisse être tranchée régulièrement. Cet intérêt de l'État est servi au moyen d'une dérogation à la règle de common law qui autorise un témoin à refuser de répondre à une question en invoquant son droit à la protection contre l'auto-incrimination.

I pause at this point to consider the development of the law in two other jurisdictions which share many of the same values as we do, the United States and Australia.

(iii) *The Position in the United States*

The Fifth Amendment to the United States Constitution provides in part:

No person . . . shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself

Once a person claims the benefit of this provision, he need not answer the question put to him.

The underlying rationale behind the Fifth Amendment reflects the draftsmen's awareness of the situation in England. Frankfurter J. made this point in *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422 (1956), at pp. 426 and 428:

[The Fifth Amendment] registers an important advance in the development of our liberty—"one of the great

J'interromps ici mon analyse pour examiner l'évolution du droit dans deux autres pays qui partagent un bon nombre de nos valeurs, savoir les États-Unis et l'Australie.

(iii) *La position américaine*

g Le Cinquième amendement de la Constitution des États-Unis porte notamment:

[TRADUCTION] Nul ne se verra forcé de témoigner contre lui-même dans aucune affaire criminelle

h Dès lors qu'une personne se prévaut de cette disposition, elle n'a pas à répondre aux questions qu'on lui pose.

i La raison d'être fondamentale du Cinquième amendement traduit la conscience qu'avaient ses rédacteurs de la situation qui régnait en Angleterre. Le juge Frankfurter le souligne d'ailleurs dans la décision *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422 (1956), aux pp. 426 et 428:

[TRADUCTION] [Le Cinquième amendement] marque un progrès important dans le développement de notre

landmarks in man's struggle to make himself civilized." Time has not shown that protection from the evils against which this safeguard was directed is needless or unwarranted. This constitutional protection must not be interpreted in a hostile or niggardly spirit. Too many, even those who should be better advised, view this privilege as a shelter for wrongdoers . . .

a liberté—il fait époque dans la lutte de l'homme pour se civiliser». Avec le temps, la protection contre les maux que cette disposition était destinée à écarter ne s'est avérée ni inutile ni injustifiée. Ce n'est pas dans un esprit d'hostilité ni de mesquinerie que doit s'interpréter cette protection constitutionnelle. Trop nombreux en effet sont ceux, même parmi les gens qui devraient être mieux avisés, qui considèrent ce privilège comme protégeant les malfaiteurs . . .

b

No doubt the constitutional privilege may, on occasion, save a guilty man from his just deserts. It was aimed at a more far-reaching evil—a recurrence of the Inquisition and the Star Chamber, even if not in their stark brutality. Prevention of the greater evil was deemed of more importance than occurrence of the lesser evil. Having had much experience with a tendency in human nature to abuse power, the Founders sought to close the doors against like future abuses by law-enforcing agencies.

c Nul doute que la protection accordée par la Constitution peut parfois faire échapper un coupable au châtiment qu'il mérite. Cette protection vise toutefois à éviter un mal beaucoup plus grave, celui de la réapparition de l'Inquisition et de la Chambre Étoilée, même sous une forme bien moins brutale. La prévention du plus grand mal a été jugée plus importante que la survenance du moindre mal. Ayant eu amplement l'occasion de constater par eux-mêmes la tendance chez les êtres humains à abuser de leurs pouvoirs, les fondateurs ont cherché à exclure pour l'avenir la possibilité de tels abus par les organismes chargés de l'application des lois.

However, the United States Congress recognized that there were certain cases in which it was crucial that information be obtained from a witness notwithstanding that this ran afoul of the Fifth Amendment. Consequently, particular pieces of legislation were passed which compelled a witness to answer all questions put to him but which protected or immunized the witness to varying degrees from the use of such elicited evidence. The reasoning was that if the immunity was co-extensive with the Fifth Amendment right, then no breach of the Constitution would occur. The United States Supreme Court has ruled that "use immunity", an immunity provision comparable to that contained in s. 5 of the *Canada Evidence Act*, was not co-extensive with the Fifth Amendment right and was unconstitutional: see *Albertson v. Subversive Activities Control Board*, 382 U.S. 70 (1970). The reason for this was that governmental investigators could rely on the testimony extracted in order to obtain derivative evidence implicating the witness. However, the court has ruled that the legislature need not go so far as to grant the witness full "transactional immunity". In *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972), the court

d e f g h i j Le Congrès des États-Unis a toutefois reconnu l'existence de cas où il était d'importance capitale qu'on obtienne des renseignements d'un témoin, bien que cela aille à l'encontre du Cinquième amendement. Ont été adoptés en conséquence certains textes législatifs qui imposaient aux témoins l'obligation de répondre à toutes les questions qu'on leur posait, mais qui leur accordaient une protection ou une immunité plus ou moins grande contre l'utilisation des éléments de preuve ainsi recueillis. On se disait que si l'immunité correspondait au droit conféré par le Cinquième amendement, il n'y aurait pas de violation de la Constitution. La Cour suprême des États-Unis a statué que [TRADUCTION] «l'immunité contre l'utilisation de la preuve», une immunité comparable à celle prévue à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ne correspondait pas au droit conféré par le Cinquième amendement et était, par conséquent, inconstitutionnelle: voir *Albertson v. Subversive Activities Control Board*, 382 U.S. 70 (1970). La raison à cela était que les enquêteurs gouvernementaux pouvaient à partir du témoignage arraché au témoin obtenir une preuve dérivée l'incriminant. La cour a toutefois dit que le législateur n'est pas tenu d'aller jusqu'à accorder au témoin une [TRADUCTION] «immunité» totale

ruled that "use and derivative use" immunity was co-extensive with the Fifth Amendment.

(iv) *The Position in Australia*

Australia inherited the common law of England as did Canada. However, Australia did not enact a general provision comparable to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Thus, the common law rights retain their vigour in Australia unless they are abrogated by specific legislation. The Australian High Court has recently had occasion to consider the scope of the common law rights in two judgments *Pyneboard Proprietary Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 152 C.L.R. 328 and *Sorby v. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281. In the latter case, a majority of the court ruled, in line with recent American authority, that the right against self-incrimination extends to protect a witness from the use of derivative evidence as well as the use of the testimony itself. At page 294, Gibbs C.J. stated:

In the absence of binding authority the matter must be approached from the standpoint of principle. If a witness is compelled to answer questions which may show that he has committed a crime with which he may be charged, his answers may place him in real and appreciable danger of conviction, notwithstanding that the answers themselves may not be given in evidence. The traditional objection that exists to allowing the executive to compel a man to convict himself out of his own mouth applies even when the words of the witness may not be used as an admission. It is a cardinal principle of our system of justice that the Crown must prove the guilt of an accused person, and the protection which that principle affords to the liberty of the individual will be weakened if power exists to compel a suspected person to confess his guilt. Moreover the existence of such a power tends to lead to abuse and to "the concomitant moral deterioration in methods of obtaining evidence and in the general administration of justice": *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act 1957 (Saskatchewan)*.

«à l'égard d'une affaire donnée». Dans l'arrêt *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972), la cour a jugé que l'immunité contre [TRADUCTION] «l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée» correspond à la protection accordée par le Cinquième amendement.

(iv) *La position australienne*

L'Australie, comme le Canada, a hérité de la common law d'Angleterre. Elle n'a cependant pas adopté de disposition générale comparable à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il s'ensuit qu'en Australie les droits découlant de la common law conservent toute leur force, à moins d'être abrogés par un texte législatif donné. Dans deux affaires récentes, la Haute Cour de l'Australie a eu l'occasion d'examiner l'étendue des droits résultant de la common law: *Pyneboard Proprietary Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 152 C.L.R. 328 et *Sorby v. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281. Dans cette dernière affaire, la cour à la majorité a statué, conformément à la jurisprudence américaine récente, que le droit à la protection contre l'auto-incrimination va jusqu'à mettre un témoin à l'abri tant de l'utilisation d'une preuve dérivée que de l'utilisation de son témoignage lui-même. Le juge en chef Gibbs affirme, à la p. 294:

[TRADUCTION] À défaut d'une décision liant la cour, la question doit être abordée du point de vue des principes. Si un témoin est contraint de répondre à des questions pouvant démontrer qu'il a commis un crime dont il pourra se voir inculpé, ses réponses pourront l'exposer à un danger réel et appréciable d'un verdict de culpabilité, bien que les réponses elles-mêmes ne puissent être produites en preuve. Le motif traditionnellement invoqué pour ne pas permettre au pouvoir exécutif de contraindre un témoin à établir sa culpabilité par ses propres paroles vaut même lorsque ses propos ne peuvent être utilisés à titre d'aveu. C'est un principe fondamental dans notre système de justice que le ministère public doit prouver la culpabilité d'un accusé, et la protection de la liberté individuelle qu'assure ce principe se trouvera affaiblie s'il existe un pouvoir de contraindre un suspect à avouer sa culpabilité. Par ailleurs, l'existence d'un tel pouvoir tend à amener des abus ainsi qu'une «détérioration morale concomitante des méthodes employées pour obtenir des éléments de preuve et de l'administration de la justice en général»: *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Saskatchewan)*.

The right against compellability and the right against self-incrimination are thus fundamental precepts of democratic societies which respect individual rights and freedoms. These rights derived from the unacceptable practices of certain courts in England centuries ago wherein these courts did not specify with any particularity the charge the accused was facing, yet required him to answer questions under oath in response to it. Undoubtedly, prosecutors to-day are required to specify with particularity the charge against the accused. Yet the rights have survived to a greater or lesser extent in several jurisdictions. Clearly, the underlying rationale for the rights has shifted. It seems opportune therefore to consider what the modern rationale is. It may assist us in determining the ambit of the principles of fundamental justice.

Wigmore, *op. cit.*, lists twelve possible justifications for the continued existence of the rights which he considers to be one broad right (at pp. 310-18):

(1) It protects the innocent defendant from convicting himself by a bad performance on the witness stand.

(2) It avoids burdening the courts with false testimony.

(3) It encourages third-party witnesses to appear and testify by removing the fear that they might be compelled to incriminate themselves.

(4) The privilege is a recognition of the practical limits of governmental power; truthful self-incriminating answers cannot be compelled, so why try.

(5) The privilege prevents procedures of the kinds used by the infamous courts of Star Chamber, High Commission and Inquisition.

(6) It is justified by history, whose tests it has stood; the tradition which it has created is a satisfactory one.

Le droit de ne pas être contraint de témoigner et le droit à la protection contre l'auto-incrimination représentent donc des préceptes fondamentaux dans des sociétés démocratiques respectueuses des droits et libertés individuels. Il s'agit de droits qui dérivent des pratiques inacceptables suivies par certains tribunaux anglais il y a plusieurs siècles, pratiques selon lesquelles lesdits tribunaux, tout en ne précisant pas l'accusation pesant contre l'inculpé, lui demandaient pourtant de répondre sous serment à des questions concernant cette accusation. Certes, les poursuivants d'aujourd'hui sont tenus de préciser en détail l'accusation portée contre l'inculpé. Néanmoins, les droits ont subsisté dans une mesure plus ou moins grande dans plusieurs ressorts. De toute évidence, leur raison d'être fondamentale a changé. Il me semble donc opportun d'en examiner la raison d'être actuelle, car cela pourra nous aider à déterminer la portée des principes de justice fondamentale.

Wigmore, *op. cit.*, énumère douze raisons possibles pour lesquelles les droits en question, qu'il considère comme formant un seul droit général, continuent d'exister (aux pp. 310 à 318):

[TRADUCTION] (1) Il protège le défendeur innocent contre une déclaration déculpabilité fondée sur sa mauvaise performance à la barre des témoins.

(2) Il permet d'éviter d'encombrer les tribunaux de faux témoignages.

(3) Il encourage les tierces personnes à comparaître pour témoigner en leurlevant la crainte qu'elles ne soient contraintes de s'incrimer elles-mêmes.

(4) Le privilège en question est une reconnaissance des limites d'ordre pratique imposées au pouvoir gouvernemental; comme on ne peut contraindre un témoin à donner des réponses véridiques tendant à l'incriminer, à quoi bon essayer?

(5) Ce privilège vient empêcher des procédures du genre de celles auxquelles avaient recours les infâmes tribunaux de la Chambre Étoilée, de la *High Commission* et de l'Inquisition.

(6) Il est justifié par l'histoire, dont il a su résister aux épreuves; la tradition qu'il a créée est satisfaisante.

(7) The privilege preserves respect for the legal process by avoiding situations which are likely to degenerate into undignified, uncivilized and regrettable scenes.

(8) It spurs the prosecutor to do a complete and competent independent investigation.

(9) The privilege aids in the frustration of "bad laws" and "bad procedures," especially in the area of political and religious belief.

[(10) It] protects the individual from being prosecuted for crimes of insufficient notoriety or seriousness to be of real concern to society.

(11) The privilege prevents torture and other inhumane treatment of a human being.

(12) The privilege contributes toward a fair state-individual balance by requiring the government to leave the individual alone until good cause is shown for disturbing him and by requiring the government in its contest with the individual to shoulder the entire load.

Wigmore favoured the last two of these policy justifications, stating at p. 318:

In summary, it should be reiterated that the policy underpinning the privilege is anything but clear and it can be noted that the privilege is in fact used for all sorts of reasons, most of them having little or no relation to any tenable theory as to its purpose. The significant purposes . . . are two: The first is to remove the right to an answer in the hard cores of instances where compulsion might lead to inhumanity, the principal inhumanity being abusive tactics by a zealous questioner (Reason (11) *supra*). The second is to comply with the prevailing ethic that the individual is sovereign and that proper rules of battle between government and individual require that the individual not be bothered for less than good reason and not be conscripted by his opponent to defeat himself (Reason (12) *supra*). [Emphasis added.]

This Court had an opportunity to consider the rationale underlying ss. 11(c) and 13 in *Dubois v.*

(7) Ce privilège assure le respect du processus juridique en permettant de parer à des situations qui dégénèrent probablement en de regrettables scènes indignes et barbares.

a (8) Il incite le poursuivant à effectuer une enquête complète et indépendante et à le faire d'une manière compétente.

b (9) Le privilège en question contribue à faire échec aux «mauvaises lois» et aux «procédures irrégulières», surtout dans les domaines des opinions politiques et des croyances religieuses.

c [(10) II] protège les particuliers contre des poursuites pour des crimes d'une infamie et d'une gravité insuffisantes pour que la société s'en préoccupe vraiment.

d (11) Il s'agit d'un privilège qui vient empêcher la torture et tout autre traitement inhumain pouvant être infligé aux êtres humains.

e (12) Il s'agit d'un privilège qui contribue à créer un juste équilibre entre l'État et les particuliers, en exigeant que le gouvernement laisse les gens tranquilles tant qu'on n'a pas établi de motifs valables de les déranger et en obligeant le gouvernement à assumer toute la charge de la preuve dans les poursuites qu'il exerce contre des particuliers.

f Wigmore préférait les deux dernières de ces justifications de principe, disant, à la p. 318:

[TRADUCTION] En résumé, répétons que la politique sous-jacente au privilège en question est loin d'être claire et on constate qu'il est invoqué pour toutes sortes de raisons, dont la plupart n'ont peu ou point de rapport avec quelque théorie soutenable quant à son objet. Les principaux objets [...] sont au nombre de deux. Le premier est la suppression du droit à une réponse dans les cas extrêmes où la contrainte risque d'aboutir à une inhumanité dont la principale est le recours à des tactiques abusives par un interrogateur zélé (raison (11), précitée). Le second est d'assurer le respect du principe ayant actuellement cours, qui porte que l'individu est souverain et que selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un particulier, celui-ci ne doit être dérangé que pour un motif valable et ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite (raison (12), précitée). [Je souligne.]

j Dans l'affaire *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, notre Cour a eu l'occasion d'examiner

The Queen, [1985] 2 S.C.R. 350. In that case the issue was whether the Crown could tender statements made by the accused at his first trial in a subsequent retrial. Lamer J., for the majority, felt that ss. 11(c) and 13 were integrally linked with s. 11(d), which provides the right of a person charged with an offence to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal. Lamer J. stated at pp. 357-58:

Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or by calling other evidence. As Laskin J. (as he then was) wrote in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, at p. 317:

The "right to be presumed innocent" . . . is, in popular terms, a way of expressing the fact that the Crown has the ultimate burden of establishing guilt; if there is any reasonable doubt at the conclusion of the case on any element of the offence charged, an accused person must be acquitted. In a more refined sense, the presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right of silence and the ultimate benefit (after the Crown's evidence is in and as well any evidence tendered on behalf of the accused) of any reasonable doubt: see *Coffin v. U.S.* (1895), 156 U.S. 432 at 452.

The Crown's "burden of establishing guilt" and the "right of silence", i.e., the concept of a "case to meet", which are essential elements of the presumption of innocence, also underlie the non-compellability right. For, as Professor Ratushny has written,

In many ways, it is the principle of a "case to meet" which is the real underlying protection which the "non-compellability" rule seeks to promote. The important protection is not that the accused need not testify, but that the Crown must prove its case before there can be any expectation that he will respond, whether by testifying himself, or by calling other evidence. However, even where a "case to meet" has been presented, the burden of proof remains upon the Crown to the end.

la raison d'être de l'al. 11c) et de l'art. 13. La question en litige dans cette affaire était de savoir si le ministère public pouvait produire en preuve dans le cadre d'un nouveau procès des déclarations faites par l'accusé à son premier procès. Le juge Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, a estimé que l'al. 11c) et l'art. 13 étaient intimement reliés à l'al. 11d) qui énonce le droit d'un inculpé d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable. Le juge Lamer dit, aux pp. 357 et 358:

L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins. Comme le juge Laskin (plus tard Juge en chef) l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, à la p. 317:

Le «droit à la présomption d'innocence» . . . signifie, en termes populaires, que le fardeau ultime d'établir la culpabilité incombe au ministère public. Si, à la fin des plaidoiries, il existe un doute raisonnable relativement à tout élément de l'accusation, le prévenu doit être acquitté. Plus précisément, la présomption d'innocence donne au prévenu l'avantage initial du droit au silence et l'avantage ultime (après la présentation de la preuve du ministère public et de toute autre preuve pour le compte du prévenu) de tout doute raisonnable: voir *Coffin v. U.S.* (1895), 156 U.S. 432 à la p. 452.

Le fardeau qui incombe à la poursuite «d'établir la culpabilité», et le «droit au silence», c.-à-d. l'obligation de présenter une «preuve complète» qui constituent les éléments essentiels de la présomption d'innocence, sont également sous-jacents au droit de ne pas être obligé de témoigner. Ainsi comme l'a écrit le professeur Ratushny:

À plusieurs égards, l'obligation pour la Couronne de présenter une «preuve complète» constitue au fond, la véritable protection que veut atteindre la règle interdisant de contraindre l'accusé à témoigner. Ce n'est pas le fait que l'accusé ne soit pas obligé de témoigner qui le protège mais le fait que la Couronne soit obligée de prouver l'accusation avant qu'on s'attende à une réaction de sa part, soit qu'il témoigne lui-même, qu'il fasse entendre d'autres témoins ou qu'il présente toute autre preuve. Même lorsque la Couronne a présenté une «preuve complète» elle conserve jusqu'à la fin le fardeau de la preuve.

Hence, the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(c) prohibits. It guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings.

Having reviewed the historical origins of the rights against compellability and self-incrimination and the policy justifications advanced in favour of their retention in more modern times, I conclude that their preservation is prompted by a concern that the privacy and personal autonomy and dignity of the individual be respected by the state. The state must have some justification for interfering with the individual and cannot rely on the individual to produce the justification out of his own mouth. Were it otherwise, our justice system would be on a slippery slope towards the creation of a police state. Thus, once a charge has been laid, the privacy and autonomy of the accused is protected by s. 11(c) of the *Charter* which, in conjunction with s. 11(d) of the *Charter*, requires the Crown to produce a case for the accused to meet.

At the same time, the importance of getting at the truth in any proceedings, criminal or otherwise, must be recognized. Otherwise our justice system might grind to a halt through important evidence not being brought forward. This goal, however, must remain subservient to the protection of the fundamental rights of the accused. It is for this reason that, while s. 11 does not speak to the non-compellability of all individuals, s. 13 protects individuals compelled to testify in proceedings which have a legitimate adjudicative purpose from the use of their testimony in other proceedings in which they are the accused.

The question then arises whether ss. 11(c) and 13 adequately reflect the basic tenets of our justice system. Do they afford the level of protection the

Par conséquent, l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c et d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11c) interdit. Cet article garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures.

Mon étude des origines historiques du droit de ne pas être contraint de témoigner et du droit à la protection contre l'auto-incrimination ainsi que mon examen des raisons de principe avancées pour justifier leur maintien à l'époque moderne m'amènent à conclure que leur préservation tient au souci de veiller à ce que l'État respecte la vie privée, l'autonomie personnelle et la dignité de ses citoyens. L'État ne saurait déranger un particulier sans justification et ne peut compter sur ce dernier pour fournir cette justification de sa propre bouche. S'il en était autrement, notre système de justice se trouverait à glisser inévitablement vers la création d'un régime policier. Donc, du moment qu'une accusation est portée, la vie privée et l'autonomie de l'accusé sont protégées par l'al. 11c) de la *Charte* qui, conjugué à l'al. 11d) de la *Charte*, impose au ministère public l'obligation de produire des éléments de preuve auxquels l'accusé pourra répondre.

Il faut en même temps reconnaître l'importance d'établir la vérité dans n'importe quelles procédures, qu'elles soient criminelles ou autres. Sinon notre système de justice pourrait être paralysé en raison de l'omission de produire des éléments de preuve importants. Cet objectif doit toutefois demeurer subordonné à la protection des droits fondamentaux de l'accusé. C'est la raison pour laquelle, bien que l'art. 11 n'accorde pas à tous le droit de ne pas être contraints de témoigner, l'art. 13 assure aux personnes obligées de témoigner dans le cadre de procédures ayant un objet judiciaire légitime une protection contre l'utilisation de leur témoignage dans d'autres procédures où elles ont été mises en accusation.

On peut alors se demander si l'al. 11c) et l'art. 13 reflètent adéquatement les préceptes fondamentaux de notre système de justice. Offrent-ils le

principles of fundamental justice require? If they are adequate for this purpose, then there is no room for any residual protection under s. 7. If they are not adequate, what is the scope of any residual protection under s. 7?

The first question then is are ss. 11(c) and 13 adequate to ensure fundamental justice within the meaning of s. 7? I note first that s. 11(c) only protects against testimonial compulsion an accused "charged with an offence". It affords no protection against such compulsion to a suspect being interrogated prior to any charge being laid. This raises the question whether the state should be allowed to do indirectly what it cannot do directly. Can a suspect be compelled to testify at a pre-trial proceeding which may lead to his being charged with a criminal offence on the basis of such compelled testimony when he cannot be compelled to give that testimony at the trial itself? If he is not protected against this by s. 11(c) because he was not a person charged with the offence at the time he made the incriminating statements, is this covered by a residual protection in s. 7?

It is argued that the answer is no because this situation is covered by s. 13. Section 13 precludes incriminating testimony given by a witness "in any proceedings" from being used "in any other proceedings" subject to the prescribed exceptions. Accordingly, if the suspect makes an incriminating statement in the context of a "proceeding" protection against self-incrimination is provided in s. 13 and there is no need to import such protection into s. 7. It is suggested that the word "proceedings" should be given a large and liberal interpretation so as to cover any kind of proceeding, whether adjudicative or investigative. This would be consistent with the principle of *Charter* interpretation that we construe rights guaranteed in the *Charter* so as to provide maximum protection to the citizen. Thus, s. 13 protects the witness who incriminates himself in earlier proceedings. The appellants would, therefore, have the benefit of the s. 13 protection in testifying before the inquiry being conducted by the Director.

degré de protection qu'exigent les principes de justice fondamentale? S'ils sont adéquats à cette fin, il n'y a pas de place pour une protection résiduelle conférée par l'art. 7. S'ils ne le sont pas, quelle est l'étendue de la protection résiduelle accordée par l'art. 7?

La première question est donc de savoir si l'al. 11c) et l'art. 13 sont suffisants pour assurer la justice fondamentale au sens de l'art. 7. Je souligne d'abord que l'al. 11c) ne soustrait que les personnes «inculpé[es]» à l'obligation de témoigner. Il ne soustrait aucunement à une telle obligation un suspect qui subit un interrogatoire avant qu'une accusation ne soit portée. Cela soulève la question de savoir s'il devrait être permis à l'État de faire indirectement ce qu'il ne saurait faire directement. Un suspect peut-il être forcé de témoigner lors d'une procédure préalable au procès qui peut entraîner une accusation d'infraction criminelle fondée sur ce témoignage forcé, alors qu'il ne peut être forcé à témoigner au procès lui-même? Si l'alinéa 11c) ne le protège pas contre cela parce qu'il n'était pas un inculpé au moment où il a fait les déclarations incriminantes, bénéficie-t-il d'une protection résiduelle en vertu de l'art. 7?

On soutient que la réponse doit être négative parce que cette situation est visée par l'art. 13, qui, sous réserve des exceptions y prévues, interdit l'utilisation «dans d'autres procédures» d'un témoignage incriminant donné par un témoin dans des procédures antérieures. Par conséquent, si le suspect fait une déclaration incriminante dans le contexte d'une «procédure», il est protégé contre l'auto-incrimination par l'art. 13 et il n'est pas nécessaire d'introduire une telle protection dans l'art. 7. Le mot «procédures», prétend-on, devrait recevoir une interprétation large et libérale de manière à englober tous les types de procédures, qu'il s'agisse de poursuites judiciaires ou d'une enquête. Cela s'accorderait avec le principe d'interprétation de la *Charte* selon lequel nous devons interpréter les droits qui y sont garantis de manière à assurer au citoyen la plus grande protection possible. L'article 13 protège ainsi le témoin qui s'est incriminé au cours de procédures antérieures. Les appellants bénéficieraient donc de la protection de l'art. 13 en témoignant dans le cadre de l'enquête menée par le directeur.

I note in passing, although not germane to this case, that s. 13 would not appear to cover incriminating statements made to police as part of an ordinary police investigation. There must be a "proceeding" for s. 13 to apply. Section 13 would not preclude the police from building up a case against a suspect from incriminating statements made by him in the course of an ordinary police investigation. If this were to be protected against, it would presumably have to be done through s. 7 since it is not covered by either s. 11(c) or s. 13. This is not, however, our case. We are dealing with testimony given in the context of a proceeding.

Another suggested inadequacy in the protection afforded by ss. 11(c) and 13 is that neither protects against the use of derivative evidence. They protect only against testimonial compulsion and the use of the incriminating statements. Is the use of derivative evidence contrary to the principles of fundamental justice in s. 7? I think it is. I would respectfully adopt the reasoning of the United States Supreme Court in *Kastigar*, *supra*. As the court pointed out in that case, the privilege against self-incrimination, if it is to be meaningful, requires that neither the testimony nor the evidence derived from the testimony be used against the witness. I quote from p. 453 of the majority judgment:

We hold that such immunity from use and derivative use is coextensive with the scope of the privilege against self-incrimination, and therefore is sufficient to compel testimony over a claim of the privilege. While a grant of immunity must afford protection commensurate with that afforded by the privilege, it need not be broader. Transactional immunity, which accords full immunity from prosecution for the offense to which the compelled testimony relates, affords the witness considerably broader protection than does the Fifth Amendment privilege. The privilege has never been construed to mean that one who invokes it cannot subsequently be prosecuted. Its sole concern is to afford protection against being "forced to give testimony leading to the infliction of 'penalties affixed to . . . criminal acts.'" Immunity from the use of compelled testimony, as well as evidence derived directly and indirectly therefrom, affords this protection. It prohibits the prosecutorial

Je souligne en passant, bien que cela n'ait aucun rapport avec l'espèce, que l'art. 13 ne paraît pas s'appliquer aux déclarations incriminantes faites à la police au cours d'une enquête policière ordinaire. L'applicabilité de l'art. 13 est conditionnée à l'existence d'une «procédure». L'article 13 n'a pas pour effet d'empêcher la police de réunir des éléments de preuve contre un suspect en se servant de déclarations incriminantes faites par celui-ci dans le cadre d'une enquête policière ordinaire. Si cela devait faire l'objet d'une protection, c'est probablement l'art. 7 qui devrait la fournir, car ce cas n'est visé ni par l'al. 11c) ni par l'art. 13. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Il s'agit ici de témoignages donnés dans le cadre d'une procédure.

On reproche en outre à l'al. 11c) et à l'art. 13 d'assurer une protection insuffisante du fait que ni l'un ni l'autre ne protège contre l'emploi d'une preuve dérivée. Ils ne protègent que contre l'obligation de témoigner et l'utilisation des déclarations incriminantes. Or, l'utilisation de la preuve dérivée va-t-elle à l'encontre des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7? Je crois que oui. J'adopte en toute déférence le raisonnement de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Kastigar*, précitée. Comme la cour l'a souligné dans cette affaire, le privilège de ne pas s'incriminer n'a de sens que s'il est interdit d'utiliser contre le témoin non seulement son témoignage, mais aussi la preuve qui en dérive. Je reproduis un extrait de la p. 453 des motifs de la majorité:

[TRADUCTION] Nous concluons que l'étendue de l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée correspond à celle du privilège de ne pas s'incriminer et que cette immunité suffit en conséquence pour que l'obligation de témoigner l'emporte sur une revendication du privilège. Si l'immunité accordée doit fournir une protection équivalant à celle offerte par le privilège, il n'est pas nécessaire que cette protection soit plus grande. L'immunité à l'égard d'une affaire donnée, qui met entièrement à l'abri de poursuites pour l'infraction à laquelle se rapporte le témoignage forcé, fait bénéficier le témoin d'une protection sensiblement plus grande que celle du privilège garanti par le Cinquième amendement. Ce privilège n'a jamais été interprété de manière à signifier que la personne qui l'invoque ne peut pas être poursuivie par la suite. Il a pour seul objet de fournir une protection contre le fait d'être «contraint de donner un témoignage entraînant l'imposition de «sanctions rat-

authorities from using the compelled testimony in *any* respect, and it therefore insures that the testimony cannot lead to the infliction of criminal penalties on the witness. [Emphasis in original.]

It seems to me that in order to prevent a suspect from being conscripted against himself in a criminal or quasi-criminal proceeding (which would clearly include a charge of predatory pricing under the *Combines Investigation Act*), the suspect must be protected against the use of evidence derived from testimony given at the earlier investigatory proceeding as well as against the use of the testimony itself. Otherwise the suspect is convicted, metaphorically if not literally, out of his own mouth. He has, as the U.S. Supreme Court put it, through the use of the derivative evidence been "forced to give testimony leading to the infliction of 'penalties affixed to . . . criminal acts'".

My colleague, La Forest J., advocates a flexible approach to the admission of derivative evidence. He sees a solution to the problem in s. 24(2) of the *Charter* and the principles enunciated thereunder by this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. He points out that the trial judge has a discretion under s. 24(2) whether or not to admit "real" evidence (which for the purpose of his analogy my colleague equates to derivative evidence) if to do so would be unfair to the accused. With respect, I see no analogy between the two situations. The judge's discretion under s. 24(2) is no guarantee of protection against the use of derivative evidence obtained as a result of a witness's compelled testimony. It is merely a discretion and one which is required to be exercised on a very specific basis, namely whether or not the admission of the evidence would bring the administration of justice into public disrepute. The public repute of justice is not the relevant consideration in determining whether derivative evidence should be excluded on the ground that it was

tachées à . . . des actes criminels.» L'immunité contre l'utilisation d'un témoignage forcé et contre l'utilisation de la preuve directement ou indirectement dérivée de ce témoignage assure cette protection. C'est une immunité *a* qui interdit à la poursuite de se servir de quelque manière que ce soit d'un témoignage forcé, ce qui permet d'assurer que ce témoignage ne peut entraîner l'imposition au témoin de sanctions criminelles. [En italique dans l'original.]

b Il me semble que, pour empêcher qu'un suspect soit obligé de devenir son propre adversaire dans une procédure criminelle ou quasi criminelle (ce qui comprend évidemment une accusation de fixation de prix déraisonnable bas portée en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*), celui-ci doit être protégé contre l'utilisation de toute preuve dérivée du témoignage qu'il a donné au cours de la procédure d'enquête antérieure, *c* ainsi que contre l'utilisation du témoignage lui-même. Autrement, ce serait le suspect qui, figurément, sinon littéralement, se déclarerait coupable de sa propre bouche. Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis, il aurait, par l'utilisation *d* de la preuve dérivée, été «contraint de donner un témoignage entraînant l'imposition de «sanctions rattachées à . . . des actes criminels».

Mon collègue le juge La Forest propose d'aborder de façon souple l'utilisation de la preuve dérivée. Il voit une solution au problème dans le par. 24(2) de la *Charte* et dans les principes que notre Cour a énoncés relativement à ce paragraphe dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Il souligne que le juge du procès a, en vertu du par. 24(2), le pouvoir discrétionnaire d'utiliser ou non une preuve «matérielle» (que mon collègue assimile à une preuve dérivée aux fins de son analogie) si le faire serait inéquitable pour l'accusé. En toute déférence, je ne vois aucune analogie entre les deux situations. Le pouvoir discrétionnaire que possède le juge en vertu du par. 24(2) ne protège aucunement contre l'utilisation de la preuve dérivée obtenue à la suite de la déposition forcée d'un témoin. Il ne s'agit que d'un simple pouvoir discrétionnaire qui ne doit être exercé que dans des circonstances très précises, c'est-à-dire si l'utilisation *e* de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux du public. L'opinion qu'a le public de la justice n'est pas le

obtained as a direct result of testimonial compulsion in violation of the principles of fundamental justice. That exclusion must be a matter of principle and of right, not of discretion. It should be noted also that the derivative evidence we are concerned with is precisely that. It is derivative. There is a direct causal relationship between the compelled testimony and the derivative evidence. Unlike the situation under s. 24(2) where this Court has held that causality is not a pre-requisite to admissibility (see *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, causality is the *sine qua non* of derivative evidence. This is why, as pointed out in *Kastigar, supra*, the privilege against self-incrimination, if it is to be meaningful, requires that neither the testimony nor the evidence derived from it can be used against the witness.

I conclude, therefore, that s. 7 protects the witness in a subsequent criminal proceeding against the use of evidence derived from testimony given by him in an earlier proceeding, which protection is not available under either ss. 11(c) or 13. Where a person's right to life, liberty and security of the person is either violated or threatened, the principles of fundamental justice require that such evidence not be used in order to conscript the person against himself.

It was vigorously argued by the respondents in this Court that to find such protection in s. 7 would result in a marked extension of the law as it has existed in Canada for nearly a century and that such a change could not therefore be mandated by a principle of fundamental justice or the basic tenets of our justice system. The respondents assert that the law in this area is properly reflected in ss. 4 and 5 of the *Canada Evidence Act*. I do not find this argument persuasive. As the appellants point out, legislation must conform to the *Charter*, not the reverse, regardless of how longstanding the legislation is. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* makes this clear:

bon facteur à considérer pour déterminer si la preuve dérivée devrait être exclue pour le motif qu'elle résulte directement de la contrainte de témoigner qui a été exercée contrairement aux principes de justice fondamentale. Cette exclusion doit être une question de principe et de droit, et non de discrétion. Il faudrait aussi noter que c'est ce qu'est précisément la preuve dérivée qui nous intéresse. Il y a un lien de causalité direct entre le témoignage forcé et la preuve dérivée. Contrairement à la situation qui existe en vertu du par. 24(2), où notre Cour a conclu que le lien de causalité n'est pas une condition préalable de l'admissibilité (voir *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, le lien de causalité est la condition *sine qua non* de la preuve dérivée. Voilà pourquoi, comme on l'a souligné dans l'arrêt *Kastigar*, précité, le privilège de ne pas s'incriminer, s'il doit avoir un sens, exige que ni la déposition ni la preuve qui en dérive ne puissent être utilisées contre le témoin.

Je conclus en conséquence que l'art. 7 protège le témoin dans toute procédure criminelle ultérieure contre l'utilisation d'éléments de preuve dérivés du témoignage qu'il a donné dans une procédure antérieure, protection que n'accorde ni l'al. 11c) ni l'art. 13. Lorsque le droit d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne est violé ou menacé, les principes de justice fondamentale requièrent qu'on ne se serve pas de cette preuve pour faire de cet individu son propre adversaire.

Les intimés ont soutenu énergiquement en notre Cour que, si l'art. 7 était interprété comme conférant une telle protection, cela entraînerait une extension appréciable de la portée de la règle de droit qui s'applique au Canada depuis presque un siècle, et qu'un pareil changement ne pouvait donc être commandé ni par un principe quelconque de justice fondamentale ni par les préceptes fondamentaux de notre système de justice. D'après les intimés, ce sont les art. 4 et 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui énoncent la règle de droit applicable dans ce domaine. Cet argument me paraît peu convaincant. Comme le soulignent les appellants, ce sont les lois, pour anciennes qu'elles soient, qui doivent se conformer à la *Charte*, et non pas l'inverse. Voilà ce qui se dégage nettement de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

This Court has struck down several pieces of legislation despite their longevity: see, for example, *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, in which the *Lord's Day Act* fell, *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, in which s. 251 of the *Criminal Code* was struck down and *Hunter v. Southam Inc., supra*, in which search and seizure provisions in existence since 1923 were held to be unreasonable in 1984. I do not doubt, of course, that the longevity of a statute is a factor to be taken into account when identifying the principles of fundamental justice. However, it is far from being the determining factor. My research into the development of the common law in this area indicates that broader *Charter* protection is warranted at the investigatory stage than that provided by the *Canada Evidence Act*.

The respondents also submitted, and this position was supported by some of the intervening Attorneys General, that any right of non-compellability or right against self-incrimination would arise only at a subsequent criminal trial (if one were instituted) and not at the pre-trial investigatory stage. They argued that the appropriate time for the witness to claim protection against self-incrimination is when the evidence objected to is later sought to be introduced in a criminal proceeding against the witness *qua* accused. Accordingly, they submitted, it is unnecessary to deal with the scope of the protection at this time. With respect, this completely overlooks the fact that it is the validity of the empowering legislation which is being challenged under s. 7 of the *Charter*. The witness is surely entitled to know whether the legislation under which he is being compelled to testify is constitutionally valid or not.

If I am correct in the conclusions I have reached, does s. 17 of the *Combines Investigation Act* violate s. 7 of the *Charter*? In my opinion it

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Notre Cour a invalidé plusieurs textes législatifs en dépit de leur ancienneté: voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, dans lequel la *Loi sur le dimanche* a été déclarée invalide, l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, dans lequel l'art. 251 du *Code criminel* a été invalidé, ainsi que l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, dans lequel des dispositions relatives aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies en vigueur depuis 1923 ont été jugées abusives en 1984. Il va sans dire que je ne doute pas que l'ancienneté d'une loi est un facteur à prendre en considération lorsqu'il s'agit de dégager les principes de justice fondamentale. Ce facteur est toutefois loin d'être déterminant. Il ressort de mes recherches sur l'évolution de la common law dans ce domaine qu'il y a lieu d'accorder en vertu de la *Charte* une protection plus générale à l'étape de l'enquête que celle offerte par la *Loi sur la preuve au Canada*.

Les intimés ont également fait valoir, ce qui a reçu l'appui de certains procureurs généraux intervenants, que tout droit de ne pas être contraint de témoigner ou tout droit à la protection contre l'auto-incrimination ne prendrait naissance qu'à un procès criminel subséquent (si un tel procès est intenté) et non au stade de l'enquête préalable au procès. Il ont soutenu que le moment où le témoin doit réclamer la protection contre l'auto-incrimination est celui où on cherche à introduire la preuve à laquelle il s'oppose dans des procédures criminelles engagées contre le témoin en sa qualité d'accusé. Par conséquent, selon eux, il n'est pas nécessaire d'examiner la portée de la protection à ce moment-ci. En toute déférence, cela fait complètement abstraction du fait que c'est la validité de la disposition législative habilitante qui est contestée en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Le témoin a sûrement le droit de savoir si la disposition législative en vertu de laquelle on l'oblige à témoigner est constitutionnelle ou non.

À supposer que mes conclusions soient exactes, l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* viole-t-il l'art. 7 de la *Charte*? À mon

does to the extent it permits the Director to compel suspects to testify in an investigatory proceeding so as to build up a case against themselves through their own self-incriminating testimony and evidence derived from such testimony. Section 17 expressly contemplates that such evidence may be forwarded by the Director to the Attorney General of Canada with a view to possible prosecution for a criminal offence. Although s. 20(2) of the Act protects a witness who testifies under s. 17 from use of the testimonial evidence in a subsequent prosecution if one takes place, it does not protect the witness against use of the derivative evidence. Accordingly, s. 17 violates the residual s. 7 right of an individual not to be compelled to testify in an investigatory proceeding with a view to possible subsequent prosecution absent legislative assurance that any derivative evidence obtained as a result of his testimony cannot be used against him in such prosecution.

Section 1 of the Charter

Having found that s. 17 of the Act violates s. 7 of the *Charter* it remains to be seen whether it can be justified under s. 1. Section 1 of the *Charter* provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, enunciated on behalf of the Court the tests which must be satisfied before legislation can be upheld under s. 1 of the *Charter*. He stated at pp. 138-39:

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and

avis, il viole cet article dans la mesure où il autorise le directeur à contraindre des suspects à témoigner dans le cadre d'une procédure d'enquête afin de réunir des éléments de preuve contre eux-mêmes par leur propres témoignages incriminants et par la preuve dérivée de ces témoignages. L'article 17 prévoit expressément que le directeur peut faire tenir ces éléments de preuve au procureur général du Canada en vue de poursuites éventuelles pour une infraction criminelle. Quoique le par. 20(2) de la Loi protège un témoin qui dépose en vertu de l'art. 17 contre l'utilisation de son témoignage dans le cadre de poursuites ultérieures, s'il en est, il ne lui offre aucune protection contre l'utilisation de la preuve dérivée. Il s'ensuit donc que l'art. 17 viole le droit résiduel d'un individu de ne pas être contraint de témoigner au cours d'une procédure d'enquête en vue de l'engagement éventuel de poursuites, à défaut d'une garantie législative portant interdiction d'utiliser contre lui dans de telles poursuites la preuve dérivée obtenue grâce à son témoignage.

e L'article premier de la Charte

Après avoir conclu que l'art. 17 de la Loi viole l'art. 7 de la *Charte*, il reste à déterminer s'il peut être justifié en vertu de l'article premier. L'article premier de la *Charte* est ainsi conçu:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson énonce au nom de la Cour les conditions à remplir pour qu'une mesure législative puisse être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il dit, aux pp. 138 et 139:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu impor-

democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

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

The government's onus under *Oakes* is to justify the limit on the right of the citizen on a preponderance of probability. Dickson C.J. referred to this as "a very high degree of probability" commensurate with the occasion. I think that this comment is particularly apposite in the context of a s. 7 breach. It will be rare, in my view, that a legislative provision can violate a principle of fundamental justice or a basic tenet of our justice system and still be demonstrably justified in a free and democratic society.

Bearing this in mind, I turn my attention to the first step in the *Oakes* test, namely whether the government objective is of sufficient importance to override a constitutionally protected right. The part of the *Combines Investigation Act* in which

tants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

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

Selon l'arrêt *Oakes*, il incombe au gouvernement de justifier selon la prépondérance des probabilités la restriction imposée au droit d'un citoyen. Le juge en chef Dickson a parlé d'un degré très élevé de probabilité proportionné aux circonstances. Je crois que cette observation est particulièrement juste dans le contexte d'une violation de l'art. 7. Il arrivera rarement, à mon avis, qu'une disposition législative puisse violer un principe de justice fondamentale ou un précepte fondamental de notre système de justice tout en ayant une justification qui puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Gardant cela présent à l'esprit, je passe au premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, qui consiste à se demander si l'objectif visé par le gouvernement est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la

s. 17 appears serves two legislative purposes. First, it provides for the effective investigation of suspected criminal and quasi-criminal activity. Second, it makes it possible to monitor economic activity in Canada so as to ensure that the government's economic objectives are met. There can be little doubt that each of these legislative objectives are of sufficient importance to warrant infringement of individual rights and freedoms. Society has a very real interest both in controlling crime and in ensuring the stability of the marketplace. I would conclude therefore that the first step of the *Oakes* test is met in this case.

Next, government must show that the means employed to achieve the objective are rationally connected to it. I would accept that compelling individuals to appear and testify regarding their business activities is a rational way of monitoring compliance with the terms of the Act and the policies embodied in it.

The real hurdle for the respondents is establishing that the means employed impair the appellants' rights as little as possible. Section 17 compels individuals to come forward and testify under oath before the Restrictive Trade Practices Commission. Since section 17 is investigatory it clearly contemplates that incriminating questions can be asked of these individuals. Section 20(2) provides some measure of protection for these individuals since it precludes the admission of testimony of an individual in a subsequent prosecution. However, for the reasons developed earlier, I do not consider this protection adequate. Section 20(2) provides no greater protection than s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* and I have already indicated that the s. 5(2) protection is not broad enough in this context to comport with the principles of fundamental justice. These principles require an individual to be protected not only against the admission of his previous testimony in subsequent criminal or quasi-criminal proceedings but that the state be precluded from using in such proceedings evidence derived as a result of the previous tes-

Constitution. La partie de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans laquelle figure l'art. 17 sert deux objectifs législatifs. En premier lieu, elle assure la tenue d'enquêtes efficaces sur les activités criminelles ou quasi criminelles dont on soupçonne l'existence. En second lieu, elle permet de surveiller l'activité économique au Canada afin d'assurer la réalisation des objectifs économiques du gouvernement. Il ne fait guère de doute que chacun de ces objectifs législatifs est suffisamment important pour justifier qu'on porte atteinte à des droits et libertés individuels. La société a véritablement intérêt à ce que le crime soit réprimé et à ce que la stabilité du marché soit assurée. Je conclus donc qu'en l'espèce on a satisfait au premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

Ensuite, le gouvernement doit démontrer que les moyens employés pour atteindre l'objectif ont un lien rationnel avec celui-ci. J'accepte que contraindre des individus à comparaître et à témoigner au sujet de leurs activités commerciales constitue une façon rationnelle de vérifier s'il y a respect de la Loi et des politiques qu'elle véhicule.

Le véritable obstacle auquel se heurtent les intéressés consiste à établir que les moyens utilisés portent le moins possible atteinte aux droits des appellants. L'article 17 oblige les particuliers à se présenter devant la Commission sur les pratiques restrictives du commerce pour témoigner sous serment. Comme l'art. 17 traite d'enquêtes, il envisage nettement la possibilité de poser des questions incriminantes à ces individus. Le paragraphe 20(2) assure à ceux-ci une certaine protection, puisqu'il interdit que le témoignage d'une personne soit utilisé dans des poursuites ultérieures. Toutefois, pour les raisons exposées précédemment, je ne crois pas que cette protection soit suffisante. Le paragraphe 20(2) ne protège pas davantage que le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et j'ai déjà indiqué que la protection accordée par le par. 5(2) n'est pas assez générale dans ce contexte pour être compatible avec les principes de justice fondamentale. Ces principes exigent non seulement qu'un individu soit protégé contre l'utilisation de son témoignage antérieur dans le cadre de procédures criminelles ou quasi criminelles engagées par

timony. Absent protection against the use of derivative evidence, the state is conscripting the individual against himself. As already mentioned, the United States Supreme Court considered this problem in the context of the Fifth Amendment in *Kastigar, supra*. The United States Constitution has no provision comparable to s. 1. As a consequence any limits on constitutional rights must be read into the rights themselves. The United States Supreme Court held that a statute which compels the testimony of an individual will only be valid if it provides protection against use of derivative evidence as well as against use of the testimony itself. The court discussed the issue at p. 453:

The statute's explicit proscription of the use in any criminal case of "testimony or other information compelled under the order (or any information directly or indirectly derived from such testimony or other information)" is consonant with Fifth Amendment standards. We hold that such immunity from use and derivative use is coextensive with the scope of the privilege against self-incrimination, and therefore is sufficient to compel testimony over a claim of the privilege. While a grant of immunity must afford protection commensurate with that afforded by the privilege, it need not be broader.

I would respectfully adopt this statement and apply it in this appeal. There is no evidence to suggest that the government's objective in this case would be frustrated if individuals compelled to testify were afforded derivative use protection. Certainly the monitoring of the Canadian economy would not be injuriously affected by such protection. Moreover, while there may be instances when the investigation of crime or the effective enforcement of legislation may be hampered if suspects are not conscripted against themselves, such a case has not been made out here. No evidence has been presented to the Court to show that the enforcement of the *Combines Investigation Act* will be drastically impaired if derivative

la suite, mais aussi qu'il soit interdit à l'État de se servir dans ces procédures d'une preuve dérivée du témoignage antérieur. S'il n'y avait pas de protection contre l'utilisation de la preuve dérivée, l'État a se trouverait à faire de l'individu son propre adversaire. Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Kastigar*, précitée, s'est penchée sur ce problème dans le contexte du Cinquième amendement. La Constitution américaine ne contient pas de disposition comparable à l'article premier. Par conséquent, toute restriction imposée aux droits constitutionnels doit être considérée comme inhérente aux droits eux-mêmes. La Cour suprême des États-Unis a jugé qu'une loi contraignant un individu à témoigner n'est valide que si elle protège contre l'utilisation de la preuve dérivée aussi bien que contre l'utilisation du témoignage lui-même. La cour examine d cette question, à la p. 453:

[TRADUCTION] La proscription explicite par la Loi de l'utilisation dans une cause criminelle du «témoignage ou d'autres renseignements obtenus sous l'effet de la contrainte en vertu de l'ordonnance (ou de tout renseignement directement ou indirectement dérivé de ce témoignage ou des autres renseignements)» est conforme aux normes prescrites par le Cinquième amendement. Nous concluons que l'étendue de l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée correspond à celle du privilège de ne pas s'incriminer et que cette immunité suffit en conséquence pour que l'obligation de témoigner l'emporte sur une revendication du privilège. Si l'immunité accordée doit fournir une protection équivalant à celle offerte par le privilège, il n'est pas nécessaire que cette protection soit plus grande.

J'adopte en toute déférence cet énoncé et l'applique au présent pourvoi. Rien n'indique en l'espèce que l'objectif du gouvernement serait contrarié si l'on accordait aux individus contraints de témoigner une protection contre l'utilisation de la preuve dérivée. Il est d'ailleurs certain qu'une telle protection ne comprometttrait nullement la surveillance de l'économie canadienne. De plus, bien qu'il puisse y avoir des cas où l'enquête sur un crime ou l'application efficace d'une loi pourrait être entravée si les suspects n'étaient pas obligés de témoigner contre eux-mêmes, on n'a pas prouvé que la présente instance tombe dans cette catégorie. On n'a produit devant la Cour aucun élément de preuve établissant que le fait d'accorder aux per-

use protection is given to persons testifying under s. 17.

I would add, moreover, that even if the only effective means of enforcing criminal or quasi-criminal legislation was to conscript individuals to testify against themselves without any protection, the legislation may still not be valid. While it might pass the minimal impairment test, the effects of the measures adopted may be out of proportion to the objective sought to be achieved. However, having found that the legislation in this case fails to meet the minimal impairment test, it is unnecessary to decide whether the third aspect of the *Oakes* test is met.

I would conclude, therefore, that s. 17 of the *Combines Investigation Act* cannot be saved under s. 1 of the *Charter* and is therefore of no force or effect by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Section 8 of the Charter

The appellants submit also that ss. 17(1) and 17(4) of the Act violate s. 8 of the *Charter* to the extent that these provisions compel an individual to make production of books, papers, records and other documents before the Commission and the Director. The appellants contend that the impact of these provisions is not sufficiently assuaged by s. 17(3) to allow them to stand. For ease of reference, I reproduce the relevant subsections here:

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

sonnes qui témoignent en vertu de l'art. 17 une protection contre l'utilisation de la preuve dérivée nuira énormément à l'application de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

J'ajoute par ailleurs que, même à supposer que la seule manière efficace d'assurer l'application d'une loi criminelle ou quasi criminelle soit de contraindre les individus à témoigner contre eux-mêmes sans qu'ils ne jouissent d'aucune protection, il se peut que cette loi ne soit toujours pas valide. En effet, quoique la loi puisse satisfaire au critère de l'atteinte minimale, les effets des mesures adoptées pourront s'avérer disproportionnés à l'objectif visé. Toutefois, étant donné notre conclusion que la loi ici en cause ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale, il n'est pas nécessaire de décider si le troisième volet du critère formulé dans *d* l'arrêt *Oakes* a été respecté.

Je conclus en conséquence que l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne peut être sauvagardé par l'article premier de la *Charte* et qu'il est donc inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article 8 de la Charte

f Les appellants font valoir en outre que les par. 17(1) et (4) de la Loi violent l'art. 8 de la *Charte* dans la mesure où ils obligent un individu à produire auprès de la Commission et du directeur des livres, pièces, archives ou autres documents. Selon *g* les appellants, le par. 17(3) n'atténue pas suffisamment l'effet de ces dispositions pour qu'elles puissent être maintenues. Par souci de commodité, je reproduis les paragraphes pertinents:

h 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 produire 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

Canada, for the enforcement of subpoenas to witnesses or punishment of disobedience thereof.

(3) A member of the Commission shall not exercise power to penalize any person pursuant to this Act, whether for contempt or otherwise, unless, on the application of the member, a judge of the Federal Court of Canada or of a superior or county court has certified, as such judge may, that the power may be exercised in the matter disclosed in the application, and the member has given to such person twenty-four hours notice of the hearing of the application or such shorter notice as the judge deems reasonable.

(4) Any books, papers, records, or other documents produced voluntarily or in pursuance of an order under subsection (1) shall within thirty days thereafter be delivered to the Director, who is thereafter responsible for their custody, and within sixty days after the receipt of such books, papers, records or other documents by him the Director shall deliver the original or a copy thereof to the person from whom such books, papers, records or other documents were received.

Section 8 of the *Charter* provides:

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

In *Hunter v. Southam Inc.* this Court discussed the general nature of the s. 8 right. Dickson J. (as he then was) noted that s. 8, unlike its rough equivalent in the Fourth Amendment to the United States Constitution, is totally lacking in specificity and has no historical, political or philosophic context to assist in its interpretation (pp. 154-55). American jurisprudence, while a guide, is not determinative of the way in which s. 8 and in particular the word "unreasonable" should be interpreted.

Dickson J. took a purposive approach in order to determine the interests the section was intended to protect. He concluded that the protection granted under s. 8 was broader than the mere protection of property; it extended also to the individual's reasonable expectation of privacy. He said at pp. 159-60:

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.

(3) Un membre de la Commission ne doit pas exercer le pouvoir d'infliger une peine à quelque personne en vertu de la présente loi, pour désobéissance ou autrement, à moins que, sur requête de ce membre, un juge de la Cour fédérale du Canada ou d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, n'ait certifié, comme un tel juge

b peut le faire, que ce pouvoir peut être exercé en la matière révélée dans la requête, et que ce membre n'ait donné à cette personne un avis de vingt-quatre heures de l'audition de la requête ou tel avis plus court que le juge estimera raisonnable.

c (4) Tous les livres, pièces, archives ou autres documents produits volontairement ou en conformité d'une ordonnance rendue sous le régime du paragraphe (1) doivent, dans les trente jours, être livrés au directeur, lequel, par la suite, sera responsable de leur garde et d devra, dans les soixante jours après les avoir reçus, en remettre l'original ou une copie à la personne de qui ils ont été reçus.

e L'article 8 de la *Charte* dispose:

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

f Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, notre Cour a traité de la nature générale du droit garanti par l'art. 8. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a fait remarquer que l'art. 8, à la différence du Quatrième amendement de la Constitution américaine, qui lui ressemble en gros, est totalement dépourvu de précision et de tout contexte historique, politique ou philosophique susceptible de nous aider à l'interpréter (pp. 154 et 155). La jurisprudence américaine, quoiqu'elle puisse nous g guider, n'est nullement déterminante quant à la façon d'interpréter l'art. 8 et, plus particulièrement, le mot «abusives».

i Pour déterminer quels intérêts l'article était destiné à protéger, le juge Dickson a adopté une méthode d'interprétation fondée sur l'objet visé. Il a conclu que la protection accordée par l'art. 8 allait au-delà de la simple protection de biens pour englober l'attente raisonnable d'un individu en ce qui concerne le respect de sa vie privée. Le juge Dickson affirme, aux pp. 159 et 160:

Like the Supreme Court of the United States, I would be wary of foreclosing the possibility that the right to be secure against unreasonable search and seizure might protect interests beyond the right of privacy, but for purposes of the present appeal I am satisfied that its protections go at least that far. The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

There is no doubt that an individual's expectation of privacy goes beyond a concern for the inviolability of his body and extends to his possessions including his books, records and other documents. Matters of the utmost confidence are often recorded in retrievable form, be they business strategies, trade secrets or personal reflections noted in a diary. An individual's interest in having these confidences respected can be significant and not something with which governmental agencies should lightly interfere.

(a) "Seizure" Under Section 8

The respondents assert that the appellants' expectation of privacy is unaffected by s. 17 since no-one invades the appellants' offices in order to search for and take possession of the documents. Rather, the appellants are ordered to produce the documents and, if they wish to challenge the order to produce, they can do so prior to its return date or at the hearing contemplated in s. 17(3). It is the respondents' submission that the provisions of s. 17(1) are the equivalent of a *subpoena duces tecum* and that a *subpoena duces tecum* is not a seizure. The respondents rely on the majority decision of the Federal Court of Appeal in *Ziegler v. Hunter, supra*, in which the very question under

À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, j'hésiterais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d'autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu'il offre est au moins aussi étendue. La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Souligné dans l'original.]

Il ne fait pas de doute que l'attente d'un individu en ce qui concerne le respect de sa vie privée, loin de se borner au souci de garantir l'inviolabilité de sa personne, s'étend à ses biens, y compris ses livres, ses archives et ses autres documents. Des renseignements hautement confidentiels, qu'il s'agisse de stratégies d'affaires, de secrets industriels ou de réflexions personnelles notées dans un journal, sont souvent consignés de manière à pouvoir les retrouver par la suite. L'intérêt qu'a un individu à ce que le caractère confidentiel de ces renseignements soit respecté peut être important et les organismes gouvernementaux ne devraient pas y porter atteinte à la légère.

a) Les «saisies» au sens de l'art. 8

Les intimés affirment que l'art. 17 ne touche nullement à l'attente des appellants en ce qui concerne le respect de leur vie privée, puisque personne n'a fait irruption dans leurs bureaux pour y rechercher les documents et s'en emparer. Au contraire, on a ordonné aux appellants de produire les documents et, s'ils désirent contester l'ordonnance en ce sens, il leur est loisible de le faire avant la date fixée pour les produire ou encore à l'audience visée au par. 17(3). Les intimés font valoir que les dispositions du par. 17(1) équivalent à un *subpoena duces tecum* et qu'un *subpoena duces tecum* ne constitue pas une saisie. Ils fondent cet argument sur l'arrêt rendu par la Cour

review at the present time was considered. In that case, Hugessen and Le Dain JJ. wrote separate judgments, both finding that s. 17 of the Act did not violate s. 8 of the *Charter*. Hugessen J. stated at pp. 634-35:

[The words search and seizure] 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 himself and is not an authorization to intrude but rather a command to produce.

See also the judgment of Le Dain J. at pp. 618-19.

I must respectfully disagree. I think that Hugessen J.'s approach ignores the fact that s. 8 protects an individual from unreasonable search or seizure. The use of the disjunctive "or" reflects, in my opinion, the draftsman's recognition that a search can take place without a seizure and conversely a seizure can take place without a search. The quotation from the judgment of Hugessen J. suggests that search and seizure must always be part of a single transaction. The clear language of s. 8 calls for a different conclusion. I would agree with the approach taken by the trial judge in this case and by Marceau J., dissenting on this issue in *Ziegler, supra*, and conclude that a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* is "the taking hold by a public authority of a thing belonging to a person against that person's will" (p. 630).

I think that this interpretation is consistent with the approach taken by this Court in *Hunter v. Southam Inc.* When an individual considers something to be "private" he considers it to be for his

d'appel fédérale à la majorité dans l'affaire *Ziegler c. Hunter*, précitée, dans laquelle a été examinée la question même dont nous nous trouvons présentement saisis. Dans cette affaire, les juges ^a Hugessen et Le Dain, qui ont rédigé des motifs distincts, ont conclu tous les deux que l'art. 17 de la Loi ne violait pas l'art. 8 de la *Charte*. Le juge Hugessen affirme, aux pp. 634 et 635:

[Les termes «perquisitions» et «saisies»] 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 ^b 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-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.

Voir aussi les motifs du juge Le Dain, aux pp. 618 ^c et 619.

En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Je crois que l'interprétation du juge Hugessen ne tient pas compte du fait que l'art. 8 protège les individus contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. L'emploi de la conjonction disjonctive «ou» traduit, selon moi, la reconnaissance du rédacteur qu'il peut y avoir fouille ou perquisition sans saisie et saisie sans fouille ou perquisition. La citation tirée des motifs du juge Hugessen laisse entendre que la fouille ou perquisition et la saisie doivent toujours faire partie d'une seule opération. Les termes non équivoques de l'art. 8 appellent cependant une conclusion différente. ^f Souscrivant au point de vue adopté par le juge de première instance en l'espèce et par le juge Marceau, dissident à ce propos dans l'affaire *Ziegler*, précitée, je conclus qu'une saisie au sens de l'art. 8 ^g de la *Charte* s'entend de «l'appropriation par un pouvoir public d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne» (p. 630).

À mon avis, cette interprétation s'accorde avec celle qu'a adoptée notre Cour dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Quand un individu considère quelque chose comme «confidentiel», il se considère le

eyes only. He seeks to avoid disclosure. The consequences of disclosure are just as acute when the individual is compelled to reveal the information as they are when others seize it. Indeed, the consequences may be harsher when the individual is compelled to produce the documentary evidence since he may well produce evidence beyond that which the governmental authorities had reasonable grounds to believe existed. I believe, therefore, that on a purposive interpretation of the word "seizure", compulsory production constitutes a seizure within the meaning of s. 8.

I would, however, add one caveat to the above conclusion. As was discussed earlier in this judgment, the investigatory provisions of the *Combines Investigation Act* are criminal or quasi-criminal in nature. It was to this same part of the *Combines Investigation Act* that Dickson J. addressed himself in *Hunter*. My comments should not necessarily be taken, therefore, to have application to matters outside the sphere of criminal or quasi-criminal law.

The respondents submit that there is no taking hold by a public authority and no seizure in this case because it is open to the appellants to challenge the validity of the order prior to the production of the documents. They point out also that no documents have so far been produced or taken hold of by the Commission. I think this is an overly narrow interpretation of the word "seizure". In *Hunter*, Dickson J. stressed the importance of proper prior authorization before a search is conducted. He stated at p. 160:

If the issue to be resolved in assessing the constitutionality of searches under s. 10 were in fact the governmental interest in carrying out a given search outweighed that of the individual in resisting the governmental intrusion upon his privacy, then it would be appropriate to determine the balance of the competing interests after the search had been conducted. Such a *post facto* analysis would, however, be seriously at odds with the purpose of s. 8. That purpose is, as I have

seul à pouvoir y jeter un coup d'œil. Il cherche à en éviter la divulgation. Or, les conséquences de la divulgation sont tout aussi graves lorsque l'individu est contraint de révéler les renseignements qu'elles ^a le sont dans le cas où ils sont saisis par autrui. En fait, elles peuvent être plus dures quand l'individu se voit obligé de produire une preuve documentaire, car il se peut bien qu'il produise des éléments de preuve allant au-delà de ceux dont les autorités ^b gouvernementales avaient des motifs raisonnables de croire à l'existence. J'estime donc que si on donne au mot «saisie» une interprétation fondée sur l'objet visé, la production obligatoire constitue une ^c saisie au sens de l'art. 8.

J'apporterais toutefois une restriction à la conclusion susmentionnée. Comme je l'ai déjà indiqué dans les présents motifs, les dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui se rapportent aux enquêtes sont de nature criminelle ou quasi criminelle. C'est sur cette même partie de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* que s'est penché le juge Dickson dans l'affaire *Hunter*. Mes observations ne doivent donc pas nécessairement être considérées comme applicables à des questions qui se situent en dehors du droit criminel ou quasi criminel.

^f Les intimés prétendent qu'il n'y a eu en l'espèce ni appropriation par un pouvoir public ni saisie puisqu'il est loisible aux appelants de contester la validité de l'ordonnance avant de produire les documents. Ils font remarquer en outre que, jusqu'à maintenant, aucun document n'a été produit et que la Commission ne s'en est emparée d'aucun. Je crois que c'est là une interprétation trop restrictive du mot «saisie». Dans l'arrêt *Hunter*, le juge Dickson a souligné l'importance d'obtenir l'autorisation préalable requise avant de procéder à une fouille ou à une perquisition. Il affirme, à la p. 160:

ⁱ Si la question à résoudre en appréciant la constitutionnalité des fouilles et des perquisitions effectuées en vertu de l'art. 10 était de savoir si en fait le droit du gouvernement d'effectuer une fouille ou une perquisition donnée l'emporte sur celui d'un particulier de résister à l'intrusion du gouvernement dans sa vie privée, il y aurait alors lieu de déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée. Cependant, une telle analyse après le fait

said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

In my opinion, Dickson J.'s remarks with regard to searches are equally applicable to seizures. It makes no sense to say that s. 8 is only engaged once the private information becomes public. If that were the case, the protections afforded by s. 8 would be completely illusory. The fact that an individual can challenge the validity of the order before producing the documents goes, in my opinion, not to the question whether a seizure has occurred but to the question whether the seizure is a reasonable one.

I would conclude therefore that ss. 17(1) and 17(4) of the *Combines Investigation Act* contemplate a seizure within the meaning of s. 8. The question is whether the seizure is a reasonable one.

(b) "Reasonableness" Under Section 8

Not all seizures violate s. 8 of the *Charter*; only unreasonable ones. Put another way, an individual is accorded only a reasonable expectation of privacy. At some point the individual's interest in privacy must give way to the broader state interest in having the information or document disclosed. However, the state interest only becomes paramount when care is taken to infringe the privacy interest of the individual as little as possible. It is because of this need for delicate balancing that Dickson J. in *Hunter* identified several criteria which must be met if a search in a criminal investigation is to meet the test of reasonableness. I think that these criteria were accurately summarized by J. Holland J. at trial as set out earlier in these reasons. I would agree, however, that these criteria are not hard and fast rules which must be adhered to in all cases under all forms of legislation. What may be reasonable in the regulatory or

entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8. Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l'original.]

À mon avis, ce que dit le juge Dickson concernant les fouilles et les perquisitions s'applique également aux saisies. Il est illogique de prétendre que l'art. 8 ne joue que dès que les renseignements confidentiels deviennent publics. S'il en était ainsi, l'art. 8 n'accorderait qu'une protection tout à fait illusoire. Le fait qu'un individu puisse contester la validité de l'ordonnance avant de produire les documents est, à mon avis, pertinent non pas relativement à la question de savoir s'il y a eu une saisie, mais relativement à celle de savoir si la saisie effectuée est raisonnable.

e Je conclus en conséquence que les par. 17(1) et (4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* envisagent une saisie au sens de l'art. 8. La question qui se pose est de savoir si la saisie effectuée est raisonnable.

f b) Le caractère «raisonnable» en vertu de l'art. 8

Ce ne sont pas toutes les saisies qui violent l'art. 8 de la *Charte*, seulement celles qui sont abusives. g En d'autres termes, un individu n'a droit qu'à une attente raisonnable en ce qui concerne le respect de sa vie privée. Il vient en effet un moment où le droit de l'individu au respect de sa vie privée doit céder le pas à l'intérêt plus grand qu'à l'État à ce h que soient communiqués des renseignements ou un document. L'intérêt de l'État ne l'emporte cependant que si on a pris soin de porter le moins possible atteinte au droit de l'individu au respect de sa vie privée. C'est cette nécessité de soupeser délicatement les différents intérêts qui a poussé le juge Dickson dans l'affaire *Hunter* à énoncer plusieurs critères à remplir pour qu'une fouille ou perquisition effectuée dans le cadre d'une enquête criminelle satisfasse au critère du caractère raisonnable. Je crois que le juge Holland en première instance a bien résumé ces critères dans le passage i j

civil context may not be reasonable in a criminal or quasi-criminal context. What is important is not so much that the strict criteria be mechanically applied in every case but that the legislation respond in a meaningful way to the concerns identified by Dickson J. in *Hunter*. This having been said, however, it would be my view that the more akin to traditional criminal law the legislation is, the less likely it is that departures from the *Hunter* criteria will be countenanced. This seems to have been what Dickson C.J. had in mind when he said in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 527, that departures from the *Hunter* criteria will be exceedingly rare. It is with this in mind that I consider the scheme envisaged by s. 17 of the Act.

reproduit antérieurement dans les présents motifs. Je conviens toutefois que lesdits critères ne constituent pas des règles absolues à suivre dans tous les cas, quelle que soit la nature du texte législatif en cause. Ce qui peut être raisonnable en matière réglementaire ou civile peut ne pas l'être dans un contexte criminel ou quasi criminel. L'important n'est pas tant que les critères stricts soient appliqués automatiquement dans chaque cas, mais que le texte législatif tienne compte de façon significative des préoccupations exprimées par le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter*. Cela dit, toutefois, j'estime que plus une loi s'apparente au droit criminel traditionnel, moins il est probable que le non-respect des critères établis dans l'arrêt *Hunter* sera toléré. C'est ce que le juge en chef Dickson semble avoir eu en tête quand il a affirmé dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, à la p. 527, que les dérogations aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* seront extrêmement rares. C'est en gardant cela présent à l'esprit que je passe à l'examen du régime envisagé par l'art. 17 de la Loi.

On the question of reasonableness the respondents again stress that the legislation does not authorize an intrusive search and seizure by the authorities but rather contemplates the production of documents by the individual himself. The respondents urge that this is comparable to an administrative *subpoena duces tecum* and suggest to this Court that the criteria in *Hunter* need not be applied to such a mechanism. They suggest that this Court ought to follow the approach the United States Supreme Court has taken with regard to *subpoena duces tecum*. That approach was set forth in *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946). Under review in that case was a provision in *The Fair Labor Standards Act* which allowed for judicial enforcement of *subpoena duces tecum* issued by the Administrator in the course of investigations conducted pursuant to the Act. The court discussed what must be required in order that legislation authorizing that type of procedure be valid. Quoting from pp. 208-9:

Au sujet du caractère raisonnable, les intimés soulignent encore une fois que la loi en cause, loin de permettre aux autorités de s'introduire dans des lieux pour y effectuer une perquisition et une saisie, envisage plutôt la production de documents par l'individu lui-même. Les intimés prétendent que cela se compare au *subpoena duces tecum* en matière administrative et nous laissent entendre qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer à un tel mécanisme les critères formulés dans l'arrêt *Hunter*. Ils soutiennent que notre Cour devrait adopter à l'égard du *subpoena duces tecum* la position que la Cour suprême des États-Unis a adoptée et qui est exposée dans l'arrêt *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946). Cette affaire mettait en cause une disposition de *The Fair Labor Standards Act*, qui autorisait les tribunaux à assurer l'obéissance à tout *subpoena duces tecum* délivré par l'administrateur au cours d'enquêtes menées en vertu de ladite loi. La cour a traité des conditions à remplir pour qu'une loi autorisant ce type de procédure soit valide. Aux pages 208 et 209, on trouve le passage suivant:

Without attempt to summarize or accurately distinguish all of the cases, the fair distillation, in so far as they apply merely to the production of corporate records and papers in response to a subpoena or order authorized by law and safeguarded by judicial sanction, seems to be that the Fifth Amendment affords no protection by virtue of the self-incrimination provision, whether for the corporation or for its officers; and the Fourth, if applicable, at the most guards against the abuse only by way of too much indefiniteness or breadth in the things required to be "particularly described," if also the inquiry is one the demanding agency is authorized by law to make and the materials specified are relevant. The gist of the protection is in the requirement, expressed in terms, that the disclosure sought shall not be unreasonable.

As this has taken form in the decisions, the following specific results have been worked out. It is not necessary, as in the case of a warrant, that a specific charge or complaint of violation of law be pending or that the order be made pursuant to one. It is enough that the investigation be for a lawfully authorized purpose, within the power of Congress to command. This has been ruled most often perhaps in relation to grand jury investigations, but also frequently in respect to general or statistical investigations authorized by Congress. The requirement of "probable cause, supported by oath or affirmation," literally applicable in the case of a warrant, is satisfied in that of an order for production by the court's determination that the investigation is authorized by Congress, is for a purpose Congress can order, and the documents sought are relevant to the inquiry. Beyond this the requirement of reasonableness, including particularity in "describing the place to be searched, and the persons or things to be seized," also literally applicable to warrants, comes down to specification of the documents to be produced adequate, but not excessive, for the purposes of the relevant inquiry. Necessarily, as has been said, this cannot be reduced to formula; for relevancy and adequacy or excess in the breadth of the subpoena are matters variable in relation to the nature, purposes and scope of the inquiry.

[TRADUCTION] Sans tenter de résumer toutes les décisions et de faire des distinctions précises entre elles, il semble qu'on puisse affirmer avec justesse que dans la mesure où elles s'appliquent simplement à la production de registres et de documents d'une personne morale par suite d'un subpoena ou d'une ordonnance autorisés par une loi et dont l'exécution est sanctionnée par les tribunaux, ces décisions établissent que la disposition relative à l'auto-incrimination figurant dans le Cinquième amendement ne protège ni la personne morale ni ses administrateurs. Quant au Quatrième amendement, à supposer qu'il s'applique, il empêche tout au plus les abus par le seul moyen d'une imprécision ou d'une généralité excessives dans l'énoncé de ce qui doit être décrit «avec précision», pourvu qu'il s'agisse aussi d'une enquête à laquelle la loi autorise l'organisme requérant à procéder et que les documents spécifiés soient pertinents. La protection accordée se réduit à l'exigence, expressément formulée, que la divulgation demandée ne soit pas déraisonnable.

d Au fur et à mesure que cela a pris forme dans la jurisprudence, on en est arrivé aux résultats particuliers suivants. À la différence d'un mandat, il n'est pas nécessaire qu'une accusation ou une plainte précise relativement à la violation d'une loi ait été portée ou que l'ordonnance ait été rendue par suite d'une telle accusation ou plainte. Il suffit que l'enquête soit tenue pour une fin autorisée par la loi, c'est-à-dire pour une fin qui relève du pouvoir du Congrès. Des décisions allant dans ce sens ont été rendues peut-être le plus souvent dans le cas d'enquêtes menées par un grand jury, mais fréquemment aussi dans le cas d'enquêtes générales ou statistiques autorisées par le Congrès. L'exigence d'un «motif plausible, soutenu par serment ou affirmation», qui s'applique littéralement aux mandats, est remplie dans le cas d'une ordonnance de production dès que le tribunal décide que l'enquête a été autorisée par le Congrès, qu'elle vise un but relevant du pouvoir du Congrès et que les documents demandés sont pertinents pour les fins de l'enquête. Pour le reste, l'exigence du caractère raisonnable, y compris celle de la précision dans la description «[du] lieu à fouiller et [d]es personnes ou choses à saisir», qui, elle aussi, s'applique littéralement aux mandats, se ramène à une désignation des documents à produire qui soit suffisante aux fins de l'enquête *i* en question, sans être d'une précision excessive. Il est nécessairement impossible, répétons-le, de réduire tout cela à une formule, car la pertinence et le caractère suffisant ou la généralité excessive du subpoena varient selon la nature, les objets et l'ampleur de l'enquête.

j Deux raisons m'incitent à penser que le point de vue exposé ci-dessus convient mal à la question

I do not believe that the above approach is appropriate to the issue before us in the present

appeal for two reasons. First, as I pointed out above, s. 8 of the *Charter* is a unique provision, worded quite differently from the Fourth Amendment and does not share the same historical, political and philosophic underpinnings. Secondly, the *Walling* case dealt with a regulatory and not a criminal investigation. Section 17 of the *Combines Investigation Act* contemplates an investigation one of the purposes of which is to collect evidence with a view to the laying of a "criminal" charge. Section 17 is contained in the same part of the Act as s. 10, the section in relation to which the criteria in *Hunter* were imposed. In my view, it is important to look past the "form" of the information gathering, i.e. by *subpoena duces tecum*, and look at the effect the information gathering has on the individual, i.e. the compulsory production of evidence which can be used in a criminal prosecution.

My point can be made by way of an example. The scheme of the *Combines Investigation Act* could well be imposed in the *Criminal Code* and indeed originally was. The legislation would thus allow police investigators to compel suspects to produce documents and other physical evidence in connection with a particular investigation. Without question this would assist the police in pursuing a state purpose. However, it would be anathema to our notions of privacy, respect for the individual and the presumption of innocence. This is why the *Criminal Code* contemplates instead the issuance of a warrant in compliance with the criteria in *Hunter*.

For the above reasons I would conclude that the criteria set forth in *Hunter* must be substantially if not completely met by s. 17 of the *Combines Investigation Act*. The question then is whether s. 17 does meet these criteria or at least responds to the policy concerns underlying these criteria in a meaningful way.

The criteria, once again, are as follows:

dont nous sommes saisis en l'espèce. Premièrement, ainsi que je l'ai déjà souligné, l'art. 8 de la *Charte* est une disposition unique dont le texte diffère nettement de celui du Quatrième amendement et qui n'a pas les mêmes assises historiques, politiques et philosophiques. Deuxièmement, il s'agit dans l'affaire *Walling* d'une enquête menée en vertu d'un règlement et non pas d'une enquête criminelle. L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* prévoit la tenue d'une enquête dont un des objets est de recueillir des éléments de preuve en vue de porter une accusation «criminelle». L'article 17 figure dans la même partie de la Loi que l'art. 10 à l'égard duquel ont été imposés les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. Il importe, selon moi, d'aller au-delà de la «forme» de la cueillette des renseignements, c.-à-d. par le recours au *subpoena duces tecum*, et d'examiner l'effet de cette cueillette de renseignements sur l'individu, c.-à-d. la production obligatoire d'éléments de preuve susceptibles d'être utilisés dans des poursuites criminelles.

e Voici un exemple qui illustre mon point de vue. Le régime créé par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* pourrait très bien être imposé dans le *Code criminel* et, en fait, il l'a été à l'origine. La loi permettrait ainsi aux policiers enquêteurs de contraindre les suspects à produire des documents et d'autres éléments de preuve matérielle dans le cadre d'une enquête donnée. Cela aiderait sans aucun doute la police à poursuivre un but visé par l'État. Ce serait toutefois contraire à nos notions de vie privée, de respect de l'individu et de la présomption d'innocence. Voilà pourquoi le *Code criminel* prévoit plutôt la délivrance d'un mandat conformément aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*.

i Pour les raisons que je viens d'exposer, je conclus que l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* doit satisfaire en grande partie, sinon entièrement, aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. La question qui se pose alors est de savoir si l'art. 17 satisfait réellement à ces critères ou si, à tout le moins, il constitue une réponse valable aux préoccupations d'intérêt public sous-jacentes à ces critères.

j Voici de nouveau les critères en question:

- (a) a system of prior authorization, by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the State against those of the individual;
 - (b) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds, established under oath, to believe that an offence has been committed;
 - (c) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds to believe that something which will afford evidence of the particular offence under investigation will be recovered; and
 - (d) a requirement that the only documents which are authorized to be seized are those which are strictly relevant to the offence under investigation.
 - a) une procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu;
 - b) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise;
 - c) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise; et
 - d) une exigence que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête.

The respondents submit that these requirements are met in substance because it is open to the individual, prior to giving up possession of the documents, to challenge the s. 17 order before a judge either by way of an application for review or by way of s. 17(3) should the Commission try to enforce production. In my opinion the availability of this limited form of review in no way meets the concerns underlying the *Hunter* criteria. First, not all individuals will have the legal acumen to realize that this form of review is available. Some individuals may, when met with a state demand, immediately comply with it out of a sense of obligation or a fear of the repercussions for failing to do so. The right of review would do nothing to assist these people whereas a system requiring prior authorization undoubtedly would. Second, since under the legislation the Director need not have reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed when he applies to the Commission for an order, the second criterion is entirely ignored under the legislation. If the Commission need not be satisfied of the Director's belief, it is difficult to see what role is left for a court reviewing the Commission's decision.

These criticisms also hold true with regard to the third and fourth *Hunter* criteria. The legisla-

- a) une procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu;
- a b) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise;
- b c) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise; et
- c d) une exigence que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête.

Les intimés soutiennent qu'on a satisfait pour l'essentiel à ces critères puisque, si la Commission d' tente de le forcer à produire les documents, l'individu peut, avant de les remettre, contester devant un juge, soit par voie de demande de contrôle judiciaire, soit en vertu du par. 17(3), l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 17. À mon avis, la possibilité d'obtenir cette forme de contrôle limitée est bien loin de répondre aux préoccupations sous-jacentes aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. En premier lieu, ce ne sont pas tous les particuliers e qui connaissent suffisamment le droit pour se f rendre compte de l'existence de ce type de contrôle. Devant une demande émanant de l'État, certains individus pourront y accéder immédiatement soit parce qu'ils se sentiront obligés de le g faire, soit par crainte des conséquences auxquelles ils s'exposeront s'ils ne le font pas. Le droit à un contrôle judiciaire n'aiderait en rien ces personnes, tandis qu'un système exigeant l'obtention d'une h autorisation préalable leur serait certainement utile. En second lieu, comme le directeur n'est pas tenu en vertu de la Loi d'avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été i commise quand il demande à la Commission de rendre une ordonnance, la Loi ne tient aucunement compte du deuxième critère. Si la Commission n'a pas à être convaincue de la croyance du directeur, on voit mal quel rôle peut encore jouer un tribunal qui contrôle la décision de la Commission.

Ces critiques valent également pour les troisième et quatrième critères énoncés dans l'arrêt

tion does not impose a requirement that the Commission satisfy itself that the Director has reasonable and probable grounds to believe that evidence of a particular offence will be uncovered through the production. Moreover, there is no requirement in the legislation that only documents strictly relevant to the investigation of a specific offence be produced.

The Commission's jurisdiction is cast in such broad terms that it is hard to envisage a situation in which a reviewing court could find that the Commission committed a jurisdictional error in issuing an order. It has been suggested that a reviewing court might read the criteria set out in *Hunter* into the statute and exercise its reviewing function on that basis. This argument must be rejected. It is not for the courts, in effect, to amend legislation to make it constitutional. As Dickson J. stated in *Hunter*, at p. 169:

Hunter. La Loi n'impose à la Commission aucune obligation de s'assurer que le directeur a des motifs raisonnables et probables de croire que la production permettra de découvrir des éléments de preuve établissant la perpétration d'une infraction particulière. D'autre part, il n'existe dans la Loi aucune exigence de produire seulement les documents qui se rapportent strictement à l'enquête sur une infraction précise.

b La compétence de la Commission est formulée en des termes si généraux qu'on a du mal à imaginer une situation dans laquelle un tribunal judiciaire qui procède à un contrôle pourrait conclure que la Commission a commis une erreur de compétence en rendant une ordonnance. On a laissé entendre que le tribunal judiciaire qui effectue un contrôle pourrait interpréter la Loi comme comportant les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* et exercer sur ce fondement sa fonction de contrôle. Cet argument ne saurait être retenu. En fait, il n'appartient pas aux tribunaux de modifier un texte législatif de manière à le rendre constitutionnel. Comme l'affirme le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter*, à la p. 169:

f Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. Si elles n'offrent pas les garanties appropriées, les lois qui autorisent des fouilles, des perquisitions et des saisies sont incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte*.

h Je conclus en conséquence que les par. 17(1) et (4) de la Loi violent l'art. 8 de la *Charte* parce qu'ils autorisent une saisie qui ne satisfait pas au critère du caractère raisonnable énoncé dans l'arrêt *Hunter*.

L'article premier de la *Charte*

i Il n'est pas nécessaire de répéter les principes d'interprétation applicables à l'article premier de la *Charte*, qui ont déjà été exposés dans les présents motifs.

j J'ai déjà conclu que les objectifs que le gouvernement visait à atteindre dans la partie de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui est ici

While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. Without appropriate safeguards legislation authorizing search and seizure is inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

I would conclude therefore that ss. 17(1) and 17(4) of the Act violate s. 8 of the *Charter* since they authorize a seizure which does not meet the test of reasonableness set out in *Hunter*.

Section 1 of the *Charter*

I need not repeat the interpretive principles applicable to s. 1 of the *Charter*. These have already been set forth earlier in my reasons.

I have already concluded that the governmental objectives intended to be achieved in this part of the *Combines Investigation Act* are of sufficient

importance to override constitutionally protected rights and freedoms. I have also concluded that the means employed, the compulsory production of documents, are rationally connected to the broad purposes of the Act. The only outstanding question then is whether or not the means employed impair the individual's s. 8 right as little as possible.

I must say that I have great difficulty in understanding how any legislation authorizing an "unreasonable search or seizure" can be a "reasonable limit . . . demonstrably justified in a free and democratic society". However, it is clear that in this case the criteria set out in *Hunter* are not met. In the absence of any evidence to show that the objectives of the Act would be frustrated by adherence to the *Hunter* criteria, it is impossible to conclude that the s. 8 right of the appellants was minimally impaired.

I would conclude therefore that ss. 17(1) and 17(4) of the *Combines Investigation Act*, to the extent that they compel the production of books, papers, records or other documents, violate s. 8 of the *Charter* and are not saved by s. 1. To that extent then these provisions are of no force or effect by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

5. Conclusions

Section 17 of the *Combines Investigation Act* violates s. 7 of the *Charter* to the extent it compels suspects in what is in effect a criminal investigation to testify absent protection against the use of evidence derived as a result of that testimony in a criminal prosecution. The provision is not saved under s. 1 of the *Charter*.

Sections 17(1) and 17(4) of the *Combines Investigation Act* violate s. 8 of the *Charter* to the extent they compel production of documents in relation to a criminal or quasi-criminal matter without complying with the safeguards enunciated

en cause sont suffisamment importants pour justifier la suppression des droits et libertés garantis par la Constitution. J'ai conclu en outre que le moyen employé, savoir la production obligatoire de documents, a un lien rationnel avec les objectifs généraux de la Loi. Il reste donc à trancher seulement la question de savoir si ce moyen porte le moins possible atteinte au droit que l'art. 8 garantit aux particuliers.

b Je dois dire que je comprends fort mal comment une loi autorisant «[des] fouilles, [des] perquisitions ou [des] saisies «abusives» peut constituer une «limite[...] raisonnable[...] dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Il est toutefois évident qu'en l'espèce on n'a pas satisfait aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. À défaut d'éléments de preuve établissant que l'application de ces critères aurait pour effet de contrecarrer les objectifs de la Loi, on ne saurait conclure que le droit garanti aux appellants par l'art. 8 n'a subi qu'une atteinte minimale.

c e Je conclus en conséquence que les par. 17(1) et (4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, dans la mesure où ils forcent à produire des livres, des pièces, des archives ou d'autres documents, vont à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte* et ne sont pas sauvegardés par l'article premier. Ainsi, dans cette mesure, ces dispositions sont inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

5. Conclusions

f h i L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* viole l'art. 7 de la *Charte* dans la mesure où il contraint les suspects, dans le cadre de ce qui constitue en réalité une enquête criminelle, à témoigner sans aucune protection contre l'utilisation dans des poursuites criminelles d'éléments de preuve dérivée résultant de ce témoignage. L'article premier de la *Charte* ne vient pas sauvegarder l'art. 17.

j Les paragraphes 17(1) et (4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* violent l'art. 8 de la *Charte* dans la mesure où ils forcent la production de documents relativement à une affaire criminelle ou quasi criminelle, sans respecter les garanties

in *Hunter*. These provisions are also not saved under s. 1 of the *Charter*.

6. Disposition

I would allow the appeal and declare s. 17 of the *Combines Investigation Act* to be inconsistent with ss. 7 and 8 of the *Charter* and of no force or effect under s. 52(1) to the extent of the inconsistency. I would declare the orders to appear made pursuant to the section to be likewise of no force or effect. I would award the appellants their costs both here and in the Court of Appeal and I would answer the constitutional question in the affirmative.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—This appeal raises the issue whether s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, which permits the examination under oath of witnesses and the production of business records in the course of carrying on an investigation under the Act violates s. 7 or s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 7, of course, guarantees everyone 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. Section 8 accords everyone the right to be secure against unreasonable search or seizure.

I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. It says something about the complexities of the issues that I have also felt constrained to write.

Facts

The facts and judicial history of this appeal are fully set forth in the reasons of my colleague Wilson J., and it is sufficient for me to refer only to such of these matters as are essential to an understanding of what follows.

The corporate appellant, Thomson Newspapers Limited, and several of its officers, the individual appellants, were served with orders, pursuant to s. 17 of the *Combines Investigation Act*, to appear to

énoncées dans l'arrêt *Hunter*. Ces dispositions non plus ne sont pas sauvegardées par l'article premier de la *Charte*.

a 6. Dispositif

a Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* incompatible avec les art. 7 et 8 de la *Charte* et, partant, inopérant en vertu du par. 52(1). Je suis d'avis de déclarer inexécutoires également les ordonnances de comparution délivrées en vertu de cette disposition. Je suis d'avis d'accorder aux appellants leurs dépens tant en notre Cour qu'en Cour d'appel et de répondre à la question constitutionnelle par l'affirmative.

Version française des motifs rendus par

d LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi porte sur la question de savoir si l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui permet l'interrogatoire sous serment de témoins et la production de documents de l'entreprise au cours d'une enquête tenue en vertu de la Loi, viole les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 7 garantit évidemment à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et prévoit qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. L'article 8 reconnaît à chacun le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

g J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé et Sopinka. Ils nous donnent une idée de la complexité des questions en litige sur lesquelles j'ai cru devoir me prononcer également.

h Les faits

Les faits et l'historique judiciaire de ce pourvoi sont exposés en détail dans les motifs de ma collègue le juge Wilson et il suffit que je rappelle seulement les points essentiels à la compréhension de ce qui suit.

Conformément à l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, des ordonnances de comparution ont été signifiées à la société appellante, Thomson Newspapers Limited, et à plu-

be examined under oath and to produce documents described in the orders in connection with an inquiry to determine whether there was evidence that the corporation or its subsidiaries had committed the offence of predatory pricing contrary to s. 34(1)(c) of the Act.

The appellants then sought a declaration before J. Holland J. of the Ontario High Court that s. 17 and the orders to appear violated ss. 7 and 8 of the *Charter*. For reasons set forth in Wilson J.'s reasons, J. Holland J. held that in so far as s. 17 authorized the compulsory production of documents, it was in violation of s. 8 of the *Charter*, but that it did not violate s. 7: (1986), 54 O.R. (2d) 143. However, the Ontario Court of Appeal, for reasons also set forth in my colleague's reasons, held that s. 17 violated neither of these provisions: (1986), 57 O.R. (2d) 257.

Leave to appeal to this Court was sought and granted, [1987] 1 S.C.R. xiv, and the following constitutional question was set:

1. Is section 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect?

The impugned provision reads as follows:

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.

sieurs de ses dirigeants, les personnes physiques appelantes, leur enjoignant de comparaître afin d'être interrogées sous serment et de produire les documents décrits dans les ordonnances, relativement à une enquête tenue en vue de déterminer s'il existait des éléments de preuve établissant que la société ou ses filiales avaient commis l'infraction de fixation de prix déraisonnablement bas, contrairement à l'al. 34(1)c) de la Loi.

b

Les appellants ont alors sollicité auprès du juge J. Holland de la Haute Cour de l'Ontario un jugement déclarant que l'art. 17 et les ordonnances de comparution violaient les art. 7 et 8 de la *Charte*. Pour les raisons exposées dans les motifs du juge Wilson, le juge Holland a conclu que, dans la mesure où l'art. 17 permettait la production obligatoire de documents, il violait l'art. 8 de la *Charte* mais non l'art. 7: (1986), 54 O.R. (2d) 143. Toujours pour les raisons exposées dans les motifs de ma collègue, la Cour d'appel de l'Ontario a cependant conclu que l'art. 17 ne violait ni l'une ni l'autre de ces dispositions: (1986), 57 O.R. (2d) 257.

c

Notre Cour a accueilli la demande d'autorisation de pourvoi, [1987] 1 R.C.S. xiv, et la question constitutionnelle suivante a été formulée:

1. L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il incompatible avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?

f

La disposition contestée se lit ainsi:

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.

j

(2) Any person summoned under subsection (1) is competent and may be compelled to give evidence as a witness.

(3) A member of the Commission shall not exercise power to penalize any person pursuant to this Act, whether for contempt or otherwise, unless, on the application of the member, a judge of the Federal Court of Canada or of a superior or county court has certified, as such judge may, that the power may be exercised in the matter disclosed in the application, and the member has given to such person twenty-four hours notice of the hearing of the application or such shorter notice as the judge deems reasonable.

(4) Any books, papers, records, or other documents produced voluntarily or in pursuance of an order under subsection (1) shall within thirty days thereafter be delivered to the Director, who is thereafter responsible for their custody, and within sixty days after the receipt of such books, papers, records or other documents by him the Director shall deliver the original or a copy thereof to the person from whom such books, papers, records or other documents were received.

(5) A justice before whom any thing seized pursuant to a search warrant issued with reference to an offence against this Act is brought may, on the application of the Director, order that such thing be delivered to the Director, and the Director shall deal with any thing so delivered to him as if delivery of it had been made to him pursuant to subsection (4).

(6) Every person summoned to attend pursuant to this section is entitled to the like fees and allowances for so doing as if summoned to attend before a superior court of the province in which he is summoned to attend.

(7) The Minister may issue commissions to take evidence in another country, and may make all proper orders for the purpose and for the return and use of evidence so obtained.

(8) Orders to witnesses issued pursuant to this section shall be signed by a member of the Commission.

It should be noted that s. 20 of the Act provides for a number of safeguards for witnesses and persons being investigated. Of particular relevance is s. 20(2) dealing with incriminating evidence, which in Wilson J.'s view affords insufficient pro-

(2) Toute personne assignée sous le régime du paragraphe (1) est habile à agir comme témoin et peut être contrainte à rendre témoignage.

(3) Un membre de la Commission ne doit pas exercer le pouvoir d'infliger une peine à quelque personne en vertu de la présente loi, pour désobéissance ou autrement, à moins que, sur requête de ce membre, un juge de la Cour fédérale du Canada ou d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, n'ait certifié, comme un tel juge peut le faire, que ce pouvoir peut être exercé en la matière révélée dans la requête, et que ce membre n'ait donné à cette personne un avis de vingt-quatre heures de l'audition de la requête ou tel avis plus court que le juge estimera raisonnable.

(4) Tous les livres, pièces, archives ou autres documents produits volontairement ou en conformité d'une ordonnance rendue sous le régime du paragraphe (1) doivent, dans les trente jours, être livrés au directeur, lequel, par la suite, sera responsable de leur garde et devra, dans les soixante jours après les avoir reçus, en remettre l'original ou une copie à la personne de qui ils ont été reçus.

(5) Un juge de paix devant qui est produite une chose saisie en conformité d'un mandat de perquisition décerné à l'égard d'une infraction à la présente loi, peut, sur requête du directeur, ordonner que cette chose soit livrée au directeur, et ce dernier doit disposer de toute chose qui lui est ainsi livrée comme si la livraison de la chose en question lui avait été faite selon le paragraphe (4).

(6) Toute personne assignée en conformité du présent article a droit aux mêmes honoraires et allocations pour ce faire que si elle avait été assignée à comparaître devant une cour supérieure de la province où elle est ainsi assignée.

(7) Le Ministre peut décerner des commissions en vue de recueillir des témoignages dans un autre pays, et il peut rendre toutes ordonnances appropriées à cette fin et pour le renvoi et l'utilisation des témoignages ainsi obtenus.

(8) Les ordonnances aux témoins décernées en conformité du présent article doivent être signées par un membre de la Commission.

Il convient de souligner que l'art. 20 de la Loi accorde aux témoins et aux personnes qui font l'objet d'une enquête un certain nombre de garanties. Je souligne l'importance particulière du par. 20(2) portant sur les témoignages incriminants,

tection to witnesses to permit s. 17 to withstand *Charter* scrutiny. That provision reads 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 under section 121 of the *Criminal Code* for perjury in giving such evidence or a prosecution under section 124 of the *Criminal Code* in respect of such evidence.

Section 8 of the Charter

I shall deal first with s. 8 of the *Charter*. I agree with Wilson J. that that provision grants the right to be secure not only against searches, but against seizures as well. I so stated in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 431, where I went on to add that the essence of a seizure was the taking of a thing from a person by a public official without that person's consent. I see little difference between taking a thing and forcing a person to give it up. I thus also agree with Wilson J. that an order to produce documents under s. 17 of the Act constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The real question under s. 8, therefore, is whether a seizure made under s. 17 can be considered a reasonable seizure.

Reasonableness and the Nature of the Legislation

The difficulty of this question is brought sharply into focus by the opposing reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. Underlying their different approaches to the constitutionality of s. 17 is a disagreement as to the juristic character of the Act. Whereas Wilson J. views it essentially as criminal law, L'Heureux-Dubé J. views it as

qui, de l'avis du juge Wilson, ne protège pas suffisamment les témoins pour permettre à l'art. 17 de résister à un examen fondé sur la *Charte*. Cette disposition se lit ainsi:

a 20. . .

(2) Nul n'est dispensé de comparaître et de rendre témoignage et de produire des livres, documents, archives ou autres pièces en conformité avec 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 application de l'article 121 du *Code criminel* pour parjure dans le cadre de ce témoignage ou dans une poursuite en application de l'article 124 du *Code criminel* à l'égard de ce témoignage.

d

L'article 8 de la Charte

Je vais d'abord traiter de l'art. 8 de la *Charte*. Je partage l'avis du juge Wilson que cette disposition reconnaît le droit à la protection non seulement contre les perquisitions et les fouilles, mais aussi contre les saisies. C'est d'ailleurs ce que j'ai dit dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 431, où j'ai ajouté qu'il y a saisie lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement. Je ne vois pas vraiment de différence entre le fait de prendre une chose et le fait d'obliger une personne à la remettre. Je suis donc également d'accord avec le juge Wilson qu'une ordonnance de production de documents rendue en vertu de l'art. 17 de la Loi constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. La véritable question que soulève ce pourvoi à l'égard de l'art. 8 est donc de savoir si une saisie pratiquée en vertu de l'art. 17 peut être considérée comme raisonnable.

i

Le problème que présente cette question est clairement mis en évidence dans les motifs divergents des juges Wilson et L'Heureux-Dubé. On dénote à la base de leur façon différente d'aborder la constitutionnalité de l'art. 17 un désaccord quant à la nature juridique de la Loi. Alors que le juge Wilson estime que la Loi est essentiellement

regulatory, and hence as part of our administrative law. The resolution of this issue is crucial to the disposition of this appeal. Since the adoption of the *Charter*, Canadian courts have on numerous occasions taken the view that the standard of reasonableness which prevails in the case of a search or seizure made in the course of enforcement of the criminal law will not usually be appropriate to a determination of reasonableness in the administrative or regulatory context; see *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301 (Alta. C.A.), at p. 307; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.), at p. 96; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.), at p. 512; *R. v. Quesnel* (1985), 12 O.A.C. 165, at p. 169; *Bertram S. Miller Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 291 (C.A.), at pp. 319, 324 and 341-43; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261 (B.C.C.A.), at pp. 271-73. The same approach underlies the decision of this Court in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, released concurrently, in which an order to produce documents issued under s. 231(3) of the *Income Tax Act* is viewed as administrative and held to be not unreasonable under s. 8 of the *Charter*.

The application of a less strenuous and more flexible standard of reasonableness in the case of administrative or regulatory searches and seizures is fully consistent with a purposive approach to the elaboration of s. 8. As Dickson J. made clear in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, the purpose of s. 8 is the protection of the citizen's reasonable expectation of privacy (p. 159). But the degree of privacy the citizen can reasonably expect may vary significantly depending upon the activity that brings him or her into contact with the state. In a modern industrial society, it is generally accepted that many activities in which individuals can engage must nevertheless to a greater or lesser extent be regulated by the state to ensure that the individual's pursuit of his or her self-interest is

de nature criminelle, le juge L'Heureux-Dubé estime qu'elle est de nature réglementaire et qu'elle fait donc partie de notre droit administratif. La décision qui sera prise à cet égard est *a* essentielle à la résolution de ce pourvoi. Depuis l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont répété à maintes reprises que la norme du caractère raisonnable applicable dans le cas des fouilles, des perquisitions ou des saisies effectuées *b* dans le cadre de la mise en application du droit criminel ne sera généralement pas appropriée pour déterminer le caractère raisonnable dans le contexte administratif ou réglementaire; voir *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301 (C.A. Alb.), à la p. 307; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.), à la p. 96; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.), à la p. 512; *R. v. Quesnel* (1985), 12 O.A.C. 165, à la p. 169; *Bertram S. Miller Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 291 (C.A.), aux pp. 319, 324 et 341 à 343; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261 (C.A.C.-B.), aux pp. *c* 271 à 273. Le même raisonnement sous-tend l'arrêt de notre Cour *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627 rendu en même temps que le présent arrêt, dans lequel une ordonnance de production de documents rendue en vertu du par. *d* 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, est considérée comme étant de nature administrative et ne pas être abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. *e*

f *g* L'application d'une norme du caractère raisonnable moins sévère et plus souple dans le cas des fouilles, des perquisitions et des saisies en matière administrative ou réglementaire est tout à fait *h* conforme à une interprétation fondée sur l'objet de l'art. 8. Comme le juge Dickson l'a dit clairement dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, l'objet de l'art. 8 est de protéger les attentes raisonnables des citoyens en matière de vie privée (p. 159). Mais ce degré de vie privée auquel le citoyen peut raisonnablement s'attendre peut varier considérablement selon les activités qui le mettent en contact avec l'État. Dans une société *i* industrielle moderne, on reconnaît généralement que de nombreuses activités auxquelles peuvent se livrer des particuliers doivent malgré tout être plus

compatible with the community's interest in the realization of collective goals and aspirations. In many cases, this regulation must necessarily involve the inspection of private premises or documents by agents of the state. The restaurateur's compliance with public health regulations, the employer's compliance with employment standards and safety legislation, and the developer's or homeowner's compliance with building codes or zoning regulations, can only be tested by inspection, and perhaps unannounced inspection, of their premises. Similarly, compliance with minimum wage, employment equity and human rights legislation can often only be assessed by inspection of the employer's files and records.

It follows that there can only be a relatively low expectation of privacy in respect of premises or documents that are used or produced in the course of activities which, though lawful, are subject to state regulation as a matter of course. In a society in which the need for effective regulation of certain spheres of private activity is recognized and acted upon, state inspection of premises and documents is a routine and expected feature of participation in such activity. As A. D. Reid and A. H. Young point out in their article "Administrative Search and Seizure Under the Charter" (1985), 10 *Queen's L.J.* 392, at p. 399, there is a "large circle of social and business activity in which there is a very low expectation of privacy", and in which the "issue is not *whether*, but rather *when*, *how much*, and under what conditions information must be disclosed to satisfy the state's legitimate requirements" (emphasis in original).

The situation is, of course, quite different when the state seeks information, not in the course of regulating a lawful social or business activity, but in the course of investigating a criminal offence. For reasons that go to the very core of our legal

ou moins réglementées par l'État pour veiller à ce que la poursuite des intérêts des particuliers soit compatible avec les intérêts de la collectivité dans la réalisation des buts et des aspirations collectifs.

- a* Dans de nombreux cas, cette réglementation doit nécessairement comporter l'inspection de lieux ou de documents de nature privée par des fonctionnaires de l'État. Pour vérifier si le restaurateur se conforme à la réglementation sur la santé publique, si l'employeur se conforme à la législation sur les normes et la sécurité du travail et si le promoteur ou le propriétaire se conforme au code du bâtiment ou aux règlements de zonage, il n'existe que l'inspection des lieux, et encore celle qui est faite à l'improviste. De même, il arrive fréquemment que le respect des lois sur le salaire minimum, sur l'équité en matière d'emploi et sur les droits de la personne ne puisse être vérifié que par inspection des dossiers et archives de l'employeur.

Il s'ensuit que les attentes des particuliers ne peuvent être très élevées quant au respect de leur droit à la vie privée dans le cas de lieux ou de documents utilisés ou produits dans l'exercice d'activités qui, bien que légales, sont normalement réglementées par l'État. Dans une société où l'on reconnaît le besoin de réglementer efficacement certains domaines d'activités privées et où l'on y donne suite, l'inspection de lieux et de documents par l'État est un aspect routinier auquel les particuliers s'attendent en exerçant cette activité. Comme A. D. Reid et A. H. Young le soulignent dans leur article «Administrative Search and Seizure Under the Charter» (1985), 10 *Queen's L.J.* 392, à la p. 399, il existe un [TRADUCTION] «large éventail d'activités sociales et commerciales dans lesquelles on s'attend très peu au respect de la vie privée», et où la [TRADUCTION] «question n'est pas de savoir *si* les renseignements doivent être divulgués pour satisfaire aux exigences légitimes de l'État, mais plutôt de déterminer le moment, l'étendue et les conditions de la divulgation» (en italique dans l'original).

La situation est évidemment très différente lorsque l'État cherche à obtenir des renseignements non pas dans le cadre de la réglementation d'une activité sociale ou commerciale légale, mais au cours d'une enquête relative à une infraction crimi-

tradition, it is generally accepted that the citizen has a very high expectation of privacy in respect of such investigations. The suspicion cast on persons who are made the subject of a criminal investigation can seriously, and perhaps permanently, lower their standing in the community. This alone would entitle the citizen to expect that his or her privacy would be invaded only when the state has shown that it has serious grounds to suspect guilt. This expectation is strengthened by virtue of the central position of the presumption of innocence in our criminal law. The stigma inherent in a criminal investigation requires that those who are innocent of wrongdoing be protected against overzealous or reckless use of the powers of search and seizure by those responsible for the enforcement of the criminal law. The requirement of a warrant, based on a showing of reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed and evidence relevant to its investigation will be obtained, is designed to provide this protection.

nelle. Pour des raisons qui relèvent du fondement même de nos traditions juridiques, on comprend généralement que les attentes du citoyen sont très grandes quant au respect de son droit à la vie privée dans le cadre de ces enquêtes. Le soupçon qui pèse sur les personnes qui font l'objet d'une enquête criminelle peut compromettre sérieusement et peut-être même de façon permanente leur statut dans la collectivité. Cet aspect à lui seul permettrait au citoyen de s'attendre à ce qu'on porte atteinte à son droit à la vie privée seulement lorsque l'État a démontré qu'il a des motifs sérieux de soupçonner qu'il est coupable. Cette attente est renforcée par le rôle central de la présomption d'innocence dans notre droit criminel. Les stigmates inhérents aux enquêtes criminelles exigent que ceux qui n'ont commis aucun délit soient protégés contre l'exercice excessif ou téméraire des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie que détiennent les responsables de l'application du droit criminel. L'obligation d'avoir un mandat, fondée sur la preuve de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que la preuve pertinente à l'enquête y relative sera obtenue, est conçue pour procurer cette protection.

The Juristic Character of Combines Legislation

Applying the above distinction to this appeal, I think the initial question can be stated in the following form: what degree of privacy can those subject to investigation under the *Combines Investigation Act* reasonably expect in respect of the activities and matters with which such investigation may be concerned? In approaching this question, I would first of all point out that I do not regard the fact that the Act and its predecessors were characterized as criminal law for the purposes of division-of-powers analysis as at all determinative. That characterization depended largely on the restrictive reading given by the Privy Council to the trade and commerce power, a reading which has since been largely modified; see *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at pp. 658-63. Quite apart from this, even if the Act may legitimately be looked upon as falling under the criminal law power for the purposes of s. 91 of the *Constitution*

Appliquant en l'espèce la distinction précédemment établie, je pense que la première question peut être formulée de la façon suivante: dans quelle mesure les personnes faisant l'objet d'une enquête en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* peuvent-elles raisonnablement s'attendre au respect de leur droit à la vie privée relativement aux activités et aux pratiques pouvant être visées par cette enquête? En abordant cette question, je voudrais d'abord souligner que je ne considère pas comme déterminant le fait que la Loi et les lois antérieures en la matière aient été qualifiées de droit criminel aux fins d'une analyse en fonction du partage des compétences. Cette qualification dépendait en bonne partie de l'interprétation restrictive donnée par le Conseil privé à la compétence en matière d'échanges et de commerce, une interprétation qui a depuis été considérablement modifiée; voir l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1

Act, 1867, this would not preclude alternative characterizations that would place the Act under another head of federal legislative power more germane to the present issue; see *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284.

Nor do I regard it as determinative that the Act defines offences and provides for the imprisonment of those who commit them. While I recognize that these features give the Act something of the flavour of criminal law, I do not believe that the fact that an Act provides for sanctions usually associated with the criminal law necessarily means that those subject to its operation have the same expectations of privacy as persons suspected of committing what are by their very nature criminal offences. While I will have more to say about this matter later, it is for the present sufficient to observe that there are pragmatic reasons for the inclusion of imprisonment among the sanctions provided for in the Act which do not alter its essential character as regulatory legislation and which are in fact indicative of the activities and matters it is designed to regulate.

What, in my view, is determinative is the nature of the conduct addressed by the legislation and the purposes for which it is designed to regulate that conduct. There can be little doubt that the conduct prohibited by the Act is far removed from what is the typical concern of the criminal law system, i.e. the “underlining [of] crucial social values” (emphasis added) where “[t]he sort of things prohibited—acts of violence, dishonesty and so on—are acts violating common sense standards of humanity” which we regard as meriting disapprobation and punishment; see Law Reform Commission of Canada, *Our Criminal Law* (1976), at pp. 3, 5 and 7; see also *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499 (N.B.C.A.), at p. 503; reasons adopted [1984] 1 S.C.R. 266; *R. v. Morgentaler*,

R.C.S. 641, aux pp. 658 à 663. Cette question mise à part, même si l'on peut considérer légitimement que la Loi relève de la compétence en matière de droit criminel aux fins de l'art. 91 de la

- a *Loi constitutionnelle de 1867*, cela n'empêcherait pas de la qualifier autrement, de manière à la rattacher à un autre chef de compétence législative fédérale qui se rapprocherait davantage de la question en l'espèce; voir les arrêts *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284.

c Je ne considère pas non plus comme déterminant le fait que la Loi définit des infractions et prévoit des peines d'emprisonnement pour ceux qui les commettent. Bien que j'admette que ces aspects donnent à la Loi une certaine saveur de droit criminel, je ne crois pas que le fait qu'une loi prévoie des sanctions habituellement associées au droit criminel signifie nécessairement que les personnes assujetties à son application ont les mêmes attentes en matière de respect de leur vie privée

d que les personnes soupçonnées d'avoir commis ce qui constitue en soi des infractions criminelles. Je reviendrai là-dessus plus loin, il suffit pour l'instant de souligner qu'il existe des raisons pragmatiques de prévoir l'incarcération parmi les sanctions prévues par la Loi, qui ne modifient pas sa nature essentiellement réglementaire et qui révèlent effectivement les activités et pratiques qu'elle a pour but de réglementer.

g À mon avis, ce qui est déterminant, c'est la nature de la conduite visée par la Loi et les raisons pour lesquelles celle-ci est conçue pour réglementer cette conduite. Il n'y a pas de doute que la conduite interdite par la Loi s'écarte considérablement de ce qui constitue le domaine typique du système de droit criminel, c'est-à-dire la «[mise] en lumière [d]es valeurs sociales fondamentales» (je souligne) ou «[[l]es comportements prohibés, par exemple, les actes de violence ou de malhonnêteté, sont des comportements qui violent des normes humanitaires imposées par le sens commun», et qui justifient qu'on les désapprouve et les sanctionne; voir Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* (1976), aux pp. 4, 5 et 7; voir également l'arrêt *R. v. Chiasson* (1982), 135

[1988] 1 S.C.R. 30, at p. 70. At bottom, the Act is really aimed at the regulation of the economy and business, with a view to the preservation of the competitive conditions which are crucial to the operation of a free market economy. This goal has obvious implications for Canada's material prosperity. It also has broad political overtones in that it is aimed at preventing concentration of power, of critical importance in the present case as it involves control of the press. It must be remembered that private organizations can be just as oppressive as the state when they gain such a dominant position within their sphere of operations that they can effectively force their will upon others.

The conduct regulated or prohibited by the Act is not conduct which is by its very nature morally or socially reprehensible. It is instead conduct we wish to discourage because of our desire to maintain an economic system which is at once productive and consistent with our values of individual liberty. It is, in short, not conduct which would be generally regarded as by its very nature criminal and worthy of criminal sanction. It is conduct which is only criminal in the sense that it is in fact prohibited by law. One's view of whether it should be so proscribed is likely to be functional or utilitarian, in the sense that it will be based on an assessment of the desirability of the economic goals to which combines legislation is directed or its potential effectiveness in achieving those goals. It is conduct which is made criminal for strictly instrumental reasons.

The Act is thus not concerned with "real crimes" but with what has been called "regulatory" or "public welfare" offences. The distinction is clearly made by the Law Reform Commission of Canada in *Criminal Responsibility for Group Action* (Working Paper 16, 1976), at pp. 11-12. After having defined real crimes as those concerned with the reinforcement of society's fundamental values, the Commission says, at p. 12, that a regulatory offence

D.L.R. (3d) 499 (C.A.N.-B.), à la p. 503; motifs retenus à [1984] 1 R.C.S. 266; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 70. Au fond, la Loi vise réellement la réglementation de l'économie et du commerce en vue de protéger les conditions de concurrence cruciales au fonctionnement d'une économie de libre marché. Cet objectif comporte évidemment des conséquences pour la prospérité matérielle du Canada. Il comporte également des incidences politiques importantes en ce qu'il vise à prévenir la concentration du pouvoir, d'importance primordiale ici puisque la présente affaire porte sur le contrôle de la presse. Rappelons que des organismes privés peuvent être tout aussi opprassifs que l'État lorsqu'ils acquièrent un statut tellement important dans leur milieu qu'ils peuvent effectivement imposer leur volonté aux autres.

^d La conduite réglementée ou interdite par la Loi n'est pas en soi moralement ou socialement répréhensible. Il s'agit plutôt d'une conduite que nous voulons décourager en raison de notre volonté de maintenir un système économique qui soit productif et conforme à nos valeurs de liberté individuelle. Bref, ce n'est pas une conduite qui, de par sa nature même, serait généralement considérée comme criminelle et passible de sanctions criminelles. C'est une conduite qui n'est criminelle que parce qu'elle est effectivement interdite par la loi. Une opinion quant à savoir si elle devrait être ainsi interdite sera vraisemblablement fonctionnelle ou utilitaire, en ce sens qu'elle sera fondée sur une évaluation du caractère souhaitable des objectifs économiques visés par la loi relative aux coalitions ou de son efficacité possible dans la poursuite de ces objectifs. C'est une conduite qui est rendue criminelle pour des raisons strictement pratiques.

^e La Loi ne porte donc pas sur des «crimes proprement dits» mais sur ce que l'on appelle des infractions de nature «réglementaire» ou contre le «bien-être public». La Commission de réforme du droit du Canada établit clairement cette distinction dans son document de travail *Responsabilité pénale et conduite collective* (document de travail 16, 1976), aux pp. 11 et 12. Après avoir défini les crimes proprement dits comme ceux qui concernent le renforcement des valeurs fondamentales de la société, la Commission affirme, à la p. 12, que dans le cas de l'infraction de nature réglementaire,

is not primarily concerned with values, but with results. While values necessarily underlie all legal prescriptions, the regulatory offence really gives expression to the view that it is expedient for the protection of society and for the orderly use and sharing of society's resources that people act in a prescribed manner in prescribed situations, or that people take prescribed standards of care to avoid risks of injury. The object is to induce compliance with rules for the overall benefit of society.

The regulatory nature of the offences defined in the Act is made clear by even a cursory consideration of the secondary literature on Canadian competition law. That literature concerns itself with the question of whether Canada should have anti-combines legislation as much as with the sufficiency and details of the legislation. The potential effectiveness of combines legislation in achieving the goals I have referred to, and the possible ill-effects the pursuit of these goals may have on our international competitiveness, have been much debated. It is difficult to imagine a similarly pragmatic and instrumental debate in respect of the offences, such as murder, assault, or theft, which we would immediately and unhesitatingly regard as concerned with criminal behaviour and deserving of punishment.

In the judicial sphere, the regulatory character of the Act has recently been recognized by this Court. In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, *supra*, the Court considered whether s. 31.1 of the Act, which creates a private right of action in respect of loss suffered as a result of conduct contrary to the Act or an order made under it by a court or the Restrictive Trade Practices Commission, was *ultra vires* Parliament. After reviewing and describing the overall structure of the Act, Dickson C.J., speaking for the Court, summarized his findings, at p. 676, as follows:

From this overview of the *Combines Investigation Act* I have no difficulty in concluding that the Act as a whole embodies a complex scheme of economic regulation. The purpose of the Act is to eliminate activities

[j] il ne s'agit pas cette fois de respecter des valeurs, mais d'obtenir des résultats. Bien que les «valeurs» soient nécessairement à la base de toute prescription d'ordre juridique, c'est à l'occasion des infractions réglementaires que se développe l'optique suivant laquelle il est pratique pour la protection de la société et l'utilisation et le partage ordonné de ses ressources, que les gens agissent d'une certaine manière dans des situations déterminées, ou qu'ils adoptent des normes de prudence données pour éviter le risque que surviennent certains préjudices. b Le but est d'inciter la population à se conformer aux règlements pour le bien général de la société.

La nature réglementaire des infractions définies dans la Loi ressort clairement d'un examen même superficiel des ouvrages de doctrine accessoires sur le droit de la concurrence au Canada. Ces ouvrages portent tout autant sur la question de savoir si le Canada devrait avoir des lois anticoalitions que sur le caractère suffisant et les détails de la loi. L'efficacité potentielle d'une loi en matière de coalitions, pour ce qui est de réaliser les objectifs que j'ai mentionnés, et les effets néfastes que peut avoir la poursuite de ces objectifs sur notre concurrence sur le plan international ont fait l'objet de nombreux débats. Il est difficile d'imaginer un débat aussi pragmatique et pratique à l'égard des infractions, comme le meurtre, les voies de fait ou le vol, que nous considérerons automatiquement et sans hésitation comme un comportement criminel méritant d'être puni.

Dans le domaine judiciaire, la Cour a récemment reconnu le caractère réglementaire de la Loi. g Dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, la Cour devait déterminer si l'art. 31.1 de la Loi, qui crée un droit d'action de nature privée en cas de perte subie par suite d'un comportement contraire à la Loi ou du non-respect d'une ordonnance d'un tribunal ou de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, excérait la compétence du Parlement. Après avoir examiné et décrit le régime global de la Loi, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour, a résumé ses conclusions de la façon suivante, à la p. 676:

j Il m'est facile de conclure de cet aperçu général de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions qu'elle comporte un système de réglementation économique complexe. La Loi a pour objet d'éliminer les activités

that reduce competition in the market-place. The entire Act is geared to achieving this objective. The Act identifies and defines anti-competitive conduct. It establishes an investigatory mechanism for revealing prohibited activities and provides an extensive range of criminal and administrative redress against companies engaging in behaviour that tends to reduce competition. In my view, these three components, elucidation of prohibited conduct, creation of an investigatory procedure, and the establishment of a remedial mechanism, constitute a well-integrated scheme of regulation designed to discourage forms of commercial behaviour viewed as detrimental to Canada and the Canadian economy.

This assessment of the Act is consistent with the above discussion. First and most obviously, it refers to the Act as a "complex scheme of economic regulation" (emphasis added) which is "designed to discourage forms of commercial behaviour viewed as detrimental to Canada and the Canadian economy". In other words, the Act does not seek to prevent the proscribed conduct as an end in itself, but seeks instead to prevent the results to which it is believed the behaviour will lead. More subtly, in describing the criminal and administrative remedies which the Act provides for as "the establishment of a remedial mechanism", Dickson C.J. suggests that the use of criminal sanctions in this area is pragmatic or functional in the sense that Parliament has made the determination that such sanctions are necessary to induce compliance with the Act.

This is so, not only of the fines that may be imposed under the Act, but of the sanction of imprisonment that may be imposed in respect of a number of provisions under the Act. For example, a prison sentence of up to five years, with or without an accompanying fine, can be imposed on any individual found guilty of the following offences: conspiracy in respect to various forms of anti-competitive behaviour (s. 32); bid-rigging (s. 32.2); false advertising (s. 36); the making of unsubstantiated representations as to tests and testimonials (s. 36.1); pyramid selling (s. 36.3); referral selling (s. 36.4); offences in relation to the holding of promotional contests (s. 37.2); price maintenance (s. 38); improper refusal to supply (s. 38). In addition, a person can be sentenced to two

qui diminuent la concurrence sur le marché. Toute la Loi est conçue en fonction de cet objet. Elle identifie et définit les pratiques monopolistiques. Elle établit un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle contre les sociétés qui s'adonnent à certaines pratiques tendant à diminuer la concurrence. À mon avis, ces trois éléments que sont l'identification de pratiques interdites, la création d'une procédure d'enquête et l'établissement d'un mécanisme de recours constituent un système de réglementation bien intégré qui vise à décourager des formes de pratiques commerciales considérées comme préjudiciables au Canada et à l'économie canadienne.

Cette évaluation de la Loi est conforme à l'analyse précédente. Premièrement et de façon très évidente, elle qualifie la Loi de «système de réglementation économique complexe» (je souligne) qui «vise à décourager des formes de pratiques commerciales considérées comme préjudiciables au Canada et à l'économie canadienne». En d'autres termes, la Loi vise ultimement à prévenir non pas la conduite interdite, mais les résultats que l'on croit découler de celle-ci. De façon plus subtile, en décrivant les recours de nature administrative et criminelle que la Loi prévoit comme «l'établissement d'un mécanisme de recours», le juge en chef Dickson laisse entendre que l'emploi de sanctions criminelles dans ce domaine est pragmatique ou fonctionnel en ce sens que le Parlement a décidé que ces sanctions sont nécessaires pour faire respecter la Loi.

Il en est ainsi non seulement des amendes qui peuvent être imposées en vertu de la Loi, mais de la peine d'incarcération qui peut être imposée relativement à un certain nombre de dispositions de la Loi. Par exemple, un emprisonnement maximal de cinq ans, avec ou sans amende, peut être imposé à quiconque est déclaré coupable des infractions suivantes: complot relatif à diverses formes de comportements contraires à la concurrence (art. 32); truquage des offres (art. 32.2); publicité trompeuse (art. 36); indications non fondées quant à l'épreuve et aux attestations (art. 36.1); système de vente pyramidale (art. 36.3); vente par recommandation (art. 36.4); infractions relatives à la tenue de concours publicitaires (art. 37.2); maintien des prix (art. 38); refus injustifiable de fournir (art.

years in prison under s. 33, which refers to monopolies and mergers, as well as under s. 34, which defines various illegal trade practices. A two-year sentence can also be imposed under any of the sections dealing with false advertising, representations as to tests or testimonials, or pyramid and referral selling, provided that they are prosecuted by way of summary proceeding. Again, such a sentence may be accompanied by a fine. Finally, there are several sections which provide for the penalty of a one-year term in prison, such as s. 37.1 (selling above advertised price).

I should perhaps elaborate on the underlying reasons for these sanctions. In terms of enforcement mechanisms, combines legislation cannot rely on the type of periodic on-site inspection which is characteristic of many other types of regulatory legislation. This is because it regulates economic activity generally, whereas most other types of regulatory legislation are designed to deal only with certain trades or businesses. To undertake the periodic visitation of all or even most businesses operating within Canada would, from a financial and administrative standpoint, be a massive and perhaps impossible task. Even if it could be financed and effectively managed, it would necessarily involve the regular disruption of business activity, which could in turn decrease overall economic efficiency.

For this reason, as both Canadian and American writers have maintained, the effective implementation of anti-combines or anti-trust legislation depends on the willingness of businesses to conform to the standards of conduct defined in such legislation independently of the frequency or likelihood of state inspection; see P. K. Gorecki and W. T. Stanbury, "Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement, 1889-1976", in J. R. S. Prichard, W. T. Stanbury and T. A. Wilson, eds., *Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics* (1979), at p. 173; E. Rostow, *Planning for Freedom* (1962),

38). En outre, une personne est passible d'un emprisonnement de deux ans en vertu de l'art. 33 qui porte sur les monopoles et les fusions, ainsi qu'en vertu de l'art. 34 qui définit diverses pratiques commerciales illégales. Un emprisonnement de deux ans peut également être imposé en vertu de l'un des articles qui portent sur la publicité trompeuse, les indications quant aux épreuves ou aux attestations ou les ventes pyramidales ou par recommandation, lorsque la personne est poursuivie par voie de procédure sommaire. Ici encore, cette peine peut s'accompagner d'une amende. Enfin, il existe plusieurs dispositions qui imposent une peine d'incarcération d'un an, comme l'art. 37.1 (vente au-dessus du prix annoncé).

Je devrais peut-être m'étendre sur les raisons qui sous-tendent ces sanctions. Quant aux mécanismes d'application, les lois relatives aux coalitions ne peuvent s'appuyer sur le type d'inspection périodique des lieux qui caractérise plusieurs autres types de lois de nature réglementaire, et ce, parce que la Loi réglemente l'activité économique en général, alors que la plupart des autres types de lois de nature réglementaire ne visent que certains commerces ou entreprises. Entreprendre la visite périodique de toutes les entreprises exploitées au Canada ou même de la plupart de celles-ci représenterait, du point de vue financier et administratif, une tâche immense et vraisemblablement impossible. Même si elle pouvait faire l'objet d'un financement et d'une gestion efficace, elle aurait forcément pour effet de perturber régulièrement les activités commerciales, ce qui pourrait diminuer l'efficacité économique globale.

Pour cette raison, comme l'ont affirmé des auteurs canadiens et américains, l'application efficace de lois anticoalitions ou antitrust dépend de la volonté des entreprises de se conformer aux normes de conduite définies dans ces lois indépendamment de la fréquence des inspections tenues par l'État ou de la probabilité qu'il en tienne; voir P. K. Gorecki et W. T. Stanbury, «Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement, 1889-1976», dans J. R. S. Prichard, W. T. Stanbury et T. A. Wilson, éd., *Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics* (1979), à la p. 173; E. Rostow, *Planning for*

at p. 307. Discussion of the means by which this tendency towards "voluntary" compliance can be encouraged has quite naturally focussed on the question of sanctions. As an alternative to regular or periodic and unannounced inspection as a means of achieving behaviour modification, the approach in competition law has been to provide for penalties capable of counterbalancing the incentive to flout the law which a low expectation of detection might otherwise produce. In the vast majority of cases, fines will not be sufficient to the task. Regardless of whether they are imposed on the corporation or its officers, they will usually be paid for by the former. Unless they were to be set at so high a level as to be capable of putting violators out of business (a result that would in most cases be politically and economically indefensible), such fines would simply be treated as part of the cost of doing business. When measured against the relatively low probability of detection, the possibility of suffering a loss by way of a fine may seem inconsequential as compared to the likelihood of making or increasing profits through anti-competitive practices.

Freedom (1962), à la p. 307. L'examen des moyens qui pourraient favoriser cette tendance à se conformer «volontairement» à la Loi a tout naturellement porté sur la question des sanctions.

a Comme solution de rechange à l'inspection régulière ou périodique effectuée à l'improviste afin de réaliser une modification du comportement, le droit en matière de concurrence a voulu prévoir des sanctions susceptibles de contrebalancer l'incitation à faire fi de la loi que pourrait par ailleurs entraîner la faible probabilité de la tenue d'une inspection. Dans la très grande majorité des cas, les amendes ne suffiront pas à la tâche. Que celles-ci soient imposées à la société ou à ses dirigeants, elles seront généralement payées par la première. À moins d'imposer des amendes tellement élevées qu'elles pourraient entraîner la faille des auteurs de l'infraction (un résultat qui

b dans la plupart des cas serait politiquement et économiquement inacceptable), ces amendes seraient simplement considérées comme faisant partie des frais d'exploitation de l'entreprise. En comparaison de la probabilité relativement faible

c de la tenue d'une inspection, le risque de subir une perte par suite de l'imposition d'une amende semble sans importance comparativement à la probabilité de faire des profits ou d'augmenter ceux-ci par des pratiques contraires à la concurrence.

For these reasons, fines are unlikely to encourage the kind of compliance that is necessary if the objectives of combines legislation are to be realized. This is the ultimate rationale for the imprisonment of those responsible for the operation of the company or unincorporated business which engages in anti-competitive conduct. Obviously, there is no way in which the cost of such a penalty can be passed on to the employing company or business. It can only be paid by the officers of the company or business. This introduces an element of personal vulnerability into business decision-making, in so far at least as it relates to the type of conduct and practices proscribed by the *Combines Investigation Act*. The result is that the provisions of the Act are much more likely to be a part of the process by which the company or business decides between alternative courses of conduct. It goes without saying that it also increases the probability

g Pour ces raisons, il est peu probable que les amendes susciteront le genre de respect nécessaire à la réalisation des objectifs des lois relatives aux coalitions. Il s'agit donc de la raison fondamentale justifiant l'emprisonnement des responsables de l'exploitation de la société ou de l'entreprise non constituée en personne morale qui se livre à des pratiques contraires à la concurrence. Il n'existe évidemment aucun moyen de faire assumer le coût de cette peine par la société ou l'entreprise en question. Ce coût ne peut être assumé que par les dirigeants de la société ou de l'entreprise. On introduit alors un élément de vulnérabilité personnelle dans le processus décisionnel des entreprises, à tout le moins en ce qui concerne le type de conduites et de pratiques interdites par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Par conséquent, il est beaucoup plus probable que les dispositions de la Loi fassent partie du processus par

i

that conduct that violates the Act will not be engaged in.

From this perspective it can be seen that the terms of imprisonment provided by the Act are closely and rationally related to the Act's regulatory purpose. To a very large extent, the effectiveness of the Act depends upon the degree to which it is complied with by business organizations, and this in turn depends on the existence of a sanction which will force officers and managers to regard the decision-making of their company or unincorporated employer as a matter of personal responsibility. I believe that this goes far towards justifying any moral or social stigma which imprisonment or its possibility lends to the Act's investigatory machinery. Given that all business ultimately benefits from the competitive conditions the Act is designed to protect, and given that the effectiveness of the Act in protecting these conditions depends on the existence of a compliance incentive other than regular or periodic inspection by anti-combines authorities, this stigma can be seen as a price that has to be paid in return for the continued enjoyment of the conditions upon which modern business depends.

As a final comment, I would point out that the *Combines Investigation Act* is not, as regards sanctions, unlike the *Income Tax Act*. Under section 239 of the latter Act, a taxpayer can be liable to imprisonment to a term "not exceeding 5 years", provided he is, at the election of the Attorney General of Canada, proceeded against by way of indictment. The offences in relation to which this punishment can be imposed are defined in s. 239(1). They include making "false or deceptive statements in a return, certificate, statement or answer filed or made as required by or under this Act" (s. 239(1)(a)); destroying, altering or secreting records or books "to evade payment of a tax imposed by this Act" (s. 239(1)(b)); making or acquiescing in the omission of "a material particular" from the "records or books of account of a

lequel la société ou l'entreprise décide des différents types de conduites à adopter. Il va sans dire que les probabilités d'adoption d'une conduite conforme à la Loi seront meilleures.

Dans cette perspective, on peut constater que les peines d'emprisonnement prévues par la Loi sont intimement et rationnellement liées à la nature réglementaire de la Loi. L'efficacité de la Loi b dépend dans une très large mesure du nombre d'entreprises commerciales qui s'y conforment et ce facteur dépend à son tour de l'existence d'une sanction qui obligera les dirigeants et gestionnaires à considérer comme une question de responsabilité personnelle le processus décisionnel de leur société ou de l'entreprise non constituée en personne morale pour laquelle ils travaillent. J'estime que cet aspect justifie largement les stigmates de d nature morale ou sociale que l'incarcération ou le risque d'incarcération confère au mécanisme d'enquête de la Loi. Puisque toutes les entreprises bénéficient en fin de compte des conditions de concurrence que la Loi vise à protéger, et puisque e l'efficacité de la Loi dans la protection de ces conditions dépend de l'existence d'une mesure incitant à la respecter autre que l'inspection régulière et périodique tenue par les responsables de son application, ce stigmate peut être perçu comme le f prix à payer pour continuer de bénéficier des conditions dont dépendent les entreprises modernes.

Comme dernière remarque, je soulignerais que g la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'est pas différente de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce qui concerne les sanctions. En vertu de l'art. 239 de cette dernière loi, un contribuable peut être h possible «d'un emprisonnement d'au plus 5 ans» si le procureur général du Canada choisit de le poursuivre par voie de mise en accusation. Les infractions qui font l'objet de cette peine sont définies au par. 239(1). Elles comprennent notamment le fait i de faire «des déclarations fausses ou trompeuses [...] dans une déclaration, certificat, état ou réponse produits ou faits en vertu de la présente loi» (al. 239(1)a)), de détruire, altérer, mutiler, j cacher les registres ou livres de compte «pour éluder le paiement d'un impôt établi par la présente loi» (al. 239(1)b)), de consentir ou d'acquies-

taxpayer" (s. 239(1)(c)); evading "wilfully, in any manner . . . compliance with this Act or payment of taxes imposed by this Act" (s. 239(1)(d)); and conspiring "with any person to commit an offence described by paragraphs (a) to (d)" (s. 239(1)(e)). All of these offences relate to conduct that might well be discovered by the exercise of the power to order the production of documents which s. 231(3) confers on the Minister of National Revenue. This has not prevented this Court from characterizing s. 231(3) as a regulatory or administrative power of investigation; see *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*. I do not see why we should regard the possibility of imprisonment as having a different effect in the case of s. 17 of the *Combines Investigation Act*.

cer à l'omission d'inscrire «un détail important dans les registres ou livres de compte d'un contribuable» (al. 239(1)c)), d'évader «volontairement, de quelque manière, [...] l'observation de la présente loi ou le paiement d'un impôt établi en vertu de cette loi» (al. 239(1)d)), et de conspirer «avec une personne pour commettre une infraction visée aux alinéas a) à d» (al. 239(1)e)). Toutes ces infractions se rapportent à une conduite qui pourrait fort bien être découverte par l'exercice du pouvoir d'ordonner la production de documents que le par. 231(3) confère au ministre du Revenu national. Cela n'a pas empêché notre Cour de dire que le pouvoir d'enquête du par. 231(3) est de nature réglementaire ou administrative; voir l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité. Je ne vois pas pourquoi nous devrions considérer le risque d'emprisonnement comme ayant un effet différent dans le cas de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

To recapitulate, the relevance of the regulatory character of the offences defined in the Act is that conviction for their violation does not really entail, and is not intended to entail, the kind of moral reprimand and stigma that undoubtedly accompanies conviction for the traditional "real" or "true" crimes. It follows that investigation for purposes of the Act does not cast the kind of suspicion that can affect one's standing in the community and that, as was explained above, entitles the citizen to a relatively high degree of respect for his or her privacy on the part of investigating authorities. This does not, of course, mean that those subject to investigation under the Act have no, or no significant, expectation of privacy in respect of such investigations. The decision of this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, makes clear that they do. But it does suggest that the degree of privacy that can reasonably be expected within the investigative scope of the Act is akin to that which can be expected by those subject to other administrative and regulatory legislation, rather than to that which can legitimately be expected by those

En résumé, l'importance de la nature réglementaire des infractions définies dans la Loi réside dans le fait que la déclaration de culpabilité par suite de leur violation n'entraîne pas véritablement, et n'a pas pour but d'entraîner, le type de réprimande et de stigmate de nature morale qui accompagne indubitablement la déclaration de culpabilité par suite de la perpétration d'un crime «proprement dit» au sens où on l'entend traditionnellement. Il s'ensuit que l'enquête aux fins de la Loi ne fait pas peser le genre de soupçon qui peut porter atteinte au statut d'une personne dans la collectivité et, comme je l'ai déjà expliqué, qui permet au citoyen de s'attendre à ce que les responsables de l'enquête accordent un respect relativement élevé à son droit en matière de vie privée. Cela ne signifie pas évidemment que les personnes visées par une enquête tenue en vertu de la Loi n'ont aucune attente, même significative, quant au respect de leur droit à la vie privée. L'arrêt de notre Cour *Hunter c. Southam Inc.*, précité, affirme clairement le contraire. Mais l'arrêt laisse entendre que le respect du droit à la vie privée auquel on peut raisonnablement s'attendre dans le cadre d'une enquête en vertu de la Loi est semblable à celui auquel peuvent s'attendre ceux qui sont assujettis à d'autres lois de nature administrative et réglementaire, plutôt qu'à celui auquel peuvent

subject to police investigation for what I have called "real" or "true" crimes.

Rights of Privacy in Business Records

In so far as s. 17 of the Act is concerned, this conclusion is strengthened by the fact that it will be typically, if not exclusively, used to order the production of business records. I take it as axiomatic, on standard administrative law principles, that s. 17 can only be activated by either the Director of Investigations or the members of the Restrictive Trade Practices Commission in the course of an inquiry or investigation which they are by the Act empowered to undertake. The matters about which the Act allows or requires inquiry or investigation concern, without exception, business decisions or practice, and it would, I think, be a very rare situation in which documents of a personal nature could be relevant to their investigation. This means that business records and documents will normally be the only records and documents that can lawfully be demanded under s. 17.

While such records are not devoid of any privacy interest, it is fair to say that they raise much weaker privacy concerns than personal papers. The ultimate justification for a constitutional guarantee of the right to privacy is our belief, consistent with so many of our legal and political traditions, that it is for the individual to determine the manner in which he or she will order his or her private life. It is for the individual to decide what persons or groups he or she will associate with, what books he or she will read, and so on. One does not have to look far in history to find examples of how the mere possibility of the intervention of the eyes and ears of the state can undermine the security and confidence that are essential to the meaningful exercise of the right to make such choices. But where the possibility of such intervention is confined to business records and documents, the situation is entirely different. These records and documents do not normally contain information about one's lifestyle, intimate relations or political or religious opinions. They do not, in short, deal with those aspects of individual identity

légitimement s'attendre ceux qui font l'objet d'une enquête policière relativement à ce que j'ai appelé des crimes « proprement dits ».

Les droits au respect de la vie privée et les documents de l'entreprise

En ce qui concerne l'art. 17 de la Loi, cette conclusion est renforcée par le fait qu'il sera généralement, sinon exclusivement, utilisé pour ordonner la production de dossiers de l'entreprise. Il est incontestable, compte tenu des principes ordinaires du droit administratif, que le directeur des enquêtes ou les membres de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce sont les seuls à pouvoir invoquer l'art. 17 au cours de l'enquête qu'ils peuvent tenir en vertu de la Loi. Les questions qui peuvent ou doivent faire l'objet d'une enquête en vertu de la Loi portent, sans exception, sur les décisions ou pratiques de l'entreprise et j'estime qu'il serait très rare que des documents de nature personnelle soit pertinents relativement à leur enquête. Cela signifie qu'en principe seuls les dossiers et documents des entreprises pourront être légalement exigés en vertu de l'art 17.

Bien que ces dossiers ne soient pas dépourvus d'intérêt de nature privée, il est raisonnable de dire qu'ils soulèvent des préoccupations beaucoup moins importantes que les documents personnels. L'argument suprême à l'appui d'une garantie constitutionnelle du droit au respect de la vie privée repose sur notre conviction, conforme à tant de nos traditions juridiques et politiques, qu'il appartient à l'individu de déterminer la façon dont il mènera sa vie privée. Il appartient à l'individu de décider quels sont les personnes ou groupes qu'il fréquentera, les livres qu'il lira, etc. Il n'est pas nécessaire de remonter très loin dans l'histoire pour trouver des exemples qui démontrent à quel point la seule possibilité d'intervention de l'État peut saper la sécurité et la confiance essentielles à un exercice significatif du droit de faire ces choix. Mais lorsque la possibilité d'une telle intervention est restreinte aux dossiers et documents de l'entreprise, la situation est tout à fait différente. Ces dossiers et documents ne contiennent habituellement pas de renseignements relatifs au mode de vie d'une personne, à ses relations intimes ou à ses convictions

which the right of privacy is intended to protect from the overbearing influence of the state. On the contrary, as already mentioned, it is imperative that the state have power to regulate business and the market both for economic reasons and for the protection of the individual against private power. Given this, state demands concerning the activities and internal operations of business have become a regular and predictable part of doing business. Under these circumstances, I cannot see how there could be a very high expectation of privacy in respect of the records and documents in which this information is contained.

politiques ou religieuses. Bref, ils ne traitent pas de ces aspects de l'identité personnelle que le droit à la vie privée vise à protéger de l'influence envahissante de l'État. Au contraire, comme je l'ai déjà souligné, il est impératif que l'État ait le pouvoir de réglementer le commerce et le marché tant pour des raisons économiques que pour protéger l'individu d'un pouvoir de nature privée. Cela étant dit, les demandes de l'État relatives aux activités et aux opérations internes des entreprises sont maintenant choses courantes et prévisibles en matière commerciale. Compte tenu de ces circonstances, je ne crois pas qu'il puisse y avoir de très grandes attentes en matière de vie privée à l'égard des dossiers et des documents qui contiennent des renseignements de cette nature.

My views regarding the limited privacy interest in business records are amply supported, as my colleague L'Heureux-Dubé J. has demonstrated, by the American courts in assessing the constitutionality of *subpoenae duces tecum*; see *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632 (1950); *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946). These cases, it is true, are largely framed in terms of the interrelationship of the state to corporations, and there is no question that the considerations I have described above are even more apparent in the case of corporations. There is nothing either in s. 17 itself or any other section of the Act to suggest that it is limited to the seizure of the records and documents of corporations. However, this would certainly usually be the case. No authority need be cited for the propositions that our economy is dominated by large corporations and that most of the economic activity with which the Act is concerned happens within or is organized by corporations. As in the present case, it is the conduct of corporations that will typically be investigated, and the records and documents of corporations that will be subpoenaed under s. 17. Competition law, therefore, functions largely within the corporate environment.

^d Mon opinion à cet égard est amplement confirmée, comme ma collègue le juge L'Heureux-Dubé l'a démontré, par les tribunaux américains qui ont évalué la constitutionnalité des *subpoenae duces tecum*; voir *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632 (1950); *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946). Il est vrai que ces arrêts se fondent en grande partie sur les relations réciproques entre l'État et les sociétés, et il ne fait pas de doute que les considérations que j'ai décrites auparavant sont encore plus apparentes dans le cas des sociétés. Rien dans l'art. 17 lui-même ni dans un autre article de la Loi ne laisse entendre que cet article est restreint à la saisie de dossiers et de documents des sociétés. Cependant, il est certain que ce serait généralement le cas. Il n'est pas nécessaire de citer des sources à l'appui des propositions que notre économie est dominée par de grandes sociétés et que la plupart des activités économiques visées par la Loi se déroulent à l'intérieur de ces sociétés ou sont organisées par celles-ci. Comme en l'espèce, ce sont les pratiques des sociétés qui feront habituellement l'objet d'une enquête, et ce sont les dossiers et documents des sociétés qui feront l'objet d'un subpoena en vertu de l'art. 17. Par conséquent, le droit en matière de concurrence s'exerce en grande partie à l'intérieur du monde des sociétés.

In fact, however, I do not view the expectations of privacy relating to business documents of corporations as significantly different for present purposes from those of business enterprises functioning under other legal regimes. Officers of the company and other individuals may also be implicated by what is found in corporate documents. Besides, it would be strange if the ambit of the Act were required to be limited by a consideration of the legal mechanism employed to conduct business rather than the nature of the behaviour sought to be regulated. The notion that a distinction is called for because the corporation is a creature of the state, which appears in United States jurisprudence, will not, in my view, withstand scrutiny. It is the policy considerations underlying the legislation that are relevant, and while these considerations apply with greater force to corporate bodies (hence the concentration on them in practice), they are also relevant to other business entities as well.

I, therefore, conclude that those who are ordered under s. 17 of the *Combines Investigation Act* to "make production of books, papers, records or other documents" can claim only a limited expectation of privacy in respect of those books, papers, records or documents. The relevant question in this appeal then becomes whether s. 17 unreasonably infringes on this limited expectation of privacy.

Sections 10 and 17—Hunter v. Southam Inc.

The foregoing conclusion is in no way inconsistent with this Court's decision in *Hunter v. Southam Inc., supra*, notwithstanding that it also concerned the constitutionality of investigative powers under the *Combines Investigation Act*, specifically those provided by s. 10. While there are in that case some passing remarks that might arguably suggest that the Act was regarded as being of a criminal character (see pp. 154 and 167), the distinction between regulatory and true criminal offences was not even mentioned, let alone considered. I see no reason, therefore, why these elliptic references should be construed as holding that the Act and all the other legislation prescrib-

De fait cependant, je considère que les attentes en matière de respect de la vie privée relativement aux documents des sociétés ne sont pas très différentes, aux fins du présent pourvoi, de celles des entreprises commerciales exploitées sous un autre régime juridique. Les dirigeants de la société et les autres individus peuvent également être visés par ce qu'on trouve dans les documents de la société. Du reste, il serait étrange que la portée de la Loi soit restreinte par le mécanisme juridique utilisé pour exploiter l'entreprise plutôt que par la nature des comportements visés par la réglementation. L'idée qu'une distinction doive être établie parce que la société est une création de l'État, ce qui apparaît dans la jurisprudence américaine, ne peut à mon avis résister à un examen minutieux. Ce sont les considérations de politique qui sous-tendent la Loi qui sont pertinentes et, bien que ces considérations s'appliquent plus rigoureusement aux personnes morales (d'où l'importance qu'on leur accorde en pratique), elles s'appliquent également aux autres entités commerciales.

Je conclus donc que ceux à qui l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ordonne de produire «des livres, documents, archives ou autres pièces» ne peuvent faire valoir qu'une attente restreinte au respect de leur droit à la vie privée relativement à ces livres, documents, archives ou pièces. La question pertinente en l'espèce revient donc à savoir si l'art. 17 porte déraisonnablement atteinte à cette attente restreinte au respect du droit à la vie privée.

Les articles 10 et 17—Hunter c. Southam Inc.

La conclusion précédente est tout à fait compatible avec l'arrêt de notre Cour *Hunter c. Southam Inc.,* précité, même si celui-ci porte également sur la constitutionnalité des pouvoirs d'enquête prévus par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, plus précisément ceux de l'art. 10. Bien que l'on puisse prétendre que certaines remarques de cet arrêt permettent de conclure que l'on considérait la Loi comme étant de nature criminelle (voir les pp. 154 et 167), la distinction entre les infractions de nature réglementaire et les infractions véritablement criminelles n'a même pas été mentionnée, encore moins examinée. Je ne vois donc aucune raison d'interpréter ces allusions comme si elles

ing anti-competitive offences must, for all purposes and in all situations, satisfy the stringent standards of reasonableness usually applicable in criminal investigations. To do so would, in my view, severely hamper and perhaps render impossible the effective investigation of anti-competitive offences. These offences typically take the form of subtle alterations in otherwise perfectly legal business practices, and the effect they produce will often appear to be fully explicable by reference to the forces that normally determine success or failure in our economic system. Investigation to a much greater degree than is the case with regard to more traditional criminal offences will often be a necessary preliminary to the determination of whether the commission of an offence should even be suspected. To hold that anti-combines investigators must always obtain a warrant by showing reasonable and probable grounds as to the commission of an offence and the existence of relevant evidence before they exercise any power of investigation that falls within the ambit of s. 8 of the *Charter* would, in these circumstances, immunize perpetrators of anti-competitive offences from discovery and prosecution.

I see no reason to interpret *Hunter v. Southam Inc.* in this rigid fashion. It must be remembered that that case was concerned with the constitutionality of s. 10 of the Act, and that that provision, unlike s. 17, conferred on the Director of Investigations a power of search as well as seizure. It must surely be obvious that a power to search premises and take away documents is far more intrusive than a mere power to order the production of documents. Accordingly, the fact that the power there was held to be an unreasonable violation of reasonable expectations of privacy in no way determines that a power to order the production of documents must also be held to be an unreasonable intrusion on privacy. I can do no better in this regard than to refer to the reasons of Wilson J. in the companion case of *R. v. McKinlay Transport Ltd., supra*. At page 649 of her reasons,

permettaient de conclure que la Loi et toutes les autres lois prévoyant des sanctions pour les pratiques contraires à la concurrence devaient, à toutes fins utiles, répondre aux normes sévères du caractère raisonnable habituellement applicables dans les enquêtes criminelles. À mon avis, prétendre le contraire pourrait sérieusement compromettre et peut-être même rendre impossible la tenue d'enquêtes efficaces relativement à des infractions contre la concurrence. Ces infractions prennent généralement l'allure d'altérations subtiles apportées à ce qui constitue par ailleurs des pratiques commerciales tout à fait légales et l'effet qu'elles produisent pourra souvent s'expliquer par les forces qui font normalement le succès ou l'échec d'une entreprise dans notre système économique. Une enquête beaucoup plus poussée qu'en matière d'infractions criminelles plus traditionnelles sera souvent nécessaire avant de décider si la perpétration d'une infraction devrait même être soupçonnée. Affirmer que les enquêteurs en matière de coalitions doivent toujours obtenir un mandat, en démontrant qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et qu'il existe des éléments de preuve pertinents, avant de pouvoir exercer n'importe quel pouvoir d'enquête relevant de la portée de l'art. 8 de la *Charte* empêcherait, dans ces circonstances, la découverte et la poursuite des auteurs d'infractions contre la concurrence.

Je ne vois aucune raison d'interpréter l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* aussi rigoureusement. Il faut se rappeler que cet arrêt portait sur la constitutionnalité de l'art. 10 de la Loi et que cette disposition, contrairement à l'art. 17, conférait au directeur des enquêtes le pouvoir de perquisitioner et de fouiller ainsi que celui de saisir. Manifestement, il est clair que le pouvoir de perquisitioner dans des lieux et de prendre des documents est beaucoup plus envahissant que le simple pouvoir d'ordonner la production de documents. Par conséquent, le fait qu'on ait conclu dans cet arrêt que le pouvoir constituait une violation abusive des attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée ne permet aucunement de conclure que le pouvoir d'ordonner la production de documents constitue également une violation abusive du droit à la vie privée. À cet égard, je ne puis que men-

she says, in respect of the Minister of Revenue's power to order the production of documents from taxpayers:

The greater the intrusion into the privacy interests of an individual, the more likely it will be that safeguards akin to those in *Hunter* will be required. Thus, when the tax officials seek entry onto the private property of an individual to conduct a search or seizure, the intrusion is much greater than a mere demand for production of documents. The reason for this is that, while a taxpayer may have little expectation of privacy in relation to his business records relevant to the determination of his tax liability, he has a significant privacy interest in the inviolability of his home.

With appropriate modifications, this statement perfectly summarizes the difference between this appeal and *Hunter v. Southam Inc.* To paraphrase Wilson J., I would say that while a business, be it incorporated or unincorporated, may have little expectation of privacy in relation to its business records relevant to an investigation under the Act, it has a significant privacy interest in the inviolability of its business premises. It must be added that its owners and managers also have a significant privacy interest in the inviolability of their private homes, since there was nothing in s. 10 to restrict the Director's powers of search to business premises.

The proposition that those associated with a business have a greater privacy interest in the physical integrity of their homes than in the records and documents of that business should require no demonstration. But this hardly means that a significant privacy interest does not also subsist in relation to one's business premises. While it can fairly be said that business records do not usually contain information relating to one's personal affairs, opinions and associations, the same cannot be said with confidence of everything that may be found or observed in business files or premises. People who work in offices (the type of

tionner les motifs du juge Wilson dans l'arrêt connexe *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité. À la page 649 de ses motifs, elle dit ce qui suit au sujet du pouvoir du ministre du Revenu d'ordonner aux contribuables de produire des documents:

Plus grande est l'atteinte aux droits à la vie privée des particuliers, plus il est probable que des garanties semblables à celles que l'on trouve dans l'arrêt *Hunter* seront nécessaires. Ainsi, le fait pour des agents du fisc b de pénétrer dans la propriété d'un particulier pour y faire une perquisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents. La raison en est que même s'il est possible que le contribuable s'attende peu à ce que c son droit à la protection de sa vie privée soit respecté relativement à ses documents commerciaux utiles pour établir son assujettissement à l'impôt, il n'en attache pas moins d'importance au respect de l'inviolabilité de son domicile.

d En y apportant les modifications qui s'imposent, cet extrait résume parfaitement bien la différence entre ce pourvoi et l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Pour paraphraser les propos du juge Wilson, je e dirais que même si une entreprise, qu'elle soit ou non constituée en personne morale, ne peut avoir de telles attentes à l'égard de ses documents commerciaux pertinents relativement à une enquête tenue en vertu de la Loi, elle attache beaucoup d'importance au respect de l'inviolabilité de ses locaux. Il faut ajouter que ses propriétaires et gestionnaires attachent également beaucoup d'importance à l'inviolabilité de leur domicile puisque f rien dans l'art. 10 ne restreint les pouvoirs du directeur de perquisitionner dans les locaux de l'entreprise.

Il va de soi que les personnes qui font partie d'une entreprise attachent plus d'importance à l'intégrité physique de leur domicile qu'aux dossiers et documents de l'entreprise. Mais cela ne signifie pas qu'ils n'attachent pas non plus d'intérêt à la protection des locaux de leur entreprise. Bien que l'on puisse raisonnablement dire que les dossiers d'entreprise ne contiennent habituellement pas de renseignements relatifs aux affaires, aux opinions et aux fréquentations personnelles d'un particulier, on ne peut affirmer la même chose avec autant de conviction de tout ce qui peut être trouvé ou observé dans les dossiers ou les locaux de l'entre-

workplace that would typically be searched under combines legislation) think of their own offices as personal space in a manner somewhat akin to the way in which they view their homes, and act accordingly. In part this reflects an understandable need to humanize an environment in which people spend a good deal of their waking hours. It may in part reflect the simple reality that human life is not divisible into mutually exclusive compartments of professional and personal which correspond with the office and the home. Indeed, an office may actually be more private than the home in so far as one's relations with family are concerned. Whatever the reason, it is a fact that in an office one is likely to find personal letters, private telephone and address directories, and many other indicators of the personal life of its occupant. The requirement to submit to a search of business premises by agents of the state can therefore amount to a requirement to reveal aspects of one's personal life to the chilling glare of official inspection. It seriously invades the right to be secure against unreasonable search and seizure. This is not the case with a power to order the production of records and documents relevant to the investigation of anti-competitive offences; there the eyes of the state can see no further than the business records it is entitled to demand.

prise. Les gens qui travaillent dans des bureaux (le genre de milieu de travail où l'on perquisitionnerait habituellement en vertu de la loi relative aux coalitions) perçoivent ceux-ci comme un endroit personnel, un peu comme ils perçoivent leur domicile, et agissent en conséquence. Cela traduit en partie le besoin compréhensible d'humaniser un environnement fréquenté une bonne partie de la journée. Cela peut refléter en partie le simple fait que la vie humaine ne peut être compartimentée en section professionnelles et personnelles étanches correspondant au bureau et au domicile. D'ailleurs, un bureau peut s'avérer plus privé que le domicile en ce qui concerne les relations familiales. Peu importe la raison, il est effectivement probable que l'on trouvera dans un bureau des lettres personnelles, des répertoires d'adresses et de numéros de téléphone privés et bien d'autres indices de la vie personnelle de son occupant. L'obligation de subir la perquisition des lieux de l'entreprise par des fonctionnaires de l'État peut donc revenir à obliger le particulier à révéler des aspects de sa vie privée au regard froid de fonctionnaires. Cela porte sérieusement atteinte au droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. On ne peut dire la même chose du pouvoir d'ordonner la production de dossiers et de documents qui ont rapport à l'enquête relative à une infraction contre la concurrence: alors, le regard de l'État s'arrête aux dossiers de l'entreprise qu'il peut exiger.

g La nature et l'objet de l'art. 17

The Nature and Purpose of Section 17

The greater intrusiveness of the investigative powers challenged in *Hunter v. Southam Inc.* fully supported the application in that case of the stringent criteria of reasonableness reproduced in Wilson J.'s reasons. By the same token, the limited scope of the power to order the production of documents, together with the limited privacy interests that can be said to reside in the records and documents that can be lawfully demanded, makes these criteria inappropriate for determination of the constitutionality of s. 17. As I have already suggested, their application might make our anti-combines legislation practically unenforceable. In particular, it would be regrettable if the power to order production of documents was dependent, as

La nature plus intrusive des pouvoirs d'enquête contestés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* justifiait tout à fait, dans cet arrêt, l'application de critères plus sévères du caractère raisonnable, que reprend le juge Wilson dans ses motifs. En même temps, la portée restreinte du pouvoir d'ordonner la production de documents, ainsi que le peu de renseignements de nature privée susceptibles de se trouver dans les dossiers et documents qui peuvent être légalement exigés, rend ces critères inadéquats pour se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 17. Comme je l'ai déjà signalé, leur application pourrait rendre les lois relatives aux coalitions pratiquement inexécutoires. En particulier, il serait regrettable que le pouvoir d'ordonner la production

it would be under the *Hunter v. Southam Inc.* criteria, on the ability to establish reasonable and probable grounds to believe that an offence under the Act had been committed.

That is so because of the difficulty of discovering violations of combines legislation. While investigatory difficulties are obviously a concern in all law enforcement activity, it is important to note the distinctive nature of those encountered by authorities charged with the enforcement of anti-combines legislation. In the traditional police investigation, there will typically be no question that an offence has been committed. A body will have been found, a person will report the theft of their belongings or an attack on their person, or a person will have been observed engaging in a prohibited course of conduct. In other words, the commission of most of the offences typically investigated by the police requires the creation of physical evidence or at least a course of conduct that is physically observable. This means that the usual problem in a police investigation will not be to determine whether the law has been broken, but will instead be the difficulty of linking a particular person or persons to the offence that is known to have been committed.

In the case of anti-combines legislation, the situation is quite different. Under the *Combines Investigation Act*, an inquiry by the Director of Investigation and Research or a member of the Restrictive Trade Practices Commission, or the Commission itself, can relate either to the granting or violation of an order under Part V of the Act or the commission of an offence under Part VI. Both the conduct constituting a violation of such order and the conduct constituting an offence are, with exceptions, not generally observable by third parties; nor do they produce a result that announces (or perhaps even strongly indicates) that they have in fact been engaged in. For the most part, they take place within the hidden boardrooms and offices of corporations. They can, in some cases at least, be engaged in by the most subtle of alterations in otherwise totally legitimate activities, such as the pricing of goods or the decision as to

de documents dépende, comme ce serait le cas en vertu du critère de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, de la capacité d'établir l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction à la Loi a été commise.

Il en est ainsi en raison de la difficulté de découvrir les violations des lois relatives aux coalitions. Bien que les difficultés d'enquête soient évidemment toujours un sujet de préoccupation en matière d'application des lois, il est important de souligner la nature distincte des problèmes rencontrés par les responsables de l'application des lois anticoalitions. Dans une enquête policière traditionnelle, on sait généralement qu'une infraction a été commise. Un corps aura été trouvé, une personne portera plainte parce que ses biens auront été volés ou parce qu'elle aura été attaquée, ou on aura vu une personne se livrer à une conduite interdite. En d'autres termes, la perpétration de la plupart des infractions qui font généralement l'objet d'une enquête des policiers exige l'établissement d'une preuve matérielle ou, à tout le moins, une conduite que l'on peut physiquement observer. C'est dire que le problème habituel d'une enquête policière n'est pas de déterminer si la loi a été violée, mais d'établir un lien entre une personne ou des personnes en particulier et l'infraction que l'on sait avoir été commise.

En matière de lois anticoalitions, la situation est très différente. En vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, l'enquête tenue par le directeur des enquêtes et recherches, un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce ou la Commission elle-même peut porter soit sur la délivrance ou la violation d'une ordonnance rendue en vertu de la partie V de la Loi soit sur la perpétration d'une infraction visée à la partie VI. La conduite qui constitue une violation d'une telle ordonnance et la conduite qui constitue une infraction ne sont, sauf exceptions, généralement pas observables par des tiers; elles ne produisent pas non plus un résultat qui laisse voir (ou indique peut-être même sérieusement) qu'on s'est livré à celles-ci. La plupart du temps, elles se déroulent à l'abri des salles de conférence et des bureaux des sociétés. Dans certains cas à tout le moins, elles peuvent prendre l'allure d'altérations

whether or not to submit a bid in response to particular tenders. The corollary of this last point is that many of the regulated or proscribed forms of conduct produce results, such as the decision to supply one buyer and not another, or the decision to price a good at one possible level rather than another, or the decision to bid on one tender but not another, which are fully explicable as normal or routine business decisions. In short, much of the conduct the Director must be able to inquire into produces no "smoking gun"; see the remarks of Estey J. in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at p. 238, cited *infra*. The following quotation from S. V. Wilson and A. H. Matz, "Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and Analysis of Investigative Methods" (1977), 14 *Am. Crim. L. Rev.* 651, at p. 651, encapsulates the problems involved in investigating economic crimes generally:

But economic crimes are far more complex than most other federal offences. The events in issue usually have occurred at a far more remote time and over a far more extensive period. The "proof" consists not merely of relatively few items of real evidence but of a large roomful of often obscure documents. In order to try the case effectively, the Assistant United States Attorney must sometimes master the intricacies of a sophisticated business venture. Furthermore, in the course of doing so, he, or the agents with whom he works, often must resolve a threshold question that has already been determined in most other cases: Was there a crime in the first place? To use the colloquial, it is not so much a matter of "whodunit" as "what-was-done". [Emphasis added.]

For example, s. 32.2, which makes it an offence to be party to a bid-rigging arrangement, defines bid-rigging as "an agreement or arrangement between or among two or more persons whereby one or more of such persons agrees or undertakes not

les plus subtiles apportées à des activités par ailleurs tout à fait légitimes, comme la fixation des prix des marchandises ou la décision de présenter une soumission en réponse à des appels d'offres particuliers. Dans ce dernier cas, il s'ensuit que plusieurs formes de conduites réglementées ou interdites produisent des résultats, comme la décision d'approvisionner un acheteur plutôt qu'un autre, la décision de fixer le prix d'une marchandise à un niveau donné plutôt qu'à un autre ou la décision de présenter une soumission à un appel d'offres plutôt qu'à un autre, qui s'inscrivent très bien dans les prises de décisions normales ou habituelles. Bref, la plupart des conduites qui font l'objet d'une enquête par le directeur ne laissent pas de traces visibles; voir les remarques du juge Estey dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la p. 238, reproduites plus loin. L'extrait suivant de S. V. Wilson et A. H. Matz, «Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and Analysis of Investigative Methods» (1977), 14 *Am. Crim. L. Rev.* 651, à la p. 651, résume les difficultés liées aux enquêtes sur les crimes économiques en général:

[TRADUCTION] Mais les crimes économiques sont beaucoup plus complexes que la plupart des autres infractions relevant de la compétence fédérale. Les événements en cause se sont généralement produits à une époque beaucoup plus lointaine et sur une période beaucoup plus longue. La «preuve» ne se résume pas simplement à quelques rares éléments de preuve matérielle mais à une grande pièce remplie de documents souvent obscurs. Pour plaider efficacement, le substitut du procureur général des États-Unis doit parfois maîtriser les complexités d'une entreprise commerciale sophistiquée. En outre, ce faisant, celui-ci, ou les fonctionnaires qui travaillent avec lui, doivent souvent répondre à une question fondamentale à laquelle on a déjà répondu dans la plupart des autres cas: Premièrement, un crime a-t-il été commis? En langage courant, la question n'est pas tellement de savoir «qui a commis l'infraction» mais «qu'est-ce qui a été commis». [Je souligne.]

Par exemple, l'art. 32.2, qui prévoit que quiconque participe à un truquage d'offres commet une infraction, définit le truquage des offres comme «l'accord ou arrangement entre plusieurs personnes par lequel au moins l'une d'elles consent ou s'en-

to submit a bid in response to a call or request for bids or tenders", or "the submission . . . of bids or tenders that are arrived at by agreement or arrangement between or among two or more bidders or tenderers". The implementation of such an arrangement would in many cases be indistinguishable from the usual process by which tenders are submitted and in which tenderers decide between jobs based on their genuine assessment of what they are capable of doing and what they are likely to be recognized as capable of doing. Similarly, s. 38(6) makes it an offence "by threat, promise or any like means, attempt to induce a supplier . . . as a condition of his doing business with the supplier, to refuse to supply a product to a particular person or class of persons because of the low pricing policy of that person or class of persons". Again, once implemented, such a "refusal to supply" would probably "look" like a perfectly normal pattern of commercial relations. Similar analyses could be made, in the cases of other offences, in respect of s. 32 (conspiracy) and s. 38 (price maintenance). In the case of the matters with respect to which the Commission can make orders under Part IV.1 of the Act, a similar analysis can be made in respect of s. 31.4 which empowers the Commission to prohibit persons from continuing to engage in exclusive dealing, market restriction or tied-selling.

In brief, because of the nature of the conduct regulated by the Act, there will in many cases be no way of determining whether proscribed conduct has been engaged in, short of studying the process by which a suspected corporation or business has made and implemented its decisions. In this respect, the situation is not unlike that under the *Income Tax Act*. I agree with Wilson J. that under the latter Act, it will often be "impossible to determine from the face of the return whether any impropriety has occurred in its preparation" (see *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*, at p. 648). I would simply add that under the *Combines Investigation Act* it will likewise often be impossible for those responsible for its enforcement to

gage à ne pas présenter d'offre en réponse à un appel ou à une demande d'offres ou de soumissions», ou «la présentation [...] d'offres ou de soumissions qui sont le fruit d'un accord ou arrangement entre plusieurs enchérisseurs ou soumissionnaires». Dans plusieurs cas, la mise à exécution d'un tel arrangement pourrait ne pas se distinguer du processus habituel par lequel des soumissions sont présentées et où les soumissionnaires décident des travaux à exécuter selon une évaluation véritable de leur capacité d'exécution et ce qu'on les croit capables d'exécuter. De même, le par. 38(6) prévoit que «[n]ul ne doit, par menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, tenter de persuader un fournisseur [...] en en faisant la condition de leurs relations commerciales, de refuser de fournir un produit à une personne donnée ou à une catégorie donnée de personnes en raison du régime de bas prix de cette personne ou catégorie». Encore une fois, lorsqu'il sera mis à exécution, un tel «refus de fournir» aura probablement «l'air» d'une condition tout à fait normale des relations commerciales. Des analyses semblables pourraient être faites dans le cas des autres infractions concernant l'art. 32 (complot) et l'art. 38 (maintien des prix). En ce qui concerne les questions au sujet desquelles la Commission peut rendre des ordonnances en vertu de la partie IV.1 de la Loi, une analyse semblable peut être faite en ce qui concerne l'art. 31.4 qui permet à la Commission d'interdire aux personnes de continuer de pratiquer l'exclusivité, les ventes liées ou de se livrer à la limitation du marché.

En résumé, étant donné la nature des conduites réglementées par la Loi, il sera souvent impossible de déterminer si une personne s'est livrée à la conduite interdite sans examiner le processus par lequel une société ou une entreprise soupçonnée a pris et exécuté ses décisions. À cet égard, la situation est semblable à ce qui se produit sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Je suis d'accord avec le juge Wilson qu'en vertu de cette dernière loi, il est souvent «impossible de dire, à première vue, si une déclaration a été préparée de façon irrégulière» (voir l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité, à la p. 648). J'ajouterais simplement que les responsables de l'application de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*

determine whether it has in fact been violated. I see no reason why this factor should be relevant to the constitutionality of the power to order production found in the former Act but irrelevant to the constitutionality of a substantially similar power found in the latter Act. Investigatory mechanisms which force corporations and other businesses to divulge what they and only they can know about their internal affairs are part of the state's interest in the enforcement of combines legislation. The power to subpoena books, records and documents is obviously one such investigatory mechanism. To limit its use to situations in which the Director or a Commission member can show reasonable and probable grounds to believe that a specific offence has been committed would frustrate the process of investigation at its very inception.

These considerations have played an important role in shaping the American approach to combines legislation. Thus in *United States v. Morton Salt Co., supra*, the Federal Trade Commission, in the course of an anti-trust investigation, by subpoena ordered production of certain documents to satisfy itself that previously-issued cease and desist orders were being complied with. In upholding the subpoena, Jackson J., writing for the court, stated at pp. 642-43:

The only power that is involved here is the power to get information from those who best can give it and who are most interested in not doing so. Because judicial power is reluctant if not unable to summon evidence until it is shown to be relevant to issues in litigation, it does not follow that an administrative agency charged with seeing that the laws are enforced may not have and exercise powers of original inquiry. It has a power of inquisition, if one chooses to call it that, which is not derived from the judicial function. It is more analogous to the Grand Jury, which does not depend on a case or controversy for power to get evidence but can investigate merely on suspicion that the law is being violated, or even just because it wants assurance that it is not. When investigative and accusatory duties are delegated by statute to an administrative body, it, too, may take steps

seront de même souvent incapables de déterminer si la Loi a effectivement été violée. Je ne vois aucune raison pour laquelle ce facteur devrait être pertinent quant à la constitutionnalité du pouvoir d'ordonner la production de documents dans le cas de la première loi, mais non pertinent quant à la constitutionnalité d'un pouvoir en grande partie identique dans le cas de la seconde. Les mécanismes d'enquête qui obligent les sociétés et les autres entreprises à divulguer ce qu'elles sont les seules à connaître de leurs affaires internes font partie de l'intérêt qu'a l'État à ce que les lois relatives aux coalitions soient appliquées. Le pouvoir d'ordonner la production de livres, d'archives et de documents fait évidemment partie de ce mécanisme d'enquête. En limiter l'emploi à des situations où le directeur ou un membre de la Commission peut établir l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction précise a été commise entraînerait le processus d'enquête à son origine même.

Ces questions ont joué un rôle important dans la formulation de la position américaine au sujet des lois relatives aux coalitions. Ainsi, dans l'arrêt *United States v. Morton Salt Co.*, précité, la Federal Trade Commission a, au cours d'une enquête relative à une loi antitrust, ordonné par subpoena la production de certains documents pour vérifier si on s'était conformé à des ordonnances de ne pas faire. En confirmant la validité du subpoena, le juge Jackson affirme, au nom de la cour, aux pp. 642 et 643:

[TRADUCTION] Le seul pouvoir dont il est question ici, c'est le pouvoir d'obtenir des renseignements de ceux qui sont les mieux placés pour les donner et les moins intéressés à le faire. Parce que les tribunaux, quand ils en ont la compétence, hésitent à exercer leurs pouvoirs d'ordonner la production d'une preuve avant que sa pertinence dans le litige ne soit établie, il ne s'ensuit pas qu'un organisme administratif responsable de l'application des lois ne peut avoir ni exercer de pouvoirs d'enquête qui lui sont propres. Il a, si l'on veut, un pouvoir d'enquête qui ne découle pas du pouvoir judiciaire. Son pouvoir ressemble davantage à celui du grand jury qui n'a pas besoin d'une instance ou d'une controverse pour obtenir des éléments de preuve mais peut enquêter dès qu'il soupçonne que la loi est violée, ou même simplement pour s'assurer qu'il n'y a pas eu violation de la loi.

to inform itself as to whether there is probable violation of the law. [Emphasis added.]

This passage was quoted with approval in *Federal Trade Commission v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (D.C. Cir. 1977). In that case, one of the grounds on which the subpoena was challenged was that the relevant legislation did not provide for sufficient judicial supervision of the process by which the subpoena was issued. In rejecting this argument, the Court of Appeal for the District of Columbia said, at pp. 872-73, that:

... the scope of issues which may be litigated in an enforcement proceeding must be narrow, because of the important governmental interest in the expeditious investigation of possible unlawful activity. As the Ninth Circuit has noted, the "very backbone of an administrative agency's effectiveness in carrying out the congressionally mandated duties of industry regulation is the rapid exercise of the power to investigate . . ." *FMC v. Port of Seattle*, 521 F.2d 431, 433.

I acknowledge that I have found little literature dealing specifically with the importance of s. 17 to the Director and Commission's efforts to enforce the Act. This is not really surprising given that the Director, the officer who has historically shoudered the brunt of the investigative responsibility under the Act, was until quite recently able to rely on the power to enter and search premises. It is instructive to note, however, that in the course of an explanation of proposed amendments to the Act, the Government of Canada defended the scope of the Director's powers of investigation by emphasizing the difficulties of detection which characterize anti-competitive offences. At page 29 of the Minister of Consumer and Corporate Affairs' pamphlet, *Combines Investigation Act Amendments 1984: Background Information and Explanatory Notes* (1984), the following appears:

The powers of the Director are essential to determining both whether and to what extent offences have been committed under the Act and whether certain restrictive or predatory practices are being engaged in which should be prohibited or whether an anti-competitive merger should be remedied. [Emphasis added.]

Lorsque la loi délègue des pouvoirs d'enquête et d'accusation à un organisme administratif, celui-ci peut également prendre des mesures pour vérifier s'il y a violation de la loi. [Je souligne.]

- a* Ce passage a été cité et approuvé dans l'arrêt *Federal Trade Commission v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (D.C. Cir. 1977). Dans cet arrêt, l'un des motifs de contestation du subpoena était que la loi applicable ne prévoyait pas un pouvoir de contrôle judiciaire suffisant du processus par lequel le subpoena avait été décerné. En rejetant cet argument, la Cour d'appel du district de Columbia a affirmé, aux pp. 872 et 873, que:
- c* [TRADUCTION] ... l'étendue des questions qui peuvent être contestées dans une procédure d'exécution doit être restreinte en raison de l'intérêt important qu'a le gouvernement dans la tenue d'enquêtes expéditives sur l'existence d'activités illégales. Comme l'a souligné la Cour du neuvième Circuit le «pivot même de l'efficacité d'un organisme administratif dans l'exercice des pouvoirs délégués par le Congrès en matière de réglementation des entreprises est l'exercice rapide du pouvoir d'enquête . . .» *FMC v. Port of Seattle*, 521 F.2d 431, à la p. 433.

Je reconnaissais avoir trouvé peu d'ouvrages portant précisément sur l'importance de l'art. 17 pour le directeur et la Commission dans la mise en application de la Loi. Cela n'est pas vraiment surprenant puisque le directeur, le fonctionnaire qui a toujours été responsable de la tenue des enquêtes en vertu de la Loi, pouvait jusqu'à tout récemment invoquer le pouvoir d'entrer et de perquisitionner dans les lieux. Il est cependant intéressant de souligner que le gouvernement du Canada, dans ses explications sur le projet de modification de la Loi, a défendu l'étendue des pouvoirs d'enquête du directeur en soulignant que les infractions en matière de concurrence sont difficiles à découvrir. À la page 34 de la brochure du ministre de la Consommation et des Corporations intitulée, *Modifications de 1984 à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions: Documentation de base et notes explicatives* (1984), on lit:

Les pouvoirs du Directeur sont essentiels pour déterminer si des infractions ont été commises et dans quelle mesure, et si certaines pratiques restrictives ou abusives qui devraient être interdites sont utilisées. [Je souligne.]

The pamphlet goes on to characterize suggestions that all of the Director's powers of investigation should be circumscribed by a requirement equivalent to the warrant requirement in criminal law as a failure "to appreciate the nature of offences being investigated under the Act" (p. 29).

Those suggestions, I think, also fail to appreciate the real function of s. 17. Essentially, it serves the same purpose as a programme of regular inspection in other areas of the law which, as I have already noted, is neither possible nor desirable in this context. The fact that an investigation may occur encourages compliance as in the case of inspections under other regulatory legislation. As in the case of the *Income Tax Act*, discussed in *R. v. McKinlay Transport Ltd., supra*, the Act is to a considerable extent self-enforcing, but, as already noted, this ultimately depends on effective sanctions which in turn depend on the possibility of adequate investigation. Estey J. aptly describes the need for such investigation in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission), supra*, at p. 238:

The area under investigation concerns trading crimes which by nature are difficult of investigation. Persons conspiring to profit improperly from trade combinations do not create much physical evidence and have every opportunity to disguise their conduct. The impact of the crime on the individuals affected is in each case very small in economic terms but in gross produces sizeable criminal profit. Again this type of crime requires more than the usual combination of informants and complainants from the public at large. The demonstration of the crime generally requires the early and active investigative action by the state itself. An awareness of these concerns by the legislators is apparent when the investigative program established in the Act is read as a whole. [Emphasis added.]

I do not think the factors there noted are any less cogent now than they were before the enactment of the *Charter*.

Le Ministre poursuit en disant que la proposition selon laquelle les pouvoirs d'enquête du directeur devraient tous être limités par une condition équivalente à celle du mandat en droit criminel «ne

a tient pas compte de la nature des infractions qui font l'objet d'une enquête en vertu de la Loi» (p. 34).

b Je pense de plus que cette proposition ne tient pas compte du véritable rôle de l'art. 17. Il vise essentiellement le même but qu'un programme d'inspections régulières dans d'autres domaines du droit et, comme je l'ai déjà souligné, cela n'est ni possible ni souhaitable dans ce contexte. Parce qu'une enquête peut avoir lieu, l'entreprise a tendance à se conformer à la Loi comme dans le cas des inspections en vertu d'autres lois de nature réglementaire. Comme dans le cas de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, examinée dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité, l'existence même de la Loi suffit dans une large mesure à la faire observer mais, comme je l'ai déjà souligné, cela dépend en fin de compte de l'efficacité des sanctions qui à leur tour dépendent de la possibilité de tenir une enquête appropriée. Le juge Estey décrit bien la nécessité de ces enquêtes dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, précité, à la p. 238:

g Le domaine d'enquête en cause concerne les crimes commerciaux qui par nature font difficilement l'objet d'une enquête. Les personnes qui complotent de profiter à tort de quelque tractation commerciale ne laissent guère de preuves matérielles derrière elles et elles ont toute l'occasion voulue pour camoufler leur conduite. L'effet du crime sur les individus touchés est, dans chaque cas, négligeable sur le plan économique, mais il génère globalement un profit criminel important. Faut-il le redire, ce genre de crime exige plus, pour le combattre, que la combinaison habituelle de dénonciateurs et de plaignants en provenance du grand public. La preuve du crime requiert généralement des mesures d'enquête promptes et actives de la part de l'État lui-même. La conscience de ces préoccupations par le législateur est apparente lorsque la procédure d'enquête établie par la Loi est envisagée dans son ensemble. [Je souligne.]

j Je ne crois pas que les facteurs soulignés dans cette affaire soient moins pertinents maintenant qu'ils ne l'étaient avant l'adoption de la *Charte*.

If it is unnecessary under s. 17 to establish the existence, on reasonable and probable grounds, of a belief that a particular offence has been committed, then compliance with the remaining *Hunter v. Southam Inc.* criteria also becomes unnecessary. All of these are derivative from the reasonable and probable grounds requirement. This is obviously the case in respect of the requirement to show "reasonable grounds to believe that something which will afford evidence of the particular offence under investigation will be recovered". It is also true of the requirement that the use of the power of search or seizure must depend on "a system of prior authorization, by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the state against those of the individual". As Wilson J. today points out in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, there is no role for such an arbiter where there is no requirement of reasonable and probable grounds, since "his central role under *Hunter* is to ensure that the person seeking the authorization has reasonable and probable grounds to believe that a particular offence has been committed, that there are reasonable and probable grounds to believe that the authorization will turn up something relating to that particular offence, and that the authorization only goes so far as to allow the seizure of documents relevant to that particular offence" (emphasis in original) (p. 649). The fact that s. 17 provides for an *ex parte* application by members of the Commission, who in *Hunter v. Southam Inc.* were found to be insufficiently detached from the process of investigation for the purposes of an application for permission to search premises, is not therefore fatal to its constitutionality.

Nor would it make sense to hold that s. 17 must comply with the final *Hunter v. Southam Inc.* criterion, the requirement "that the only documents which are authorized to be seized are those which are strictly relevant to the offence under investigation". If it is not necessary that the investigators establish reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed, it cannot be necessary that a particular offence be under investigation at all. It follows that it cannot

S'il n'est pas nécessaire d'établir en vertu de l'art. 17 l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction particulière a été commise, il n'est pas nécessaire non plus de se conformer aux autres critères de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*. Ceux-ci découlent de l'exigence de motifs raisonnables et probables. C'est évidemment le cas en ce qui concerne l'obligation d'établir l'existence de «motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise». Cela est également vrai de l'exigence que l'exercice du pouvoir de fouille, de perquisition ou de saisie dépende d'une «procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu». Comme le juge Wilson le souligne aujourd'hui dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, l'arbitre n'a aucun rôle à jouer lorsqu'il n'existe aucune exigence de motifs raisonnables et probables puisque «son rôle principal, selon l'arrêt *Hunter*, consiste à s'assurer que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction précise a été commise, qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l'autorisation permettra de découvrir quelque chose ayant trait à cette infraction précise, et que l'autorisation ne vise qu'à permettre la saisie de documents se rapportant à l'infraction précise» (souligné dans l'original) (p. 649). Le fait que les membres de la Commission, dont on a dit, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, qu'ils n'étaient pas suffisamment détachés du processus d'enquête puissent présenter une requête *ex parte* en vertu de l'art. 17 n'a donc pas pour effet de rendre cet article inconstitutionnel.

Il ne serait pas logique non plus de conclure que l'art. 17 doit être conforme au dernier critère de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, «que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête». S'il n'est pas nécessaire que les enquêteurs établissent l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise, il n'est pas nécessaire non plus qu'une infraction précise fasse l'objet de l'enquête.

be necessary that only documents relevant to the investigation of a particular offence be seized.

The Scope of Section 17

I hasten to add that this does not mean that there is no limitation to the potential scope of an order to produce documents which can be validly issued under s. 17. The material sought must be relevant to the inquiry in progress. The question of relevancy, however, must be related to the nature and purpose of the power accorded under s. 17. As to whether the obligation, when challenged, to satisfy this standard of relevancy can be said to make a seizure under s. 17 "reasonable" within the meaning of s. 8 of the *Charter*, I note that it is in American law the principal precondition to the satisfaction of the Fourth Amendment's protection against unreasonable search and seizure, in so far as that protection enures to those ordered to produce documents.

In *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, *supra*, which concerned an order to produce documents issued by the Administrator of *The Fair Labor Standards Act*, Rutledge J., speaking on behalf of the majority of the Supreme Court, said of the Fourth Amendment that the "gist of the protection is in the requirement, expressed in terms, that the disclosure sought shall not be unreasonable" (p. 208). He went on to say that, in regard to *subpoena duces tecum*, this did not require "that a specific charge or complaint of violation of law be pending or that the order be made pursuant to one" (p. 209). Instead, it was sufficient that:

... the investigation be for a lawfully authorized purpose, within the power of Congress to command.... The requirement of "probable cause, supported by oath or affirmation," literally applicable in the case of a warrant, is satisfied in that of an order for production by the court's determination that the investigation is authorized by Congress, is for a purpose Congress can

Il s'ensuit qu'il ne peut être nécessaire que seuls les documents qui ont rapport à l'enquête relative à une infraction précise soient saisis.

a La portée de l'art. 17

Je m'empresse d'ajouter que cela ne signifie pas que la portée éventuelle d'une ordonnance de produire des documents, qui peut être rendue valablement en vertu de l'art. 17, n'a pas de limites. Les documents recherchés doivent se rapporter à l'enquête en cours. La question de la pertinence doit cependant se rapporter à la nature et à l'objet du pouvoir conféré en vertu de l'art. 17. Quant à savoir si on peut dire que l'obligation, lorsqu'elle est contestée, de respecter cette norme de pertinence rend la saisie en vertu de l'art. 17 «raisonnable» au sens de l'art. 8 de la *Charte*, je souligne qu'en droit américain c'est la principale condition préalable pour bénéficier de la protection du Quatrième amendement contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives dans la mesure où cette protection s'applique à ceux qui se voient ordonner de produire des documents.

Dans l'arrêt *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, précité, qui portait sur une ordonnance de produire des documents rendue par l'administrateur de *The Fair Labor Standards Act*, le juge Rutledge, s'exprimant au nom des juges formant la majorité de la Cour suprême, a affirmé au sujet du Quatrième amendement que la [TRADUCTION] «protection accordée se réduit à l'exigence, expressément formulée, que la divulgation demandée ne soit pas déraisonnable» (p. 208). Il a poursuivi en disant qu'en ce qui concerne le *subpoena duces tecum*, il n'était pas nécessaire [TRADUCTION] «qu'une accusation ou une plainte précise relativement à la violation d'une loi ait été portée ou que l'ordonnance ait été rendue par suite d'une telle accusation ou plainte» (p. 209). Il suffisait plutôt que:

[TRADUCTION] ... l'enquête soit tenue pour une fin autorisée par la loi, c'est-à-dire pour une fin qui relève du pouvoir du Congrès. [...] L'exigence d'un «motif plausible, soutenu par serment ou affirmation», qui s'applique littéralement aux mandats, est remplie dans le cas d'une ordonnance de production dès que le tribunal décide que l'enquête a été autorisée par le Congrès,

order, and the documents sought are relevant to the inquiry. [Emphasis added.]

It is true that *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling* was not concerned with a subpoena issued in the course of an inquiry into the violation of anti-trust legislation, but it was applied without qualification to just such a subpoena in *United States v. Morton Salt Co., supra*, where Jackson J., speaking on behalf of the court, said that "it is sufficient if the inquiry is within the authority of the agency, the demand is not too indefinite and the information sought is reasonably relevant" (p. 652). There are many other cases in which the "relevancy to a lawful inquiry" test has been applied to subpoenas issued by agencies or officials investigating anti-trust violations; see *People v. Allen*, 103 N.E.2d 92 (Ill. 1952); *Federal Trade Commission v. Tuttle*, 244 F.2d 605 (2d Cir. 1957); *Adams v. Federal Trade Commission*, 296 F.2d 861 (8th Cir. 1961); *People v. Dorr*, 265 N.E.2d 601 (Ill. 1971); *Federal Trade Commission v. Texaco, Inc., supra*. What is more, a modern treatise on American anti-trust law makes it clear that American courts continue to rely on the "relevancy to a lawful inquiry test" in determining the constitutionality of subpoena issued by anti-trust authorities; see E. W. Kintner and W. P. Kratzke, *Federal Antitrust Law* (1986), vol. VI, § 45.25, at pp. 248-56.

The requirement that the order to produce documents be relevant to a lawful inquiry does not exhaust the American law in this area. In *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, the Supreme Court said that beyond relevancy there was the Fourth Amendment requirement of sufficient particularity in "describing the place to be searched, and the persons or things to be seized", which in the case of a *subpoena duces tecum* "comes down to specification of the documents to be produced adequate, but not excessive, for the purposes of the relevant inquiry" (p. 209). It is

qu'elle vise un but relevant du pouvoir du Congrès et que les documents demandés sont pertinents pour les fins de l'enquête. [Je souligne.]

a Il est vrai que l'arrêt *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling* ne concernait pas un subpoena délivré au cours d'une enquête sur la violation d'une loi antitrust, mais l'arrêt a été appliqué sans restriction à un tel subpoena dans l'arrêt *United States v. Morton Salt Co.*, précité, où le juge Jackson a affirmé, au nom de la cour, que [TRADUCTION] «il est suffisant si l'enquête relève du pouvoir de l'organisme, si la demande n'est pas trop vague et si les renseignements recherchés sont raisonnablement pertinents» (p. 652). Il existe plusieurs autres décisions dans lesquelles le critère de la [TRADUCTION] «pertinence relativement à l'enquête autorisée légalement» a été appliqué à des subpoenas délivrés par des organismes ou des responsables enquêtant relativement à des violations de lois antitrust; voir les arrêts *People v. Allen*, 103 N.E.2d 92 (Ill. 1952); *Federal Trade Commission v. Tuttle*, 244 F.2d 605 (2d Cir. 1957); *Adams v. Federal Trade Commission*, 296 F.2d 861 (8th Cir. 1961); *People v. Dorr*, 265 N.E.2d 601 (Ill. 1971); *Federal Trade Commission v. Texaco, Inc.,* précité. Qui plus est, un traité moderne sur la législation antitrust américaine révèle clairement que les tribunaux américains continuent de recourir au [TRADUCTION] «critère de la pertinence relativement à l'enquête autorisée légalement» pour déterminer la constitutionnalité des subpoenas délivrés par des autorités agissant en vertu de lois antitrust; voir E. W. Kintner et W. P. Kratzke, *Federal Antitrust Law* (1986), vol. VI, § 45.25, aux pp. 248 à 256.

b L'exigence que l'ordonnance de produire des documents soit pertinente pour les fins de l'enquête autorisée légalement n'est pas la seule condition du droit américain en la matière. Dans l'arrêt *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, la Cour suprême a dit qu'au-delà de la pertinence, il y a le Quatrième amendement qui exige une précision suffisante dans [TRADUCTION] «la description [du] lieu à fouiller et [d]es personnes ou choses à saisir», ce qui, dans le cas d'un *subpoena duces tecum* [TRADUCTION] «se ramène à une désignation des documents à produire qui soit suffisante

usually said that there are two aspects to this "adequate specification" requirement. The first is quite simply that the subpoena must be sufficiently clear and specific to inform the subpoenaed party of precisely what documents are being demanded. The second is that the subpoena must only be as broad as is necessary for the purposes of the inquiry in progress. An unduly broad subpoena will be struck down on grounds of burdensomeness; see *Federal Trade Commission v. American Tobacco Co.*, 264 U.S. 298 (1924), at pp. 305-6.

While both of these requirements are self-evidently sensible, they do not in my opinion appear to have a basis distinct from the overriding requirement that the order to produce documents be relevant to a lawful inquiry. Rather, they seem to be common sense standards by which to measure such relevancy. The objection of overbreadth is surely only an objection that documents not relevant to the inquiry in progress are being demanded. To the extent that it could be interpreted as an absolute bar to all subpoenas demanding the production of more than a certain number of documents, it would be inconsistent with the maxim, set down in *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, that "relevancy and adequacy or excess in the breadth of the subpoena are matters variable in relation to the nature, purposes and scope of the inquiry" (p. 209). Similarly, the requirement that the subpoena be sufficiently precise and clear in terms of its identification of the documents demanded would simply be a necessary prerequisite to any determination of the relevancy of those documents to the inquiry relied on by the demanding authority.

Returning to the requirement of relevancy itself, I note that under the American test, as under s. 17 of the Act, there is no requirement that relevancy to a lawful inquiry be determined before the subpoena is issued; it is sufficient if its relevancy can be challenged by way of judicial review; see W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the*

aux fins de l'enquête en question, sans être d'une précision excessive» (p. 209). On affirme généralement que cette exigence d'une [TRADUCTION] «mention suffisante» comporte deux aspects. Le premier est tout simplement que le subpoena doit être suffisamment clair et précis pour informer exactement la partie visée des documents précis qui sont demandés. Le second est que la portée du subpoena ne doit pas être plus large que nécessaire pour les fins de l'enquête en cours. Un subpoena dont la portée est trop large sera annulé parce qu'il comporte un fardeau trop lourd; voir l'arrêt *Federal Trade Commission v. American Tobacco Co.*, 264 U.S. 298 (1924), aux pp. 305 et 306.

Bien que ces deux exigences soient manifestement sensées, j'estime que leur fondement ne paraît pas distinct de l'exigence primordiale que l'ordonnance de produire des documents soit pertinente pour les fins d'une enquête autorisée légalement. Elles semblent plutôt constituer des normes relevant du sens commun qui permettent d'évaluer cette pertinence. Il est certain que l'objection de la portée trop large n'est qu'une objection portant que les documents demandés ne sont pas pertinents pour l'enquête en cours. Dans la mesure où elle pourrait être interprétée comme un obstacle absolu à la délivrance de subpoenas exigeant la production de plus qu'un certain nombre de documents, elle serait incompatible avec la règle formulée dans l'arrêt *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, selon laquelle [TRADUCTION] «la pertinence et le caractère suffisant ou la généralité excessive du subpoena varient selon la nature, les objets et l'ampleur de l'enquête» (p. 209). De même, l'exigence que le subpoena soit suffisamment clair et précis pour identifier les documents demandés constituerait simplement une condition préalable nécessaire pour déterminer la pertinence des documents demandés par les autorités en question pour les fins de l'enquête.

Pour revenir à l'exigence de la pertinence elle-même, je souligne qu'en vertu du critère américain comme en vertu de l'art. 17 de la Loi, il n'est pas nécessaire que la pertinence pour les fins d'une enquête autorisée légalement soit déterminée avant la délivrance du subpoena; il suffit que sa pertinence puisse être contestée par voie de contrôle

Fourth Amendment (2nd ed. 1987), vol. 2, § 4.13(e), at p. 382, n. 111. I note also that the expressed rationale for requiring no greater satisfaction of the Fourth Amendment refers to the same factors, namely the difficulty of determining whether violations of anti-trust (and other regulatory) legislation has in fact occurred, to which I have referred earlier in these reasons. In *United States v. Morton Salt Co.*, *supra*, Jackson J., we saw, said at p. 642 that the "only power that is involved here is the power to get information from those who best can give it and who are most interested in not doing so". In *People v. Dorr*, *supra*, which also concerned investigations under anti-trust laws, the Supreme Court of Illinois said, at p. 603:

Because of the numerous and varied activities which may constitute substantive violations of the quoted portions of the Act, grand jury investigations seeking to ascertain the probable existence of such violations must be given the broadest scope possible, consistent, of course, with constitutional limitations. Thus in the circumstances here present, what we observed in *People v. Allen*, 410 Ill. 508, 517, 103 N.E.2d 92, 96, is particularly pertinent: "In litigated cases, materiality can be fixed with a relatively high degree of precision by reference to the issues formulated in the pleadings. No standard of comparable certainty exists with respect to an inquiry by a grand jury. The very purpose of such an inquiry is to uncover matters previously unknown to the investigating agency." [Emphasis added.]

Both of these statements can be regarded as applications to the anti-trust context of an assumption that underlies the position of the American courts to the constitutionality of *subpoenae duces tecum* in a wide range of administrative and regulatory contexts. LaFave, *op. cit.*, sums up this position by noting that "most courts recognize that administrative regulation of business is a necessary by-product of industrialization and that effective regulation requires effective investigative procedures" (pp. 380-81). More expansively, K. C.

judiciaire; voir W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (2^e éd. 1987), vol. 2, § 4.13e), à la p. 382, n. 111. Je souligne également que la raison expresse pour laquelle on n'exige pas un respect plus rigoureux du Quatrième amendement se rapporte aux mêmes facteurs que j'ai mentionnés précédemment dans ces motifs, c'est-à-dire à la difficulté de déterminer s'il y a effectivement eu violation des lois antitrust (et d'autres lois de nature réglementaire). Dans l'arrêt *United States v. Morton Salt Co.*, précité, nous avons vu que le juge Jackson affirme, à p. 642 que le «seul pouvoir dont il est question ici, c'est le pouvoir d'obtenir des renseignements de ceux qui sont les mieux placés pour les donner et les moins intéressés à le faire». Dans l'arrêt *People v. Dorr*, précité, qui portait également sur des enquêtes tenues en vertu de lois antitrust, la Cour suprême de l'Illinois a affirmé, à la p. 603:

[TRADUCTION] En raison des nombreuses et diverses activités qui peuvent constituer des violations substantielles des extraits reproduits de la Loi, il faut accorder aux enquêtes menées par le grand jury en vue de déterminer l'existence probable de ces violations la plus grande portée possible, laquelle doit cependant être conforme aux limites constitutionnelles. Ainsi, dans les circonstances de l'espèce, ce que nous avons constaté dans l'arrêt *People v. Allen*, 410 Ill. 508, 517, 103 N.E.2d 92, 96, est particulièrement pertinent: «Dans les litiges, le caractère substantiel peut être déterminé avec un degré de précision relativement élevé par rapport aux questions formulées dans les procédures. Aucun degré de certitude comparable n'existe à l'égard d'une enquête menée par un grand jury. L'objet même de cette enquête est de mettre à jour des questions jusque-là inconnues de l'organisme enquêteur.» [Je souligne.]

Ces deux affirmations peuvent être considérées comme des applications, dans le contexte des lois antitrust, d'une présomption qui sous-tend la position des tribunaux américains à l'égard de la constitutionnalité des *subpoenae duces tecum* dans un large éventail de contextes administratifs et réglementaires. LaFave, *op. cit.*, résume cette position en soulignant que [TRADUCTION] «la plupart des tribunaux reconnaissent que la réglementation administrative des entreprises est un sous-produit nécessaire de l'industrialisation et qu'une réglementation efficace exige des procédures d'enquête efficaces» (pp. 380 et 381). De façon plus élaborée,

Davis, in his book *Administrative Law Text* (3rd ed. 1972), says at pp. 66-67:

But a better understanding of the significance of what has happened emphasizes the inevitability. Each step follows inexorably: Industrialization brings regulation. Regulation necessitates administrative processes. Agencies cannot operate without access to facts. Ideas about privacy, standing in the way of agencies which seek information indispensable to intelligent regulation, have to give way. In the same way that the gasoline engine made inevitable the development of the airplane, mass production methods and all they symbolize produce complex business arrangements which bring forth equally intricate governmental mechanisms requiring effective exercise of the administrative power of investigation. And the courts as a result feel called upon to write out of the Constitution the protections that the courts at an earlier time felt called upon to write into the Constitution.

These statements suggest the same kind of connection between broad investigatory powers and effective economic regulation which I have argued is fundamental to a proper understanding of the state's interest in the enforcement of anti-combines legislation. The following statement from the leading case of *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, *supra*, at p. 213, is indicative of the rationale that lies behind the relaxation of Fourth Amendment rights in respect of *subpoenae duces tecum*:

... petitioners' view [that subpoena could only be validly issued if issued in accordance with the traditional Fourth Amendment requirements], if accepted, would stop much if not all of investigation in the public interest at the threshold of inquiry and, in the case of the Administrator, is designed avowedly to do so. This would render substantially impossible his effective discharge of the duties of investigation and enforcement which Congress has placed upon him. And if his functions could be thus blocked, so might many others of equal importance.

I find this body of American jurisprudence, emphasizing as it does the vital importance of the power to order the production of documents in the effective regulation of modern economic enterprise, highly persuasive. The courts in Canada, no less than those in the United States, cannot remain

K. C. Davis, dans son ouvrage *Administrative Law Text* (3^e éd. 1972), affirme, aux pp. 66 et 67:

[TRADUCTION] Mais une meilleure compréhension de l'importance de ce qui s'est produit en souligne le caractère inévitable. Chaque étape est inexorable: l'industrialisation entraîne la réglementation. La réglementation exige un processus administratif. Les organismes ne peuvent fonctionner sans avoir accès aux faits. Les notions de respect de la vie privée qui entravent les organismes en quête de renseignements indispensables à une réglementation intelligente doivent céder le pas. Tout comme les moteurs à essence ont rendu inévitable le développement de l'avion, les modes de production en série et tout ce qu'ils représentent sont à l'origine d'arrangements commerciaux complexes qui font intervenir également des mécanismes gouvernementaux tout aussi complexes qui exigent que le pouvoir d'enquête administratif soit exercé efficacement. Il s'ensuit que les tribunaux estiment devoir écarter de la Constitution les protections qu'ils avaient auparavant estimé devoir inscrire dans la Constitution.

Ces affirmations font ressortir le même genre de rapport entre des pouvoirs d'enquête étendus et une réglementation économique efficace qui, je l'ai affirmé, est essentiel pour bien comprendre l'intérêt qu'a l'État dans l'application des lois relatives aux coalitions. L'extrait suivant de l'arrêt de principe *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, précité, à la p. 213, indique la raison d'être qui justifie l'assouplissement des droits reconnus par le Quatrième amendement à l'égard des *subpoenae duces tecum*:

[TRADUCTION] ... si la thèse des requérants [que pour être valide le subpoena devait être décerné conformément aux exigences traditionnelles du Quatrième amendement] était accueillie, elle mettrait fin à la plupart sinon à toutes les enquêtes tenues dans l'intérêt public dès le commencement de celles-ci et, dans le cas de l'administrateur, c'est le but avoué de la thèse. Cela rendrait presque impossible l'exécution efficace de ses fonctions d'enquête et d'application déléguées par le Congrès. Et si ses fonctions peuvent ainsi être entravées, il pourrait en être de même de plusieurs autres de même importance.

J'estime que cette jurisprudence américaine, soulignant comme elle le fait l'importance primordiale du pouvoir d'ordonner la production de documents pour réglementer efficacement l'entreprise économique moderne, est très convaincante. Tout comme les tribunaux américains, les tribunaux

oblivious to the concrete social, political and economic realities within which our system of constitutional rights and guarantees must operate. In particular, we must recognize that the *Charter* alone cannot secure that full portion of individual freedom to which we aspire. Effective regulation of the many private and democratically unaccountable institutions which are capable of exercising virtually coercive powers within their sphere of operations is also crucially important. We cannot allow our commitment to the former preclude our further reliance on the latter. I add that as the Canadian economy becomes increasingly integrated with the American and, indeed, the global economy, we should be wary of giving an interpretation to the Constitution that shackles the government's capacity to cope with problems that other countries, with which we share similar human, legal and constitutional values, are quite able to deal with in, to use Eugene Rostow's apt phrase, planning for freedom.

canadiens ne peuvent davantage ignorer les réalités sociales, politiques et économiques concrètes à l'intérieur desquelles doit s'inscrire notre système de droits et de garanties constitutionnels. Plus particulièrement, nous devons reconnaître que la *Charte* ne peut à elle seule protéger toute la dimension de liberté individuelle à laquelle nous aspirons. La réglementation efficace des divers organismes privés qui, démocratiquement, n'ont pas de compte à rendre et qui peuvent exercer des pouvoirs quasi coercitifs à l'intérieur de leur domaine d'activités a également une importance cruciale. Notre engagement à l'égard de la *Charte* ne peut nous empêcher de reconnaître la nécessité de cette réglementation. J'ajoute qu'avec l'intégration plus grande de l'économie canadienne dans l'économie américaine et même dans l'économie mondiale, nous devrions hésiter à donner à la Constitution une interprétation qui entrave la capacité du gouvernement d'affronter des problèmes que d'autres pays, avec lesquels nous partageons des valeurs humaines, juridiques et constitutionnelles semblables, sont tout à fait capables de traiter dans leur vision de la liberté comme l'a si bien dit Eugene Rostow.

Conclusion

Accordingly, I would on this aspect of the appeal find in favour of the respondents. In my opinion, s. 17 of the *Combines Investigation Act* does not, having regard to the low expectation of privacy which those subject to its operation can be said to have in regard to the documents that fall within its scope and the important and difficult task of law enforcement in which it assists, countenance the making of unreasonable seizures within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The opportunity to challenge, by way of judicial review, the relevancy of any particular use of s. 17 to matters in respect of which the Director or Commission can conduct inquiries, provides adequate guarantee against potential abuse of the power s. 17 confers. No evidence of any such abuse is apparent in the case before this Court.

f Conclusion

Par conséquent, sur cet aspect du pourvoi je suis d'avis de conclure en faveur des intimés. À mon avis, l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne permet pas d'effectuer des saisies abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte*, étant donné les faibles attentes en matière de respect du droit à la vie privée que peuvent avoir ceux qui y sont assujettis, pour ce qui est des documents qui relèvent de sa portée, étant donné également son rôle dans la tâche importante et difficile d'application de la Loi. La possibilité de contester par voie de contrôle judiciaire la pertinence de tout recours particulier à l'art. 17 quant à l'objet des enquêtes que peuvent tenir le directeur ou la Commission offre une garantie suffisante contre tout abus possible du pouvoir conféré par l'art. 17. Il n'y a preuve d'aucun abus semblable dans le présent pourvoi.

Section 7 of the Charter

I turn now to consider whether s. 17 of the *Combines Investigation Act* contravenes s. 7 of the *Charter*. I agree with my colleagues that the power conferred by s. 17 to compel any person to give oral testimony constitutes a deprivation of liberty within the meaning of s. 7. The real question for determination is whether this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice.

The Principles of Fundamental Justice

In considering this issue, I should begin with what this Court has had to say about the interrelationship of s. 7 and other provisions of the *Charter* and, in particular, the bearing these other provisions have on the content of the principles of fundamental justice. Speaking for the Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326, I noted "the rather obvious point that the rights and freedoms protected by the *Charter* are not insular and discrete", but are aimed rather at protecting "a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136)". I further noted that the particularization of the rights in the *Charter* was intended to structure and focus judicial exposition of these values. I then added, at p. 326:

The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

In a word, the content of each right can only be understood by reference to other *Charter* provisions. This, I would think, is especially true of a broad expression like the principles of fundamental justice. Lamer J., in a passage from his reasons cited by Wilson J., had made the same point in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3, where he drew particularly upon the related provisions of ss. 8 to 14 as a guide to the

L'article 7 de la Charte

J'examine maintenant la question de savoir si l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. Je partage l'avis de mes collègues que le pouvoir de l'art. 17 de contraindre toute personne à témoigner oralement constitue une atteinte à la liberté au sens de l'art. 7. La véritable question est de savoir si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale.

Les principes de justice fondamentale

En examinant cette question, je devrais commencer par répéter ce que notre Cour a dit au sujet de la corrélation entre l'art. 7 et d'autres dispositions de la *Charte* et, en particulier, concernant l'incidence de ces autres dispositions sur la teneur des principes de justice fondamentale. M'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 326, j'ai souligné «un point assez évident, savoir que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres» mais visent plutôt à sauvegarder «un ensemble complexe de valeurs interrelées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136)». J'ai souligné en outre que la spécification des droits dans la *Charte* visait à structurer et à orienter l'expression judiciaire de ces valeurs. J'ai ensuite dit, à la p. 326:

La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

En un mot, la teneur de chaque droit ne peut être comprise que par rapport aux autres dispositions de la *Charte*. Je pense que cela est particulièrement vrai dans le cas d'une expression générale comme les principes de justice fondamentale. Le juge Lamer, dans un extrait de ses motifs reproduit par le juge Wilson, a dit la même chose dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 502 et 503, où il s'est fondé

essential elements of our system for the administration of justice. As he put it, ss. 8 to 14 provide "an invaluable key to the meaning of 'principles of fundamental justice'".

In the present case, ss. 11(c) and 13 have been particularly relied on as throwing light on the meaning of the "principles of fundamental justice". These provisions which, respectively, protect an accused from being compelled to be a witness in proceedings against the accused, and a witness from having incriminating evidence given by that witness in a proceeding used to incriminate him or her in another proceeding, are clearly relevant in assessing the content of the principles of fundamental justice in the present context. So too, as I shall explain in a moment, is s. 11(d) which guarantees an accused a fair trial. Finally, as L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. have observed, s. 24(2) of the *Charter*, which provides that evidence may be excluded if obtained in a manner that brings the administration of justice into disrepute, must also be considered. For it, too, provides that evidence obtained in circumstances that are offensive to our fundamental social values shall not be admitted.

Sections 11(c) and 13 are, however, central to our inquiry and I shall particularly concentrate on these. They clearly point to the fact that the privilege or right against self-incrimination, sometimes referred to as the right to silence, forms an integral part of the principles of fundamental justice under our legal system. Like my colleagues, I am prepared to agree that s. 7 of the *Charter* may in certain contexts at least provide residual protection to the interests the right is designed to protect that goes beyond the specific protection provided by ss. 11(c) and 13. The inability of the appellants to come within either of the latter sections is, therefore, not fatal to their claim. I should perhaps mention, however, that the questions raised will, for the most part, be concerned with the admission of evidence. That being so, what will really be involved in most cases is the question of a fair

en particulier sur les dispositions connexes des art. 8 à 14 comme guide quant aux éléments essentiels de notre système d'administration de la justice. Comme il le dit, les art. 8 à 14 fournissent «une indication exceptionnelle quant au sens de l'expression «principes de justice fondamentale»».

En l'espèce, on s'est surtout appuyé sur l'al. 11c) et l'art. 13 pour l'éclaircissement qu'ils apportent b sur le sens des «principes de justice fondamentale». Ces dispositions, qui prévoient respectivement qu'un inculpé a le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui et que chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sont certainement pertinentes pour déterminer la teneur des principes de justice fondamentale d dans le présent contexte. Il en est de même, comme je l'expliquerai dans un moment, de l'al. 11d) qui garantit à l'accusé un procès équitable. Enfin, comme les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka l'ont souligné, le par. 24(2) de la *Charte*, e qui prévoit que des éléments de preuve peuvent être écartés s'ils ont été obtenus d'une manière qui déconsidère l'administration de la justice, doit également être considéré. En effet, il prévoit également que les éléments de preuve obtenus dans des f circonstances qui portent atteinte à nos valeurs sociales fondamentales ne seront pas admis.

L'alinéa 11c) et l'art. 13 sont cependant essentiels à notre examen et je vais surtout m'attarder à g ceux-ci. Ils indiquent clairement que le privilège ou le droit de ne pas s'incriminer, que l'on désigne parfois comme le droit de garder le silence, fait partie intégrante des principes de justice fondamentale h dans notre système judiciaire. Comme mes collègues, je suis prêt à reconnaître que l'art. 7 de la *Charte* peut accorder, à tout le moins dans certains cas, aux intérêts que le droit vise à protéger une protection résiduelle qui va au-delà de la protection spécifique prévue par l'al. 11c) et l'art. 13. Même si la situation des appellants ne relève d'aucune de ces deux dispositions, cela n'est toutefois pas fatal à leur demande. Je devrais peut-être mentionner cependant que les questions soulevées porteront pour la plupart sur l'utilisation des éléments de preuve. Cela étant, c'est la question de la

hearing under s. 11(d) of the *Charter*, and this Court has indicated a preference for dealing with *Charter* issues in relation to specific provisions rather than under s. 7 where this is possible. On the whole, though, I think the same underlying issues would arise, and I shall deal with them, as argued, on the basis of the principles of fundamental justice.

That said, however, one should not automatically accept that s. 7 comprises a broad right against self-incrimination on an abstract level or, for that matter, on the American model, complete with all its residual doctrines. If that had been intended, it would have been very easy to say so. That is not what the *Charter* does, and the *Charter* must be read in its own terms. Accordingly, while I am prepared to accept that s. 7 can protect the individual from fundamental unfairness arising out of self-incriminatory statements in circumstances not covered by ss. 11(c) and 13, an assessment of what this means must be made in accordance with the spirit of those provisions. What those provisions build upon, it seems clear, is Canadian, not American, experience. As this Court put it in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 401:

Like other provisions of the *Charter*, s. 7 must be construed in light of the interests it was meant to protect. It should be given a generous interpretation, but it is important not to overshoot the actual purpose of the right in question; see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344.

The resemblance between the provisions of the *Charter* and those existing under the applicable statutory regime at the time of its enactment is striking. Textually, all that seems to have been removed from the statutory regime is that s. 13 does not contain the much criticized requirement that a witness must expressly object to the use of his or her testimony. Textually, then, it is clearer than in many other cases that, to borrow the words of Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 503, "the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system" (emphasis added). And in attempting to

tenue d'un procès équitable en vertu de l'al. 11d) de la *Charte* qui sera véritablement soulevée dans la plupart des cas et notre Cour a indiqué qu'elle préférerait traiter les questions relatives à la *Charte* en fonction de dispositions spécifiques plutôt qu'en fonction de l'art. 7 lorsque cela est possible. Toutefois, dans l'ensemble, je pense que les mêmes questions fondamentales se poseraient et je vais les examiner comme elles ont été présentées, c'est-à-dire en fonction des principes de justice fondamentale.

Cela étant dit, il ne faut cependant pas accepter automatiquement que l'art. 7 comprend abstraitemen^ct ou, à cet égard, selon le modèle américain, un droit général de ne pas s'incriminer assorti de toutes ses théories résiduelles. Si on avait voulu le faire, il aurait été très facile de le dire. Ce n'est pas ce que la *Charte* prévoit et celle-ci doit être interprétée selon ce qu'elle dit. Par conséquent, bien que je sois prêt à accepter que l'art. 7 peut protéger le particulier contre l'injustice fondamentale qui découle de déclarations incriminantes dans des circonstances non visées par l'al. 11c) et l'art. 13, il faut déterminer ce que cela veut dire conformément à l'esprit de ces dispositions. Il semble clair que ces dispositions se fondent sur l'expérience canadienne et non l'expérience américaine.
f Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 401:

Comme d'autres dispositions de la *Charte*, l'art. 7 doit être interprété en fonction des intérêts qu'il est censé protéger. Il doit recevoir une interprétation généreuse, mais il est important de ne pas outrepasser le but réel du droit en question; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344.

La ressemblance entre les dispositions de la *Charte* et celles qui existaient en vertu du régime législatif applicable à l'époque de son adoption est frappante. Textuellement, tout ce qui a été retiré du régime législatif, c'est que l'art. 13 ne comporte pas pour le témoin l'obligation, fort critiquée, de s'opposer expressément à l'utilisation de son témoignage. Donc, textuellement, il est plus clair que dans plusieurs autres cas que, pour reprendre les propos du juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503, «des principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système jur-

determine what these basic tenets are, one must, as this Court did in *R. v. Lyons, supra*, at p. 327, and *R. v. Beare, supra*, at pp. 402-3, "consider [the impugned measure] against the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field".

What these practices have sought to achieve is a just accommodation between the interests of the individual and those of the state, both of which factors play a part in assessing whether a particular law violates the principles of fundamental justice; see *R. v. Lyons, supra*, at pp. 327 and 329; *R. v. Beare, supra*, at pp. 403-5; also my reasons in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 745 (dissenting on another point); see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 304, *per* La Forest J. (Dickson C.J. and Lamer J. concurring). The interests in the area with which we are here concerned involve particularly delicate balancing, and, as Wilson J. has demonstrated, the various common law countries have approached it in rather different ways. I do not wish to undertake the invidious task of examining which is the better way. All seem to me to be reasonable approaches, but what is important is that the *Charter* provisions seem to me to be deeply anchored in previous Canadian experience. By this, I do not mean that we must remain prisoners of our past. I do mean, however, that in continuing to grope for the best balance in specific contexts, we must begin with our own experience which, as I read ss. 11(c) and 13, is what the *Charter* calls upon us to do. Indeed, quite apart from the textual arguments, the *Charter* was not enacted in a vacuum, a factor referred to in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and on which this Court relied in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1491.

Two final points require mention in considering the nature of the principles of fundamental justice.

dique» (je souligne). Et pour tenter de déterminer ce que sont ces préceptes fondamentaux, il faut, comme l'a fait notre Cour dans les arrêts *R. c. Lyons*, précité, à la p. 327, et *R. c. Beare*, précité, à la p. 403, «examiner [la mesure contestée] en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine».

b Ces pratiques ont tenté d'établir un juste équilibre entre les intérêts du particulier et ceux de l'État qui, dans les deux cas, jouent un rôle dans la question de savoir si une loi particulière viole les principes de justice fondamentale; voir les arrêts *R. c. Lyons*, précité, aux pp. 327 et 329, *R. c. Beare*, précité, aux pp. 403 à 405, ainsi que mes motifs dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 745 (dissident sur un autre point); voir *d* également l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 304, le juge La Forest (aux motifs duquel souscrivent le juge en chef Dickson et le juge Lamer). Les intérêts visés dans le domaine qui nous concerne en l'espèce doivent être soupesés de façon particulièrement délicate et, comme le juge Wilson l'a démontré, les différents pays de common law ont abordé la question de manières plutôt différentes. Je ne veux pas entreprendre la tâche ingrate de déterminer quelle est la meilleure façon de procéder. Elles me semblent toutes raisonnables, mais l'important est que les dispositions de la *Charte* me semblent profondément enracinées dans l'expérience canadienne antérieure. Je ne veux pas dire par là que nous devons demeurer prisonniers de notre passé. Je veux cependant dire que tout en cherchant à établir le meilleur équilibre dans des contextes particuliers, nous devons partir de notre propre expérience, ce que la *Charte* nous invite à faire, selon mon interprétation de l'al. 11c) et de l'art. 13. En effet, et sans faire appel aux arguments fondés sur le texte, la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte, un facteur mentionné dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et sur lequel la Cour s'est appuyée dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, à la p. 1491.

j Finalement, deux points méritent d'être soulignés dans l'examen de la nature des principes de

The first is that these principles vary with the context. It was thus put in *R. v. Lyons, supra*, at p. 361:

It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

The second point, also mentioned in *R. v. Lyons*, at p. 362, is "that s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined"; see also *R. v. Beare, supra*, at p. 412.

I turn now to the application of the principles of fundamental justice in the present context.

Compulsory Testimony

Before moving to what I consider the central issue in this case, I find it necessary to deal with two preliminary questions. The first is that I must with respect differ from my colleague Sopinka J. to the extent that he can be taken as saying that a power to compel testimony is by itself contrary to the principles of fundamental justice in the present case. I recognize that as a matter of history, the rights of the subject in respect of questions from those in authority have been divided into the witness's right to have self-incriminating answers excluded from any proceeding in which he or she subsequently faces charges, and the right of an accused to say nothing at his or her own trial. I agree with Sopinka J. that an accused's right to silence must extend beyond the actual trial itself, but I do not think it must be extended to those who are ordered to testify in a proceeding such as that provided by s. 17 of the *Combines Investigation Act*. Such an extension would seriously complicate the already difficult task of investigating the type of conduct with which the Act is concerned. In cases where information of value to an investigation can most easily be obtained by asking questions of those responsible for the decisions and actions of particular business organizations, an

justice fondamentale. Le premier est que ces principes varient selon le contexte. Voici comment on s'est exprimé dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, à la p. 361:

a Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

b Le second point également mentionné dans l'arrêt *R. c. Lyons*, à la p. 362, est «que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer»; voir également l'arrêt *R. c. Beare*, précité, à la p. 412.

d Mon examen portera maintenant sur l'application des principes de justice fondamentale dans le présent contexte.

Le témoignage obligatoire

e Avant d'entreprendre l'examen de ce que je considère comme la principale question de ce pourvoi, j'estime nécessaire de traiter de deux questions préliminaires. La première m'oblige, en toute déférence, à m'écartier de l'opinion de mon collègue le juge Sopinka dans la mesure où l'on peut considérer qu'il a dit qu'un pouvoir de contraindre à témoigner est en soi contraire aux principes de justice fondamentale en l'espèce. Je reconnais qu'historiquement les droits du particulier à l'égard des questions posées par des personnes en situation d'autorité ont été séparés en deux: le droit du témoin à ce que ses réponses incriminantes ne soient pas utilisées dans des procédures ultérieures où il est accusé et le droit d'un accusé de garder le silence à son procès. Je suis d'accord avec le juge Sopinka que le droit de l'accusé de garder le silence doit s'étendre au-delà du procès lui-même, mais je ne crois pas qu'il doive s'étendre à ceux qui sont contraints de témoigner dans une procédure comme celle que prévoit l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Un tel élargissement de la portée du droit rendrait encore beaucoup plus difficile l'enquête relative aux pratiques visées par la Loi. Dans les cas où les renseignements qui sont importants pour l'enquête peu-

absolute right to refuse to answer questions would represent a dangerous and unnecessary imbalance between the rights of the individual and the community's legitimate interest in discovering the truth about the existence of practices against which the Act was designed to protect the public.

As noted earlier, this Court has made it clear that the community's interest is one of the factors that must be taken into account in defining the content of the principles of fundamental justice. A right to prevent the subsequent use of compelled self-incriminating testimony protects the individual from being "conscripted against himself" without simultaneously denying an investigator's access to relevant information. It strikes a just and proper balance between the interests of the individual and the state. An absolute right to refuse to answer questions, however, does not do so. It makes certain information inaccessible while at the same time allowing the individual to refuse to divulge information regardless of whether it is potentially prejudicial to his or her personal interests.

As also noted earlier, in assessing whether a measure violates the principles of fundamental justice, the specific context in which it operates must be steadily kept in mind. The application of these principles must be attuned to that context. Here it must be kept in mind that inquiries under s. 17 are inquisitorial rather than adversarial in nature, a distinction I have borrowed from E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), at p. 21. They are investigations in which no final determination as to criminal liability is reached. As I pointed out in discussing s. 8 of the *Charter*, unlike standard criminal investigations where the question is whether X has committed offence Y, the questions confronting investigators under the *Combines Investigation Act* are more likely to take the form of whether offence Y has occurred, and if so, who is likely to be responsible for its commission. In other words, inquiries held under the Act do not focus on the conduct of a single individual in the

vent facilement être obtenus au moyen de questions posées aux responsables des décisions et des pratiques d'entreprises commerciales particulières, le droit absolu de refuser de répondre aux ^a questions constituerait un déséquilibre dangereux et inutile entre les droits du particulier et l'intérêt légitime qu'a la collectivité à découvrir la vérité au sujet de l'existence de pratiques contre lesquelles la Loi devait protéger le public.

Comme je l'ai déjà souligné, notre Cour a déjà dit clairement que l'intérêt de la collectivité est un des facteurs qui doivent être considérés pour déterminer la teneur des principes de justice fondamentale. Le droit d'interdire l'utilisation ultérieure d'un témoignage incriminant donné sous l'effet de la contrainte empêche l'individu d'être «conscrit contre lui-même» tout en permettant simultanément à un enquêteur d'avoir accès aux renseignements pertinents. Il établit un équilibre juste et convenable entre les intérêts du particulier et ceux de l'État. Cependant, un droit absolu de refuser de répondre aux questions n'a pas cet effet. Il rend ^c alors certains renseignements inaccessibles tout en permettant au particulier de refuser de divulguer des renseignements sans égard à la question de savoir si cela peut nuire à ses intérêts personnels.

Comme je l'ai également souligné antérieurement, pour déterminer si une mesure viole les principes de justice fondamentale, on doit toujours garder à l'esprit le contexte particulier dans lequel elle s'inscrit. L'application de ces principes doit ^f s'adapter à ce contexte. En l'espèce, il faut se rappeler que les enquêtes visées par l'art. 17 sont de nature inquisitoriale plutôt que contradictoire, une distinction que j'ai empruntée à E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), à la p. 21. Il s'agit d'enquêtes qui ne comportent aucune conclusion définitive quant à la responsabilité criminelle. Comme je l'ai souligné dans l'analyse de l'art. 8 de la *Charte*, contrairement aux enquêtes criminelles habituelles où il s'agit de déterminer si X a commis l'infraction Y, les questions auxquelles font face les enquêteurs en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* consisteront plus probablement à se demander si l'infraction Y a été commise et, dans l'affirmative, qui est susceptible d'en être le res-

way in which ordinary criminal investigations typically do. They are more open ended, in the sense that the scope of the information gathering activity is not as narrowly directed to the probability of any particular individual's legal culpability. Relative to ordinary forms of criminal investigations, the investigations conducted under s. 17 do not involve the use of state power in the interests of securing the conviction of a particular individual.

ponsable. En d'autres termes, les enquêtes tenues en vertu de la Loi ne sont pas axées sur la conduite d'un seul individu comme dans le cas des enquêtes criminelles habituelles. Elles sont plus ouvertes, en

a ce sens que l'étendue de la cueillette des renseignements ne porte pas aussi restrictivement sur la probabilité de la culpabilité d'un individu en particulier. Par rapport aux formes ordinaires d'enquête criminelle, les enquêtes tenues en vertu de

b l'art. 17 ne comportent pas l'utilisation d'un pouvoir de l'État en vue d'obtenir la déclaration de culpabilité d'un individu en particulier.

I see a significant difference between investigations that are truly adversarial, where the relationship between the investigated and investigator is akin to that between accused and prosecution in a criminal trial, and the broader and more inquisitorial type of investigation that takes place under s. 17 of the Act. The lower probability of prejudice the latter represents to any particular individual who comes within its reach, together with the important role such investigations play in the effective enforcement of anti-combines and possibly other regulatory legislation, suggests that a more appropriate balance between the interests of the individual and the state can be achieved by retention of the power to compel testimony and the recognition of the right to object to the subsequent use of so much of the compelled testimony as is self-incriminatory.

On the latter point, I refer to my discussion under s. 8 of the special difficulty of enforcing a statute like the *Combines Investigation Act* where only those engaged in the activities regulated by the Act have access to the necessary information. That discussion is as relevant to oral testimony as it is to the compelled production of documents. There is no doubt that the power to compel testimony is important to the overall effectiveness of the investigative machinery established by the Act, in that it allows the necessary scope of particular inquiries to be defined more quickly and with greater precision than would otherwise be possible. In this regard, it allows investigators to identify the "targets" at which they should aim their use of their other investigative powers, such as the power

c Je vois une différence importante entre les enquêtes qui sont vraiment de nature contradictoire, où les rapports entre la personne visée par l'enquête et l'enquêteur ressemblent à ceux qui existent entre l'accusé et la poursuite dans un procès criminel, et l'enquête de portée plus générale et de nature plus inquisitoriale tenue en vertu de l'art. 17 de la Loi. Le risque plus faible de préjudice que comporte cette dernière pour tout individu particulier qui en fait l'objet, ainsi que le

d rôle important que jouent ces enquêtes dans l'application efficace de lois anticoalitions et peut-être d'autres lois de nature réglementaire, permet de croire qu'on peut atteindre un équilibre plus approprié entre les intérêts du particulier et ceux de l'État en conservant le pouvoir de contraindre à témoigner et en reconnaissant le droit de s'opposer à l'utilisation ultérieure des parties incriminantes du témoignage forcé.

e Sur ce dernier point, je rappelle mon analyse, en vertu de l'art. 8, de la difficulté particulière que pose l'application d'une loi comme la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, où seuls ceux qui se livrent aux activités régies par la Loi ont accès aux renseignements nécessaires. Cette analyse s'applique tout autant au témoignage oral qu'à l'obligation de produire des documents. Il ne fait pas de doute que le pouvoir de contraindre à témoigner est important pour l'efficacité globale du mécanisme d'enquête établi par la Loi parce qu'il permet ainsi de définir plus rapidement et avec plus de précision l'étendue nécessaire de chaque enquête particulière. À cet égard, il permet aux enquêteurs d'identifier les «cibles» que devrait viser l'utilisation de leurs autres pouvoirs d'en-

to order the production of documents or the giving of evidence upon affidavit. In short, the power to compel testimony allows anti-combines investigators to pry information from the only persons with information about the transactions being investigated, and in this way it prevents those persons and their employers from benefiting from the painstaking slowness that would otherwise characterize the investigations of those responsible for the administration of the Act.

Representative Witnesses

My second preliminary point has to do with the effect which the corporate identity of those investigated under the Act has upon the availability of the right against self-incrimination to those ordered to testify under s. 17. This Court has held that a "corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*"; see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 1002-3. As artificial entities, corporations are simply incapable of enjoying the rights to "life, liberty and security of the person" which s. 7 guarantees. In respect to the right against compelled self-incrimination, this means that corporations are simply incapable of being forced to testify against themselves. They are, in fact, incapable of acting as witnesses at all; see *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at pp. 37-39. I do not think it follows, however, that the right against self-incrimination is therefore unavailable to those who are compelled to give testimony as the representatives of a corporation. In this regard I respectfully disagree with my colleague L'Heureux-Dubé J. Regardless of whether they give testimony in their representative or personal capacities, those who are compelled to testify under s. 17 are subjected to a direct and real violation of their own liberty. The deprivation that triggers s. 7 in the case of those compelled to testify in their personal capacity is just as present in the case of those compelled to testify in their representative capacity. I see no reason why it

quête, comme le pouvoir d'ordonner la production de documents ou celui de témoigner par affidavit. En résumé, le pouvoir de contraindre à témoigner permet aux enquêteurs en matière de coalitions de chercher à se renseigner auprès des seules personnes qui détiennent des renseignements au sujet des opérations qui font l'objet de l'enquête et, de cette façon, il empêche ces personnes et leurs employeurs de profiter de la lenteur excessive qui caractériserait autrement les enquêtes tenues par les responsables de l'application de la Loi.

Les témoins qui agissent en qualité de représentants

Ma seconde question préliminaire porte sur l'incidence que le fait que ce soient des sociétés qui font l'objet d'une enquête en vertu de la Loi a sur la possibilité qu'ont ceux qui sont contraints de témoigner en vertu de l'art. 17 de se prévaloir du droit de ne pas s'incriminer. Notre Cour a déjà dit qu'une «société ne peut invoquer la protection qu'offre l'art. 7 de la *Charte*»; voir l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 1002 et 1003. Comme entités artificielles, les sociétés ne peuvent tout simplement pas bénéficier des droits «à la vie, à la liberté et à la sécurité de [il]a personnes» que garantit l'art. 7. En ce qui concerne le droit de ne pas être contraint de s'incriminer, cela signifie qu'on ne peut tout simplement pas forcer les sociétés à témoigner contre elles-mêmes. Elles sont effectivement incapables d'agir en qualité de témoins; voir l'arrêt *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, aux pp. 37 à 39. Je ne crois pas cependant qu'il s'ensuit que ceux qui sont contraints de témoigner en qualité de représentants d'une société ne peuvent pas invoquer le droit de ne pas s'incriminer. Sur ce point, je ne puis, en toute déférence, souscrire aux motifs de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé. Ceux qui sont contraints de témoigner en vertu de l'art. 17 peuvent subir une violation directe et réelle de leur propre liberté, et ce, peu importe qu'ils témoignent en qualité de représentants ou en leur qualité personnelle. L'atteinte qui fait intervenir l'art. 7 dans le cas de ceux qui sont contraints de témoigner en leur qualité personnelle est tout aussi présente dans le cas de ceux qui sont contraints de témoigner en leur qualité de repré-

should be necessary to conform with the principles of fundamental justice in one case but not the other.

Similarly, the prejudice that can be suffered by those compelled to testify in a representative capacity is one they experience personally. An officer compelled to testify on behalf of his or her corporation may be subsequently charged under the Act, and it would be highly artificial to say that his or her compelled testimony could be used against him or her on the ground that its use did not amount to compelled self-incrimination on the ground that it was technically the testimony of the company. The reality is that once a person is compelled to give testimony, it makes no difference whether that person speaks on behalf of himself or herself, or on behalf of the corporation. So long as such persons are liable to subsequent prosecution they are susceptible, in the absence of sufficient protection, to the prejudice against which the right against self-incrimination is intended to guard. This reality is one of the reasons this Court has on two occasions refused to accept the argument that testimony compelled from corporate officers in their representative capacity should be construed as the testimony of the corporation itself; see *R. v. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 679, at p. 691, and *R. v. Amway Corp.*, *supra*, at pp. 37-39.

I do not believe that putting those compelled to testify in a representative capacity on the same footing as those compelled to testify in their personal capacity means that corporations will be able to receive the indirect benefit of a right they are precluded from claiming directly. Holding that persons who are compelled to speak on behalf of a corporation have a right to object to the introduction of that testimony at their own subsequent trial in no way suggests that the corporation would have the same right at its subsequent trial. In fact, the exact opposite would seem to follow. For if the person compelled to testify on behalf of a corporation is entitled to the protection of the right against self-incrimination, it follows that the testimony is in fact his or her own testimony, at least in so far as entitlement to that particular right is

sentants. Je ne vois aucune raison pour laquelle il devrait être nécessaire de se conformer aux principes de justice fondamentale dans un cas mais non dans l'autre.

^a De même, le préjudice que peuvent subir ceux qui sont contraints de témoigner en qualité de représentants est de nature personnelle. Le dirigeant contraint de témoigner pour le compte de sa société peut être ultérieurement accusé en vertu de la Loi, et il serait parfaitement illusoire de dire que ce témoignage pourrait être utilisé contre lui parce que l'utilisation ne constituerait pas de l'auto-incrimination forcée puisqu'il s'agirait techniquement du témoignage de la société. En réalité, lorsqu'une personne est obligée de témoigner, cela ne change rien qu'elle s'exprime en son nom personnel ou au nom de la société. Dans la mesure où elles peuvent être poursuivies ultérieurement, elles sont susceptibles, en l'absence de protection suffisante, de subir le préjudice que vise à prévenir le droit de ne pas s'incriminer. Cette réalité est une des raisons pour lesquelles notre Cour a refusé à deux reprises d'accepter l'argument que le témoignage forcé de dirigeants de sociétés en leur qualité de représentants devrait être considéré comme le témoignage de la société elle-même; voir les arrêts *R. c. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 679, à la p. 691, et *R. c. Amway Corp.*, précité, aux pp. 37 à 39.

^g Je ne crois pas qu'en mettant sur le même pied ceux qui sont contraints de témoigner en leur qualité de représentants et ceux qui sont contraints de témoigner en leur qualité personnelle, les sociétés puissent profiter indirectement d'un droit dont elles ne peuvent profiter directement. Prétendre que les personnes qui sont contraintes de s'exprimer au nom d'une société ont le droit de s'opposer à ce que ce témoignage soit utilisé au cours de leur propre procès ultérieur ne signifie aucunement que la société bénéficierait du même droit à son procès ultérieur. C'est d'ailleurs exactement le contraire qui semblerait se produire. Car si la personne contrainte de témoigner au nom d'une société peut bénéficier de la protection du droit de ne pas s'incriminer, il s'ensuit que le témoignage constitue effectivement son propre témoignage, à tout le

concerned. Its use cannot, therefore, be self-incriminatory *qua* the corporation. See *R. v. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, *supra*, at p. 691, and *R. v. Amway Corp.*, *supra*, at pp. 37-39.

The Use of Compelled Testimony

I turn now to the central question relating to the application of the principles of fundamental justice to the power of the commissioners to compel testimony under s. 17 of the Act. I reiterate that, in the present case, the subsequent use in criminal proceedings of compelled testimony, and not the giving of that testimony, is the matter to be addressed in considering the application of the principles of fundamental justice. As is made clear in the reasons of my colleague Wilson J., their application to this case turns on the scope of the immunity against subsequent use of compelled testimony set out in s. 20(2) of the *Combines Investigation Act*. That provision protects those who are compelled to testify under s. 17 against the subsequent use of their oral testimony. It provides no protection against the subsequent use of evidence that is derived from that testimony. In other words, the Act provides what the American courts call "use immunity", but it does not provide what those courts refer to as "derivative use immunity".

On this ground, Wilson J. finds the s. 17 power to compel testimony contrary to the principles of fundamental justice. For support she relies in part on *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972), where the Supreme Court of the United States reasoned that the Fifth Amendment, which provides a broad and general right against self-incrimination, would be violated unless the power to compel testimony was accompanied by an immunity that was co-extensive with the Fifth Amendment right it was intended to replace. It then ruled that only "immunity from use and derivative use is coextensive with the scope of the privilege against self-incrimination, and therefore

moins en ce qui concerne la possibilité d'invoquer ce droit particulier. Son utilisation ne peut donc être incriminante pour la société comme telle. Voir les arrêts *R. c. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, ^a précité, à la p. 691, et *R. c. Amway Corp.*, précité, aux pp. 37 à 39.

L'utilisation d'un témoignage forcé

J'entreprends maintenant l'examen de la principale question relative à l'application des principes de justice fondamentale au pouvoir des commissaires de contraindre une personne à témoigner en vertu de l'art. 17 de la Loi. Je répète qu'en l'espèce la question qu'il faut aborder en examinant l'application des principes de justice fondamentale est l'utilisation ultérieure du témoignage forcé dans des poursuites criminelles et non le fait de donner ce témoignage. Comme l'indique clairement ma collègue le juge Wilson dans ses motifs, l'application de ces principes en l'espèce dépend de l'étendue de l'immunité prévue au par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* contre l'utilisation ultérieure d'un témoignage forcé. Cette disposition protège les personnes contraintes de témoigner en vertu de l'art. 17 contre l'utilisation ultérieure du témoignage rendu oralement. Cet article n'accorde aucune protection contre l'utilisation ultérieure de la preuve dérivée de ce témoignage. En d'autres termes, la Loi prévoit ce que les tribunaux américains appellent [TRADUCTION] «l'immunité contre l'utilisation de la preuve», mais ne prévoit pas ce que ces tribunaux ^b appellent [TRADUCTION] «l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée».

Sur ce point, le juge Wilson conclut que le pouvoir de l'art. 17 de contraindre une personne à témoigner est contraire aux principes de justice fondamentale. À l'appui de sa conclusion, elle mentionne notamment l'arrêt *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972), dans lequel la Cour suprême des États-Unis a expliqué que le Cinquième amendement, qui confère un droit de portée large et générale contre l'auto-incrimination, serait violé à moins que le pouvoir de contraindre une personne à témoigner ne soit assorti d'une immunité correspondant au droit garanti par le Cinquième amendement qu'il visait à remplacer. La cour a alors conclu que seule [TRADUCTION]

is sufficient to compel testimony over a claim of the privilege" (p. 453).

With respect, I entertain a number of difficulties with this argument. In the first place, it assumes that the Act permits the admissibility of the evidence. That is not what it does. What it does rather (by s. 20(2)) is to make testimony given by a person compelled to testify under the Act inadmissible. It otherwise makes no provision regarding admissibility or inadmissibility. The admissibility of the evidence is governed by the common law. When it is relevant, it is admissible unless it is made inadmissible by virtue of another common law rule, a statute or the *Charter*. For example, the common law gives the judge a discretion to reject evidence if its prejudicial character substantially exceeds its probative value; see my reasons in *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525. Since that power is predicated on the requirement of a fair trial, this obviously has direct implications for s. 11(d) of the *Charter*, which I would think has a larger role to play in weeding out prejudicial and unfair evidence—a role that, were s. 11(d) not there, could be played by s. 7. In truth, however, I see no real difference between the standards in these provisions.

Simply because Parliament has provided for the inadmissibility of certain evidence does not mean that it thereby intended that other evidence should be admitted, even when either at common law or under the *Charter*, such evidence would be rejected on the ground that admitting it would be unfair. It is quite reasonable for Parliament to have dealt with the obvious case of unfairness resulting from the use of self-incriminating testimony, leaving more subtle situations to be dealt with in the application of general principles. And, as I will demonstrate, derivative evidence raises very subtle questions requiring contextual balancing. It should be remembered that the *Charter* regime mandates a more flexible and contextual approach to the

«l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée correspond à celle du privilège de ne pas s'incriminer et que cette immunité suffit en conséquence pour que l'obligation de témoigner a l'emporte sur une revendication du privilège» (p. 453).

En toute déférence, cet argument me pose un certain nombre de problèmes. Premièrement, il suppose que la Loi permet d'admettre le témoignage. Il n'en est rien. Au contraire, elle rend (par le par. 20(2)) irrecevable le témoignage donné par une personne contrainte de témoigner en vertu de la Loi. Elle ne contient par ailleurs aucune disposition concernant l'admissibilité ou l'inadmissibilité. L'admissibilité de la preuve est régie par la common law. Lorsque cette preuve est pertinente, elle est admissible à moins d'être rendue inadmissible en raison d'une autre règle de common law, d'une loi ou de la *Charte*. Par exemple, la common law confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'écartier un élément de preuve si son caractère préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante; voir mes motifs dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525. Puisque ce pouvoir repose sur l'exigence d'un procès équitable, il a évidemment une incidence directe sur l'al. 11(d) de la *Charte*, qui, à mon sens, joue un plus grand rôle dans la décision d'écartier une preuve préjudiciable et injuste, un rôle qui, en l'absence de l'al. 11(d), pourrait être joué par l'art. 7. En vérité, je ne vois toutefois aucune différence réelle entre les normes de ces dispositions.

Ce n'est pas parce que le Parlement a décidé de rendre certains éléments de preuve inadmissibles qu'il a voulu par le fait même permettre que d'autres éléments de preuve soient admis même si ceux-ci, en raison de la common law ou de la *Charte*, seraient écartés parce que les admettre serait injuste. Il est tout à fait raisonnable que le Parlement ait traité de l'injustice flagrante qui résulte de l'utilisation d'un témoignage incriminant et décidé que des principes généraux s'appliqueraient aux situations plus délicates. Et, comme je vais le démontrer, la preuve dérivée soulève des questions très délicates qui exigent que l'équilibre soit établi selon le contexte. Il convient de rappeler que le régime de la *Charte* exige que l'admissibilité

admissibility of evidence than the United States Constitution; thus there is no counterpart to s. 24(2) of the *Charter* in that country. I do not think this Court should go out of its way to read an Act that deals only with the inadmissibility of certain evidence to prevent the violation of the *Charter* as permitting the admissibility of other evidence that would violate it, especially when there is good reason to leave such evidence to be dealt with in accordance with the flexible principles provided either at common law or by the *Charter*. Parenthetically, I should add, the foregoing approach to the interpretation of the Act is wholly consistent with that taken in the recent cases of *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62.

The approach to ss. 17 and 20(2) of the *Combines Investigation Act* has obvious implications for the constitutional status of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (now R.S.C., 1985, c. C-5). Section 20(2) is, in fact, no more than a recapitulation of s. 5 in the specific context of anti-combines legislation. The adoption of an absolute rule that testimonial immunity must in all cases extend to derivative evidence would almost certainly entail striking down s. 5 of the *Canada Evidence Act*, as well as the virtually identical sections found in provincial legislation. Given that s. 5 has been a part of our law since 1893, I would think this Court should be extremely cautious in bringing about this result. While I realize that the longevity of a statute cannot alone render it consistent with the principles of fundamental justice, it is nevertheless a factor that must be weighed very heavily in any attempt to decide what is required by those principles in particular areas of the law. This Court, we saw, has held that the principles of fundamental justice "are to be found in the basic tenets of our legal system" (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503), and while I of course acknowledge that "the basic tenets of our legal system" are not coextensive with past legislative decisions as to the proper balance between individual rights and collective law enforcement goals, it must surely be conceded that a statutory provision which is almost one hundred years old and which lies at the very heart of the procedures by which we establish guilt and

de la preuve soit abordée de façon plus souple et plus fondée sur le contexte que la Constitution américaine; ainsi, il n'existe pas aux États-Unis de disposition équivalente au par. 24(2) de la *Charte*.

- a Je ne crois pas que notre Cour doive s'efforcer d'interpréter une loi, qui traite seulement de l'inadmissibilité de certains éléments de preuve pour éviter que la *Charte* soit violée, comme si elle autorisait l'admissibilité d'autres éléments de preuve qui la violeraient, surtout lorsqu'il y a une bonne raison de laisser les principes souples de la common law ou de la *Charte* régir ces éléments. Je devrais ajouter en passant que cette façon d'interpréter la Loi est tout à fait conforme à celle retenue dans les arrêts *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62.

- d La façon d'interpréter l'art. 17 et le par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* a une incidence évidente sur le statut constitutionnel de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-5). Le paragraphe 20(2) ne fait rien de plus que répéter l'art. 5 dans le contexte particulier des lois anticoalitions. L'adoption d'une règle absolue portant que l'immunité testimoniale doit dans tous les cas s'étendre à la preuve dérivée entraînerait presque certainement l'abrogation de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* ainsi que des articles quasi identiques que l'on trouve dans les lois provinciales. Puisque l'art. 5 fait partie de notre droit depuis 1893, je pense que notre Cour devrait être extrêmement prudente avant de proposer ce résultat. Bien que je réalise que la longévité d'une loi ne peut à elle seule la rendre conforme aux principes de justice fondamentale, c'est malgré tout un facteur auquel il faut accorder une très grande importance pour décider ce qu'exigent ces principes dans des domaines particuliers du droit. Nous avons vu que la Cour a conclu que les principes de justice fondamentale «se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique» (voir *i Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503), et bien que je sache pertinemment que «des préceptes fondamentaux de notre système juridique» ne correspondent pas toujours aux décisions législatives antérieures concernant l'équilibre qu'il faut établir entre les droits individuels et les objectifs collectifs recherchés dans l'application des lois,

innocence in criminal proceedings has long been regarded as consonant with "the basic tenets of our legal system". Similar considerations, of course, apply if one considers the issue in terms of a "fair hearing" under s. 11(d) of the *Charter*, rather than under s. 7.

Before going on, I think it may be useful to pinpoint once again the precise nature of the remaining *Charter* problems relating to oral evidence taken under s. 17 of the Act. For reasons I have given, I do not think objection can properly be made to the taking of the oral evidence under that provision. Moreover, since such evidence is relevant, no objection can be made to its use in prosecutions against the corporation or against individuals other than the witness, or to the use of relevant derivative evidence. The witness's oral evidence cannot, of course, be used against him or her. Section 20(2) so provides and I have no doubt that this would, in any event, be the case either under s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. It is thus the fact that no provision is made against the subsequent use of derivative evidence against the witness which, arguably, renders s. 17 in conjunction with s. 20(2) invalid as offending against the principles of fundamental justice. As I hope to make clear, however, the issues relating to derivative evidence are complex and obscure and do not easily lend themselves to global solutions. Accordingly, there may well be wisdom in Parliament's not dealing expressly with derivative evidence either in s. 20(2) of the *Combines Investigation Act* or in s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

I turn then to a closer examination of self-incrimination through derivative evidence.

Derivative Evidence and Self-Incrimination

There are serious grounds on which objection can be raised to an absolute rule that testimonial

il faut certainement reconnaître qu'une disposition législative presque centenaire qui est capitale dans les procédures par lesquelles nous nous prononçons sur la culpabilité et l'innocence en matière criminelle a longtemps été jugée conforme aux «préceptes fondamentaux de notre système juridique». Des considérations semblables s'appliquent évidemment si on considère la question sur le plan du «procès équitable» en vertu de l'al. 11d) de la *Charte* plutôt qu'en vertu de l'art. 7.

Avant d'aller plus loin, je pense qu'il peut être utile de préciser encore une fois la nature exacte des autres problèmes de *Charte* qui se posent à l'égard du témoignage oral recueilli en vertu de l'art. 17 de la Loi. Pour les raisons que j'ai exposées, je ne crois pas que l'on puisse valablement s'opposer au témoignage oral recueilli en vertu de cette disposition. En outre, puisque cet élément de preuve est pertinent, on ne peut s'opposer à son utilisation dans des poursuites intentées contre la société ou des particuliers autres que le témoin, ou à l'utilisation de la preuve dérivée pertinente. La déposition orale d'un témoin ne peut évidemment être utilisée contre lui. Le paragraphe 20(2) le prévoit et je suis certain qu'il en serait de même de toute façon en vertu de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte*. C'est donc l'absence de disposition contre l'utilisation ultérieure d'une preuve dérivée contre le témoin qui, pourrait-on prétendre, fait que l'art. 17, conjugué avec le par. 20(2), est invalide parce que contraire aux principes de justice fondamentale. Mais comme je souhaite l'expliquer, les questions relatives à la preuve dérivée sont complexes et obscures et ne se prêtent pas facilement à des solutions globales. Par conséquent, il se peut que le Parlement ait fait preuve de sagesse en ne traitant pas expressément de la preuve dérivée au par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ou à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

i Je vais donc examiner plus attentivement la question de l'auto-incrimination par la preuve dérivée.

La preuve dérivée et l'auto-incrimination

j Il existe des motifs sérieux de s'opposer à une règle absolue selon laquelle l'immunité testimo-

immunity must always extend to evidence derived from compelled testimony. While allowing the Crown to use such evidence in criminal proceedings may in a formal sense be equivalent to permitting direct reliance on the compelled testimony itself, there is an important difference between the type of prejudice that will be suffered in the two cases. It is only when the testimony itself has to be relied on that the accused can be said to have been forced to actually create self-incriminatory evidence in his or her own trial. The compelled testimony is evidence that simply would not have existed independently of the exercise of the power to compel it; it is in this sense evidence that could have been obtained only from the accused.

By contrast, evidence derived from compelled testimony is, by definition, evidence that existed independently of the compelled testimony. This follows logically from the fact that it was evidence which was found, identified or understood as a result of the "clues" provided by the compelled testimony. Although such evidence may have gone undetected or unappreciated in the absence of the compelled clues, going undetected or unappreciated is not the same thing as non-existence. The mere fact that the derivative evidence existed independently of the compelled testimony means that it could have been found by some other means, however low the probability of such discovery may have been.

For the moment, I leave aside cases in which this probability is so low as to make the exercise of the power to compel testimony the only way in which a particular piece of derivative evidence would, as a practical matter, have been found. In such cases, it might well be said that the reliance of the Crown on derivative evidence would be virtually indistinguishable from its reliance on the actual compelled testimony. In both, the accused will have been convicted or otherwise prejudiced by evidence that only he or she could have provided. But in other cases, the difference between evidence which the accused has been forced to create (the compelled testimony), and the independently existing evidence he or she has been forced to assist in locating, identifying or explain-

niale doit toujours s'étendre à la preuve dérivée d'un témoignage forcé. Bien que permettre à la poursuite d'utiliser cette preuve dans des procédures criminelles puisse, à strictement parler, revenir à lui permettre de s'appuyer directement sur le témoignage forcé lui-même, il y a une différence importante entre le type de préjudice subi dans les deux cas. Ce n'est que lorsqu'il faut s'appuyer sur le témoignage lui-même que l'on peut dire que l'accusé a été forcé de créer véritablement une preuve incriminante à son propre procès. Le témoignage forcé constitue une preuve qui n'aurait tout simplement pas existé sans l'exercice du pouvoir de contraindre la personne à témoigner; en ce sens, c'est une preuve qui aurait pu être obtenue seulement de l'accusé.

Par contre, la preuve dérivée d'un témoignage forcé est, par définition, une preuve qui existe indépendamment du témoignage forcé. Cela découle logiquement du fait qu'il s'agit d'une preuve découverte, identifiée ou saisie grâce aux «indices» procurés par le témoignage forcé. Même si une telle preuve aurait pu passer inaperçue ou être ignorée en l'absence des indices obtenus par contrainte, le fait de passer inaperçu ou d'être ignoré est différent de l'inexistence. Le simple fait que la preuve dérivée ait existé indépendamment du témoignage forcé signifie qu'elle aurait pu être découverte par d'autres moyens, aussi faible qu'ait pu être la probabilité de cette découverte.

Pour l'instant, je ne traiterai pas des cas où cette probabilité est tellement faible qu'elle fait de l'exercice du pouvoir de contraindre à témoigner le seul moyen de découvrir à toutes fins utiles un élément particulier de preuve dérivée. Dans ces cas, on pourrait fort bien affirmer qu'il serait pratiquement impossible de dire si la poursuite s'appuie sur la preuve dérivée ou si elle s'appuie sur le témoignage effectivement obtenu par contrainte. Dans les deux cas, l'accusé aura été déclaré coupable ou aura par ailleurs subi un préjudice à cause de la preuve que lui seul aurait pu fournir. Mais dans les autres cas, il sera facile de distinguer la preuve que l'accusé a été obligé de créer (le témoignage forcé) et la preuve qui existe indépendamment et qu'il a été forcé d'aider à

ing (evidence derived from compelled testimony), will be readily discernable. I believe its significance will be equally apparent.

The fact that derivative evidence exists independently of the compelled testimony means, as I have explained, that it could also have been discovered independently of any reliance on the compelled testimony. It also means that its quality as evidence does not depend on its past connection with the compelled testimony. Its relevance to the issues with which the subsequent trial is concerned, as well as the weight it is accorded by the trier of fact, are matters that can be determined independently of any consideration of its connection with the testimony of the accused. If it were otherwise, it would not in fact be derivative evidence at all, but part of the actual testimony itself. Taken together, these aspects of derivative evidence indicate that it is self-sufficient, in the sense that its status and quality as evidence is not dependent on its relation to the testimony used to find it. In this regard, the very phrase "derivative evidence" is somewhat misleading.

Seen from this light, it becomes apparent that those parts of derivative evidence which are incriminatory are only self-incriminatory by virtue of the circumstances of their discovery in a particular case. They differ in this respect from incriminatory portions of the compelled testimony itself, which are by definition self-incriminatory, since testimony is a form of evidence necessarily unique to the party who gives it.

I would think that this, without more, raises doubts as to whether we should be as wary of prosecutorial use of derivative evidence as we undoubtedly must be of such use of pre-trial testimonial evidence. What prejudice can an accused be said to suffer from being forced to confront evidence "derived" from his or her compelled testimony, if that accused would have had to confront it even if the power to compel testimony had not been used against him or her? I do not think it can be said that the use of such evidence would be equivalent to forcing the accused to speak against himself or herself; once the derivative evidence is

situer, à identifier ou à expliquer (la preuve dérivée du témoignage forcé). J'estime que son importance sera tout aussi évidente.

Comme je l'ai expliqué, le fait que la preuve dérivée existe indépendamment du témoignage forcé signifie qu'elle aurait pu également être découverte sans qu'on s'appuie sur ce témoignage forcé. Cela signifie également que sa qualité en tant que preuve ne dépend pas de son lien antérieur avec le témoignage forcé. Sa pertinence quant aux questions soulevées dans le procès ultérieur, ainsi que l'importance que lui accorde le juge des faits, sont des questions qui peuvent être tranchées indépendamment de toute considération de son lien avec le témoignage de l'accusé. S'il en était autrement, il ne s'agirait aucunement d'une preuve dérivée mais d'une preuve qui fait partie du témoignage réel lui-même. Pris ensemble, ces aspects de la preuve dérivée indiquent qu'elle est suffisante en elle-même, en ce sens que son statut et sa qualité en tant que preuve ne dépendent pas de son lien avec le témoignage utilisé pour la découvrir. À cet égard, l'expression même [TRA-DUCTION] «preuve dérivée» est quelque peu trompeuse.

Dans cette perspective, il devient clair que les éléments incriminants de la preuve dérivée sont auto-incriminants seulement en raison des circonstances entourant leur découverte dans une affaire particulière. Ils diffèrent à cet égard des portions incriminantes du témoignage forcé lui-même qui sont par définition auto-incriminantes puisque le témoignage est une forme de preuve nécessairement unique à l'égard de son auteur.

Il me semble que ce fait en lui seul soulève des doutes quant à savoir si nous devrions autant nous préoccuper de l'utilisation par la poursuite de la preuve dérivée que nous devons évidemment le faire de l'utilisation de la preuve testimoniale préalable au procès. Quel préjudice peut subir un accusé forcé de faire face à une preuve «dérivée» de son témoignage obtenu par contrainte, à laquelle il aurait dû faire face même si on n'avait pas exercé le pouvoir de le contraindre à témoigner? Je ne crois pas que l'utilisation de cette preuve reviendrait à forcer l'accusé à s'incrimer; une fois la preuve dérivée découverte ou identifiée, sa perti-

found or identified, its relevance and probative weight speak for themselves. The fact that such evidence was found through the evidence of the accused in no way strengthens the bearing that it, taken by itself, can have upon the questions before the trier of fact. In this respect, if reference to its origins was not precluded by an immunity such as that presently found in s. 5 of the *Canada Evidence Act*, it would in most cases be precluded by simple irrelevance.

My confidence in the above characterization of derivative evidence is strengthened by the decisions of this Court respecting s. 24(2) of the *Charter*. I realize, of course, that the question under s. 24(2) is whether evidence should be excluded because it was obtained through a breach of the *Charter*, whereas the question in the present appeal is whether the use of a particular type of evidence would constitute a breach of *Charter* rights. Nevertheless, I think an analogy to the s. 24(2) jurisprudence can validly be drawn. We are not in this case concerned with the interpretation of one of the specific legal rights set out in ss. 8 to 14 of the *Charter*. The power to compel testimony granted in s. 17 of the *Combines Investigation Act* can only be found invalid if we find that the subsequent use of evidence derived from compelled testimony is not "in accordance with the principles of fundamental justice". Surely the views of this Court as to whether the admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would "bring the administration of justice into disrepute" are relevant to a determination of the scope of evidential immunity required by the "principles of fundamental justice". Like my colleague L'Heureux-Dubé J., I find it difficult to imagine how the use of evidence which does not bring the administration of justice into disrepute can at the same time be contrary to the principles of fundamental justice. The consequence of the former finding is, in effect, to declare that the *Charter* breach by which evidence was obtained was non-prejudicial, and in a sense nominal. To argue that the same reasoning cannot be used to determine whether the use of derivative evidence constitutes a breach of the rights guaranteed under s. 7 would be to take an unduly formalistic approach to the interpretation of the *Charter*. As I mentioned earlier, the discuss-

nence et sa valeur probante sont manifestes. Le fait que cette preuve ait été découverte grâce au témoignage de l'accusé ne renforce aucunement l'incidence qu'elle peut avoir en soi sur les questions dont est saisi le juge des faits. À cet égard, si la mention de son origine n'était pas écartée par une immunité comme celle qui existe actuellement à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, elle le serait dans la plupart des cas parce que tout simplement non pertinente.

Ma façon de qualifier ainsi la preuve dérivée est confirmée par les arrêts que notre Cour a rendus au sujet du par. 24(2) de la *Charte*. Je réalise évidemment que la question soulevée par le par. 24(2) est de savoir si la preuve devrait être écartée parce qu'elle a été obtenue en violation de la *Charte*, alors que la question soulevée en l'espèce est de savoir si l'utilisation d'un type particulier de preuve constituerait une violation des droits garantis par la *Charte*. Quoi qu'il en soit, j'estime valable une analogie avec la jurisprudence établie en vertu du par. 24(2). Le présent pourvoi ne porte pas sur l'interprétation d'une garantie juridique précise énoncée aux art. 8 à 14 de la *Charte*. Le pouvoir de contraindre une personne à témoigner que confère l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne peut être déclaré invalide que si nous concluons que l'utilisation ultérieure de la preuve dérivée du témoignage ainsi obtenu n'est pas «en conformité avec les principes de justice fondamentale». Les opinions exprimées par notre Cour sur la question de savoir si l'utilisation d'une preuve obtenue en violation de la *Charte* est susceptible de «déconsidérer l'administration de la justice» sont certainement pertinentes pour déterminer la portée de l'immunité testimoniale exigée par les «principes de justice fondamentale». À l'instar de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, j'imagine difficilement comment l'utilisation d'une preuve qui ne déconsidère pas l'administration de la justice peut en même temps être contraire aux principes de justice fondamentale. Dans le premier cas, c'est dire en fait que la violation de la *Charte* qui a permis d'obtenir la preuve n'a causé aucun préjudice et qu'elle était jusqu'à un certain point négligeable. Prétendre que le même raisonnement ne peut être utilisé pour déterminer si l'utilisation d'une preuve dérivée constitue une violation des

sion might equally be framed in terms of the right to a fair trial under s. 11(d) with similar results, a matter to which I shall return.

The leading case on s. 24(2) is *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. There, Lamer J., at p. 284, drew a distinction between real and self-incriminating evidence, and stated that the admission of the former would rarely bring the administration of justice into disrepute. This was because it could not be said to have been created by the *Charter* violation by which it was obtained. Its subsequent use would not, therefore, affect the fairness of the trial of the accused. The situation was different in cases where, after the violation, "the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him". In those cases:

The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination.

I would first of all note that I do not believe that in drawing this distinction, Lamer J. intended to draw a hard and fast line between real evidence obtained in breach of the *Charter* and all other types of evidence that could be so obtained. He did not merely say that the admission of real evidence would generally not affect the fairness of the trial of the accused; he said, at p. 284, that it would not generally affect the fairness of the trial because it "existed irrespective of the violation of the Charter" (emphasis added). Similarly, in reference to confessions "or other evidence emanating" from the accused, he noted that "it did not exist prior to the violation" (emphasis added). I think this clearly indicates that what Lamer J. had in mind was the much broader distinction between evidence which the accused has been forced to create, and evidence which he or she has been forced to merely locate or identify. In other words, he had in mind the kind of distinction which I have attempted to draw between compelled testimony and evidence derived from compelled testimony. This raises a

droits garantis en vertu de l'art. 7 reviendrait à adopter une interprétation beaucoup trop formaliste de la *Charte*. Comme je l'ai déjà souligné, l'analyse peut également se faire en fonction du droit à un procès équitable en vertu de l'al. 11d) avec les mêmes résultats, une question sur laquelle je reviendrai.

L'arrêt de principe concernant le par. 24(2) est l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. À la page 284, le juge Lamer y établit une distinction entre une preuve matérielle et une preuve incriminante et affirme que l'utilisation de la première serait rarement susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, et ce, parce qu'on ne pourrait affirmer que son existence est due à une violation de la *Charte*. Son utilisation ultérieure ne porterait donc pas atteinte à l'équité du procès de l'accusé. La situation est différente dans les cas où, à la suite d'une violation, «l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui». Dans ces cas:

Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même.

Je soulignerais d'abord que je ne crois pas qu'en faisant cette distinction, le juge Lamer a voulu établir une ligne de démarcation stricte entre une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* et tous les autres types de preuve qui peuvent être obtenus ainsi. Il n'a pas simplement affirmé que l'utilisation d'une preuve matérielle ne porterait généralement pas atteinte à l'équité du procès de l'accusé; il a affirmé, à la p. 284, qu'elle ne porterait généralement pas atteinte à l'équité du

procès parce qu'elle «existe indépendamment de la violation de la Chartre» (je souligne). De même, en ce qui concerne les confessions «ou d'autres preuves émanant» de l'accusé, il a souligné qu'elles «n'existaient pas avant la violation» (je souligne).

Je crois que cela indique clairement que le juge Lamer avait à l'esprit la distinction beaucoup plus générale entre la preuve que l'accusé a été forcé de créer et celle qu'il a été forcé simplement à situer ou à identifier. En d'autres termes, il avait à l'esprit le genre de distinction que j'ai tenté d'établir entre un témoignage forcé et une preuve déri-

question of crucial importance in understanding the *Collins* line of cases and their relevance to a determination of the scope of testimonial immunity required by the principles of fundamental justice; why is the prior existence of evidence regarded as relevant to the fairness of the trial in which it is introduced?

There can be only one answer to this question. A breach of the *Charter* that forces the eventual accused to create evidence necessarily has the effect of providing the Crown with evidence it would not otherwise have had. It follows that the strength of its case against the accused is necessarily enhanced as a result of the breach. This is the very kind of prejudice that the right against self-incrimination, as well as rights such as that to counsel, are intended to prevent. In contrast, where the effect of a breach of the *Charter* is merely to locate or identify already existing evidence, the case of the ultimate strength of the Crown's case is not necessarily strengthened in this way. The fact that the evidence already existed means that it could have been discovered anyway. Where this is the case, the accused is not forced to confront any evidence at trial that he would not have been forced to confront if his *Charter* rights had been respected. In such circumstances, it would be the exclusion rather than the admission of evidence that would bring the administration of justice into disrepute.

Such an understanding of the rationale for the presumption in favour of the admission of real evidence in s. 24(2) cases has recently been made explicit in this Court. In *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, a case in which a person eventually charged with murder assisted the police in distinguishing the knife which was used to commit the murder from a number of identical kitchen knives, Wilson J. supported her reliance on *R. v. Collins* by saying, at p. 164:

... the knife itself is real evidence which existed whether or not the police breached the appellant's s. 10(b) rights and used her to assist in the preparation of the case against her. It did not come into existence as a result of the participation of the accused although the police obtained it as a result of such participation. I have little

vée de ce témoignage. Cela soulève une question d'importance capitale pour ce qui est de saisir le courant de jurisprudence découlant de l'arrêt *Collins* et sa pertinence pour déterminer l'étendue de l'immunité testimoniale requise par les principes de justice fondamentale; pourquoi l'existence antérieure d'une preuve est-elle considérée pertinente à l'égard de l'équité du procès dans lequel elle est produite?

Il ne peut y avoir qu'une réponse à cette question. Une violation de la *Charte* qui force l'accusé éventuel à créer une preuve a nécessairement pour effet de fournir à la poursuite une preuve qu'elle n'aurait pu obtenir autrement. Il s'ensuit que sa preuve contre l'accusé se trouve nécessairement renforcée par suite de la violation. C'est exactement le genre de préjudice que le droit de ne pas s'incriminer ainsi que les droits comme celui à l'assistance d'un avocat visent à prévenir. Par contre, lorsque la violation de la *Charte* a simplement pour effet de situer ou d'identifier une preuve déjà existante, la valeur ultime de la preuve de la poursuite n'est pas nécessairement renforcée de cette façon. Le fait que la preuve existait déjà signifie qu'elle aurait pu être découverte de toute façon. Dans ce cas, l'accusé n'est pas obligé, au procès, de faire face à une preuve à laquelle il n'aurait pas été obligé de faire face si ses droits garantis par la *Charte* avaient été respectés. Dans ces circonstances, c'est l'exclusion plutôt que l'utilisation de la preuve qui déconsidérerait l'administration de la justice.

Notre Cour a récemment explicité la raison d'être de cette présomption en faveur de l'utilisation d'une preuve matérielle dans les arrêts rendus en vertu du par. 24(2). Dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, une affaire dans laquelle une personne finalement accusée de meurtre avait aidé les policiers à identifier parmi plusieurs couteaux de cuisine identiques celui qui avait servi à commettre le meurtre, le juge Wilson s'est appuyée sur l'arrêt *R. c. Collins* en disant, à la p. 164:

... le couteau lui-même est un élément de preuve matérielle qui existait peu importe que les policiers aient violé ou non les droits garantis à l'appelante par l'al. 10b) et se soient servis d'elle pour préparer la preuve contre elle. Cet élément de preuve n'a pas vu le jour par suite de la participation de l'accusée, bien que la police l'ait obtenu

doubt that the police would have conducted a search of the appellant's apartment with or without her assistance and that such a search would have uncovered the knife. [Emphasis added.]

At page 165, she added:

Given Lamer J.'s comments [in *Collins*] and the fact that the knife would undoubtedly have been uncovered by the police in the absence of the *Charter* breach and the conscription of the appellant against herself, I do not think that the administration of justice would have been brought into disrepute by the admission of the knife. [Emphasis added.]

I see no reason why a similar approach should not be taken in respect of testimonial immunity. As I earlier noted, the fundamental difference between testimonial and derivative evidence is that the latter, because of its independent existence, could have been found independently of the compelled testimony. Leaving aside the question of whether the mere possibility that derivative evidence could have been found without the compelled testimony is a sufficient basis on which to conclude that its use will not affect the fairness of the trial in which it is used (in *R. v. Black*, Wilson J. found that the knife "would undoubtedly have been uncovered"), I would stress that this is a characteristic of derivative evidence generally, regardless of whether or not it is real evidence. While it is perhaps self-evident that real evidence will always be evidence that exists independently of the testimony that reveals its location or relevance, it must be remembered that the same thing can be said of all derivative evidence. It is evidence distinct from the compelled testimony which is found as a result of the investigation of "clue facts" found in that testimony; see *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.), at pp. 727-44 (*per* Lambert J.A. (dissenting)). Most significantly, the testimony of third parties obtained as a result of the pursuit of such clue facts is clearly evidence that exists regardless of whether or not the person who provided the clue facts was compelled to give testimony. As much as the murder weapon or the stolen car, it is evidence that could have been found in the absence of any assistance, compelled or otherwise, from the

à cause de cette participation. Je ne doute nullement que les policiers auraient procédé à une fouille de l'appartement de l'appelante avec ou sans son aide et que cette fouille leur aurait permis de découvrir le couteau. [Je souligne.]

À la page 165, elle ajoute:

Compte tenu de ces observations du juge Lamer [dans l'arrêt *Collins*] et du fait que le couteau aurait certainement été découvert par la police sans qu'il y ait violation de la *Charte* et sans conscription de l'appelante contre elle-même, je ne crois pas que l'utilisation du couteau en preuve aurait déconsidéré l'administration de la justice. [Je souligne.]

Je ne vois pas pourquoi on ne devrait pas adopter une interprétation semblable en ce qui concerne l'immunité testimoniale. Comme je l'ai déjà souligné, la différence fondamentale entre la preuve testimoniale et la preuve dérivée est que cette dernière, en raison de son existence indépendante, aurait pu être découverte indépendamment du témoignage forcé. Sans me prononcer sur la question de savoir si la simple possibilité qu'une preuve dérivée ait pu être découverte sans le témoignage forcé est un motif suffisant pour conclure que son utilisation ne portera pas atteinte à l'équité du procès dans lequel elle sera utilisée (dans l'arrêt *R. c. Black*, le juge Wilson a conclu que le couteau «aurait certainement été découvert»), je soulignerai qu'il s'agit d'une caractéristique de la preuve dérivée en général, peu importe qu'il s'agisse ou non d'une preuve matérielle. Bien qu'il puisse être évident en soi que la preuve matérielle sera toujours une preuve qui existe indépendamment du témoignage qui en révèle le lieu ou la pertinence, il faut se rappeler qu'on peut dire la même chose en ce qui concerne toute preuve dérivée. Il s'agit d'une preuve distincte du témoignage forcé, qui est découverte par suite de l'enquête sur les [TRADUCTION] «indices» contenus dans ce témoignage; voir l'arrêt *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.), aux pp. 727 à 744 (le juge Lambert (dissident)). De façon plus significative, le témoignage de tiers obtenu par suite de la recherche de tels indices constitue clairement une preuve qui existe sans égard à la question de savoir si la personne qui a fourni les indices était contrainte de témoigner. Tout comme l'arme du meurtre ou la

person subsequently charged. I do not see why this factor should be relevant to the admissibility of the murder weapon under s. 24(2), but irrelevant to the admissibility of the third party's testimony under the same section, or to the admissibility of either piece of evidence under s. 7 or s. 11(d).

The one qualification that must be made to the above has to do with the difference between independently existing evidence that could have been found without compelled testimony, and independently existing evidence that would have been found without compelled testimony. As I have acknowledged at several points in these reasons, there will be situations where derivative evidence is so concealed or inaccessible as to be virtually undiscoverable without the assistance of the wrongdoer. For practical purposes, the subsequent use of such evidence would be indistinguishable from the subsequent use of the pre-trial compelled testimony. In both cases, it can be said that the accused is being forced to answer a case that he or she was forced to make stronger than it would otherwise have been. In the context of s. 24(2), this is no doubt why Wilson J. laid such stress in *R. v. Black* on her finding that the murder weapon "would undoubtedly have been uncovered by the police in the absence of the Charter breach" (p. 165). It probably also explains why Lamer J., speaking for a majority of the Court in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, was so emphatic in making it clear that the admissibility of evidence under s. 24(2) ultimately depended, not on its nature as real or testimonial evidence, but on whether or not it could only have been found with the compelled assistance of the accused. At page 16, he states:

Any evidence obtained, after a violation of the Charter, by conscripting the accused against himself through a confession or other evidence emanating from him would tend to render the trial process unfair. In *Collins* we

voiture volée, il s'agit d'une preuve qui aurait pu être découverte en l'absence de toute aide, obtenue par contrainte ou autrement, de la personne accusée ultérieurement. Je ne vois pas pourquoi ce facteur devrait être pertinent quant à l'admissibilité de l'arme du crime en vertu du par. 24(2), mais non pertinent quant à l'admissibilité du témoignage du tiers en vertu du même article ou quant à l'admissibilité de l'un ou l'autre des éléments de preuve en vertu de l'art. 7 ou de l'al. 11d).

La seule réserve qui doit être apportée à l'analyse précédente a trait à la différence entre la preuve qui existe indépendamment et qui pourrait avoir été découverte sans le témoignage forcé et la preuve qui existe indépendamment et qui aurait été découverte sans le témoignage forcé. Comme je l'ai déjà reconnu à maintes reprises dans les présents motifs, il y aura des situations où la preuve dérivée sera tellement dissimulée ou inaccessible qu'elle ne pourra pratiquement pas être découverte sans l'aide de l'auteur du méfait. À toutes fins pratiques, l'utilisation ultérieure de cette preuve ne pourrait se distinguer de l'utilisation ultérieure d'un témoignage préalable au procès obtenu par contrainte. Dans les deux cas, on peut affirmer que l'accusé est obligé de réfuter une thèse qu'il a été obligé de rendre plus solide qu'elle l'aurait été par ailleurs. Dans le contexte du par. 24(2), c'est certainement la raison pour laquelle le juge Wilson a tellement insisté dans l'arrêt *R. c. Black* sur sa conclusion que l'arme du crime «aurait certainement été découvert[e] par la police sans qu'il y ait violation de la Charte» (p. 165). C'est probablement aussi la raison pour laquelle le juge Lamer, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, a tellement insisté pour établir clairement que l'admissibilité d'une preuve en vertu du par. 24(2) dépend en dernière analyse non pas de sa nature de preuve matérielle ou testimoniale mais de la question de savoir si la preuve aurait pu être découverte seulement grâce à l'aide forcée de l'accusé. À la page 16, il affirme:

Toute preuve qu'on obtient, après une violation de la Charte, en conscrivant l'accusé contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui est susceptible de rendre le procès inéquitable. Dans

used the expression "emanating from him" since we were concerned with a statement. But we did not limit the kind of evidence susceptible of rendering the trial process unfair to this kind of evidence. I am of the opinion that the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair. [Emphasis added.]

The question therefore becomes: what scope of testimonial immunity is required by the principles of fundamental justice given that it is undeniable that in some unquantifiable proportion of cases both the testimony compelled and the evidence derived from it will be evidence the Crown would not otherwise have been able to obtain? I must say that it would seem overly broad to say that there must be an absolute prohibition against the use at trial of all evidence derived from testimony compelled before trial on the ground that the admission of such evidence can in some cases affect the fairness of the trial. We must remember that in defining the scope of the immunity required by the *Charter*, we are called upon to balance the individual's right against self-incrimination against the state's legitimate need for information about the commission of an offence.

Even in cases in which the state's need for information could be satisfied without a power to compel testimony, the exercise of such a power can be an important investigative technique. By compelling testimony from those it has reason to believe possess information about known or suspected wrongdoing, the state can focus its investigative efforts much more quickly and more precisely than may otherwise be possible. The community as a whole benefits as a result. Wrongdoers are identified and apprehended more swiftly, and the perceived effectiveness of law enforcement is thereby enhanced. This in turn increases the law's effectiveness as a deterrent to other possible wrongdoers. In addition, the ability of authorities to quickly focus their investigations means that the lives and activities of fewer people will be disrupted as a result of any particular investigation. Finally, the limited resources that society has to spend on law enforcement activity in general will

l'arrêt *Collins*, nous avons employé l'expression «émanant de lui» parce qu'il s'agissait d'une déclaration. Mais nous n'avons pas limité à cela le genre de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. Je suis d'avis que l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable. [Je souligne.]

b La question devient donc: quelle est la portée de l'immunité testimoniale requise par les principes de justice fondamentale, étant donné qu'il est incontestable que dans un nombre indéterminable de cas tant le témoignage forcé que la preuve dérivée de celui-ci constitueront une preuve que la poursuite n'aurait pu obtenir autrement? Je dois dire qu'il semblerait exagéré d'affirmer qu'il faut interdire de façon absolue l'utilisation au procès de toute preuve dérivée du témoignage obtenu par contrainte avant la tenue du procès pour le motif que l'utilisation de cette preuve peut dans certains cas porter atteinte à l'équité du procès. Nous devons nous rappeler que pour définir la portée de l'immunité requise par la *Charte*, nous devons établir un équilibre entre le droit du particulier de ne pas s'incriminer et le besoin légitime de l'État d'obtenir des renseignements concernant la perpétration d'une infraction.

f Même dans les cas où l'on pourrait satisfaire à ce besoin de l'État sans pouvoir de contraindre une personne à témoigner, l'exercice de ce pouvoir peut constituer un moyen d'enquête important. En obligeant à témoigner ceux dont il a des motifs de croire qu'ils possèdent des renseignements relatifs à un méfait commis ou que l'on pense avoir été commis, l'État peut orienter ses efforts d'enquête beaucoup plus rapidement et plus précisément qu'il ne pourrait le faire autrement. La collectivité dans son ensemble en bénéficiera. Les auteurs de méfaits sont identifiés et arrêtés plus rapidement et l'efficacité des mesures d'application de la loi est donc mieux perçue. Cette perception accroît à son tour l'efficacité de la loi comme moyen dissuasif à l'égard des autres auteurs possibles de méfaits. En outre, si les autorités peuvent orienter rapidement leurs enquêtes, la vie et les activités de moins de gens seront perturbées par suite d'une enquête particulière. Enfin, les ressources limitées

be utilized in a more cost-effective manner. This will mean the effective investigation of a greater proportion of offences which, again, can only enhance the law's potency as a deterrent to potential wrongdoers. I again refer to the special need for techniques of this kind in this area of the law.

que la société consacre à l'application de la loi en général seront utilisées d'une façon plus rentable. Cela signifie qu'un plus grand nombre d'infractions feront l'objet d'une enquête efficace ce qui, encore une fois, ne peut qu'accroître l'efficacité de la loi comme moyen dissuasif à l'égard des auteurs possibles de méfaits. Je mentionne encore le besoin particulier de techniques de ce genre dans ce domaine du droit.

b

All of these benefits of a power to compel testimony would either be lost or severely limited if the Constitution required that the legislative grant of any such power must be accompanied by a grant of full use and derivative use immunity. This is confirmed by the experience of the United States. Historically, the Fifth Amendment was interpreted as requiring full transaction immunity for those compelled to give testimony; see *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892). This meant immunity from prosecution for any offence related to matters in respect of which testimony had been compelled. It also meant that in many contexts, the state could only obtain information about wrongdoing by depriving itself of the power to prosecute those most responsible for its commission. Such an imbalance between the rights of the individual and the law enforcement interest of the state underlay the retreat to use and derivative use immunity in *Kastigar v. United States, supra*.

Tous ces avantages que confère le pouvoir d'ordonner à une personne de témoigner seraient soit perdus soit considérablement restreints si la Constitution exigeait qu'un tel pouvoir conféré par le législateur soit accompagné d'une immunité totale contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée. L'expérience américaine le confirme. Historiquement, on avait considéré que le Cinquième amendement exigeait l'immunité totale à l'égard d'une affaire donnée pour ceux qui étaient contraints de témoigner; voir l'arrêt *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892). Cela voulait dire une immunité contre une poursuite pour toute infraction se rapportant aux questions à l'égard desquelles le témoignage avait été obtenu par contrainte. Ce qui voulait également dire que dans plusieurs contextes l'État ne pouvait obtenir des renseignements au sujet d'un méfait qu'en se départissant lui-même du pouvoir de poursuivre ceux qui en étaient les plus grands responsables. Un tel déséquilibre entre les droits du particulier et les intérêts qu'a l'État dans l'application de la loi est à l'origine du repli vers l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée dans l'arrêt *Kastigar v. United States*, précité.

Mais comme certains commentateurs l'ont souligné, en pratique, l'attribution de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée ne peut quasiment pas être distinguée, dans plusieurs cas, de l'attribution de l'immunité contre toute poursuite; voir M. Berger, *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination* (1980), à la p. 72. Cela s'explique parce que dans plusieurs cas il est extrêmement difficile pour la poursuite d'établir que la preuve qu'elle cherche à produire contre un accusé qui a été contraint de témoigner ne constitue pas en fait une preuve dérivée de ce témoignage. Il faut se rappeler qu'il ne suffirait

But as some commentators have pointed out, the practical effect of conferring derivative use immunity is in many cases virtually indistinguishable from the conferral of immunity from prosecution; see M. Berger, *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination* (1980), at p. 72. That is because it is in many cases extremely difficult for the prosecution to prove that the evidence it seeks to introduce against an accused who has been compelled to testify is not in fact derived from that testimony. It must be remembered that it would not be enough for the Crown to prove simply that

the evidence could have been obtained independently of their testimony; that would not preclude actual reliance on the leads found in the compelled testimony. Instead, it must be proved that the evidence was in fact found independently of the compelled testimony. In the wake of an even relatively complex investigation where many different and reinforcing leads and mere hunches have played a part in guiding the investigators, what could possibly constitute such proof? The prosecution would in effect have to fall back on an attempt to furnish proof that the evidence in question could not have been derived from the compelled testimony. But in any case where there was a need for even moderately extensive use of the power to compel testimony, there will be little evidence that can be so clearly segregated from the evidence given in testimony.

In short, a general requirement of derivative use immunity would mean that in many cases the use of the power to compel testimony would furnish wrongdoers with the type of "immunity baths" that were characteristic of the transaction immunity formerly available in the United States; see Berger, *op. cit.*, at pp. 68 and 70. Law enforcement authorities would be faced with the choice of either securing information quickly at the risk of jeopardizing subsequent prosecutions, or conducting more protracted and widely cast investigations. Either way, the advantages the community currently enjoys from the power to compel testimony would be severely restricted. While I accept that this price must be paid where the use of evidence derived from compelled testimony would undermine the fairness of a person's trial, I cannot accept that it should also have to be paid where the use of the derivative evidence would not have that effect. I refer again to the remarks in *R. v. Lyons* and *R. v. Beare* to the effect that what the Charter guarantees the accused is a fair trial, not the most favourable procedure imaginable, and that fairness involves the weighing of the public interest in the equation. I note that the absolutist position the courts in the United States have adopted in this area is undoubtedly rooted in the

pas que la poursuite établisse simplement qu'elle aurait pu obtenir la preuve sans le témoignage; cela ne l'empêcherait pas de s'appuyer réellement sur les indices décelés dans le témoignage forcé. Il faut plutôt établir que la preuve a effectivement été découverte indépendamment du témoignage forcé. À la suite d'une enquête même relativement complexe où plusieurs indices différents et concordants et de simples intuitions ont pu guider les enquêteurs, qu'est-ce qui peut constituer une telle preuve? La poursuite devrait effectivement s'en remettre à tenter d'établir que la preuve en question ne pouvait être dérivée du témoignage forcé. Mais dans les cas où il était nécessaire de faire appel à l'exercice, même modérément poussé, du pouvoir de contraindre une personne à témoigner, il y aura peu d'éléments de preuve qui pourront être si clairement séparés du témoignage.

En résumé, l'existence d'une condition générale d'immunité contre l'utilisation d'une preuve dérivée signifierait que dans plusieurs cas l'exercice du pouvoir de contraindre une personne à témoigner conférerait aux auteurs de méfaits le genre de [TRADUCTION] « sphère d'immunité » qui caractérisait l'immunité à l'égard d'une affaire donnée reconnue antérieurement aux États-Unis; voir Berger, *op. cit.*, aux pp. 68 et 70. Les responsables de l'application de la loi auraient le choix soit d'obtenir rapidement des renseignements au risque de compromettre des poursuites ultérieures soit de mener des enquêtes plus longues et très détaillées. D'une façon comme de l'autre, les avantages que tire actuellement la collectivité du pouvoir de contraindre une personne à témoigner seraient considérablement restreints. Bien que j'accepte que ce soit le prix à payer lorsque l'utilisation de la preuve dérivée d'un témoignage forcé compromettrait l'équité du procès d'une personne, je refuse de payer ce prix lorsque l'utilisation de la preuve dérivée n'aurait pas cet effet. Je mentionne encore les observations, dans les arrêts *R. c. Lyons* et *R. c. Beare*, selon lesquelles la Charte garantit à l'accusé un procès équitable et non les procédures les plus avantageuses que l'on puisse imaginer, et que l'équité exige de tenir compte de l'intérêt public. Je souligne que la thèse absolue retenue par les tribunaux américains dans ce domaine tire sans doute son origine du droit explicite et apparemment

explicit and seemingly absolute right against self-incrimination found in that country's Constitution.

A Flexible Approach

In this country, where the question of immunity falls to be determined under the principles of fundamental justice, I think we can achieve a more flexible balance between the interests of the individual and that of the state. In a case like this, where the statute does not provide for the evidence to be admitted, there can really be no breach of the *Charter* until unfair evidence is admitted. Until that happens, there is no violation of the principles of fundamental justice and no denial of a fair trial. Since the proper admission or rejection of derivative evidence does not admit of a general rule, a flexible mechanism must be found to deal with the issue contextually. That can only be done by the trial judge.

Such an approach can be traced to the common law. In *R. v. Corbett, supra*, dissenting on another point, I endeavoured to elaborate upon the broad lines of the flexible approach to ensuring a fair trial flowing from the fundamental postulates of the law of evidence which, at p. 714, I summarized as follows: "All relevant evidence is admissible, subject to a discretion to exclude matters that may unduly prejudice, mislead or confuse the trier of fact, take up too much time, or that should otherwise be excluded on clear grounds of law or policy" (emphasis added); see generally at pp. 713-15. Lamer J., on this point speaking for a unanimous Court, had expressed a similar view in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at p. 201. Over time, of course, many of the decisions made pursuant to this principle have become fixed rules.

In *R. v. Corbett, supra*, a majority of this Court held that this judicial discretion to exclude unduly prejudicial evidence could be applied in relation to evidence of convictions made admissible in evidence by s. 12 of the *Canada Evidence Act*; see in

absolu de ne pas s'incriminer qui se trouve dans la Constitution de ce pays.

Une méthode souple

a Au Canada, la question de l'immunité doit être déterminée en fonction des principes de justice fondamentale et je pense que nous pouvons parvenir à établir un équilibre plus souple entre les intérêts du particulier et ceux de l'État. Dans un cas comme celui-ci où la loi ne parle pas de la preuve qui doit être admise, il ne peut vraiment y avoir de violation de la *Charte* que si une preuve injuste est admise. À moins que cela ne se produise, il n'y a aucune violation des principes de justice fondamentale et l'accusé n'est pas privé d'un procès équitable. Puisque l'admission ou le rejet appropriés d'une preuve dérivée n'est pas régi par une règle générale, il faut trouver un mécanisme souple qui permette de traiter la question selon le contexte en présence. Seul le juge du procès peut le faire.

e L'origine d'une telle méthode remonte à la common law. Dans l'arrêt *R. c. Corbett*, précité, dissident sur un autre point, j'ai entrepris de concevoir les grandes lignes d'une façon souple d'assurer un procès équitable à partir des préceptes fondamentaux du droit de la preuve que j'ai résumés de la façon suivante, à la p. 714: «Tout élément de preuve pertinent est admissible, sous réserve du pouvoir discrétionnaire d'exclure tout ce qui risque de causer un préjudice indu, d'induire en erreur ou d'embrouiller le juge des faits, de prolonger démesurément les procédures, ou ce qui devrait par ailleurs être exclu pour des motifs clairs de droit ou de principe» (je souligne); voir en général les pp. 713 à 715. Sur ce point, le juge *f* Lamer avait exprimé, au nom de la Cour à l'unanimité, une opinion semblable dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, à la p. 201. Évidemment, avec le temps, un bon nombre des décisions rendues en application de ce principe *h* sont devenues des règles établies.

Dans l'arrêt *R. c. Corbett*, précité, les juges formant la majorité de notre Cour ont conclu que ce pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve qui cause un préjudice indu pouvait s'appliquer en matière de preuve de condamnations rendues

addition to my reasons (pp. 729-40), those of Dickson C.J. (Lamer J. concurring), at p. 697, and Beetz J., at p. 699. As I indicated in *R. v. Potvin, supra*, Dickson C.J. concurring, this discretion to exclude evidence where its prejudicial effect substantially outweighs its probative value is ultimately grounded in the trial judge's duty to ensure a fair trial. As I there explained, that is the view now accepted by the House of Lords; see *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402. The requirement of a fair trial has in other areas moved the courts to reject evidence to ensure an accused a fair trial, though it would otherwise have been admissible; see *Lucier v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 28.

admissibles en preuve par l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*; en plus de mes motifs (pp. 729 à 740), voir ceux du juge en chef Dickson (à l'opinion duquel a souscrit le juge Lamer), à la p. 697, et ceux du juge Beetz, à la p. 699. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *R. c. Potvin*, précité, le juge en chef Dickson souscrivant à mes motifs, ce pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante tire son origine en fin de compte de la responsabilité du juge du procès d'assurer la tenue d'un procès équitable. Comme je l'ai expliqué dans cet arrêt, c'est l'opinion maintenant acceptée par la Chambre des lords; voir l'arrêt *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402. Dans d'autres domaines, l'exigence d'un procès équitable a incité les tribunaux à rejeter une preuve afin d'assurer à l'accusé un procès équitable, même si cette preuve aurait été par ailleurs admissible; voir l'arrêt *Lucier c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 28.

The fact that this discretion to exclude evidence is grounded in the right to a fair trial has obvious constitutional implications. The right of an accused to a fair hearing is constitutionalized by s. 11(d), a right that would in any event be protected under s. 7 as an aspect of the principles of fundamental justice (see *R. v. Corbett, per Beetz J.*, at p. 699, and my reasons, at pp. 744-46; Dickson C.J. does not really comment on this issue). But this does not, any more than does the common law, prevent the admission in evidence of matters that are damaging to the accused as opposed to unfair. What it may do is to encourage the flexibility which some judges were (wrongly in my view) reluctant to exercise at common law; see in this context R. J. Delisle, "Evidence—Judicial Discretion and Rules of Evidence—Canada Evidence Act, s. 12: *Corbett v. The Queen*" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 706.

I see no reason why an approach like that in the now constitutionalized rule adopted in the case of prejudicial evidence should not be extended to derivative evidence which, like other prejudicial evidence within the rule, can only be dealt with having due regard to the need to balance the right of the accused and that of the public in a specific

Le fait que ce pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve tire son origine du droit à un procès équitable a une incidence évidente sur le plan constitutionnel. Le droit d'un accusé à un procès équitable est constitutionnalisé à l'al. 11(d), lequel droit serait de toute façon protégé en vertu de l'art. 7 comme un aspect des principes de justice fondamentale (voir l'arrêt *R. c. Corbett*, le juge Beetz, à la p. 699, et mes motifs, aux pp. 744 à 746; le juge en chef Dickson ne fait pas vraiment d'observation sur cette question). Mais cela, pas plus que la common law, n'empêche l'utilisation d'éléments de preuve préjudiciables à l'accusé par opposition à des éléments injustes. Cela peut favoriser l'exercice d'une souplesse que certains juges hésitaient (à tort à mon avis) à exercer en common law; voir dans ce contexte R. J. Delisle, «Evidence—Judicial Discretion and Rules of Evidence—Canada Evidence Act, s. 12: *Corbett v. The Queen*» (1988), 67 *R. du B. can.* 706.

Je ne vois aucune raison pour laquelle une méthode comme celle que l'on trouve dans la règle, maintenant constitutionnalisée, qui est retenue dans le cas d'une preuve préjudiciable ne pourrait pas s'appliquer à la preuve dérivée qui ne peut être traitée, comme toute autre preuve préjudiciable relevant de la règle, qu'en tenant compte de la

context. In my view, derivative evidence that could not have been found or appreciated except as a result of the compelled testimony under the Act should in the exercise of the trial judge's discretion be excluded since its admission would violate the principles of fundamental justice. As will be evident from what I have stated earlier, I do not think such exclusion should take place if the evidence would otherwise have been found and its relevance understood. There is nothing unfair in admitting relevant evidence of this kind, a proposition consistent with the cases under s. 24(2) of the *Charter*. The touchstone for the exercise of the discretion is the fairness of the trial process.

In *R. v. Corbett*, too, I dealt with the manner in which the evidence of convictions should be dealt with in relation to a fair trial, in a passage that is clearly relevant to derivative evidence as well. I stated, at p. 745:

If the appellant's broader argument is based on the notion that, to ensure a fair trial and impartial jurors, evidence of the previous convictions of an accused should always, as a matter of law, be excluded because of their prejudicial effect and in spite of their probative value, I cannot agree. It is true that s. 11 of the *Charter* constitutionalizes the right of an accused and not that of the state to a fair trial before an impartial tribunal. But "fairness" implies, and in my view demands, consideration also of the interests of the state as representing the public. Likewise the principles of fundamental justice operate to protect the integrity of the system itself, recognizing the legitimate interests not only of the accused but also of the accuser. To accept the appellant's argument would be to ignore those considerations.

In my view, the recognition of a discretion to exclude evidence when its probative value is overshadowed by prejudicial effect ensures that the legitimate interests of both the public and the accused are taken into account. Justice and fairness demand no less and expect no more.

I should add that the Chief Justice took a similar approach, though he was more strongly disposed

nécessité d'établir un équilibre entre le droit de l'accusé et celui du public dans un contexte particulier. À mon avis, la preuve dérivée qui serait passée inaperçue ou qui aurait été ignorée, n'eût été du témoignage obtenu par contrainte en vertu de la Loi, devrait, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, être écartée puisque son utilisation violerait les principes de justice fondamentale. Comme il ressort de ce que j'ai dit auparavant, je ne crois pas que cette exclusion devrait avoir lieu si la preuve avait pu être découverte et si sa pertinence avait pu être saisie autrement. Il n'est aucunement injuste d'utiliser une preuve pertinente de ce genre, ce qui est conforme aux arrêts rendus en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La pierre de touche de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est l'équité du processus judiciaire.

d Dans l'arrêt *R. c. Corbett*, j'ai aussi traité de la manière dont la preuve des condamnations devrait être traitée relativement à un procès équitable, dans un passage qui est également tout à fait pertinent quant à la preuve dérivée. Voici ce que j'affirme, à la p. 745:

f Si l'argument plus général de l'appelant repose sur la notion selon laquelle, pour garantir un procès équitable et l'impartialité des jurés, la preuve des condamnations antérieures d'un accusé doit toujours, sur le plan du droit, être exclue en raison de son effet préjudiciable et en dépit de sa valeur probante, je ne puis l'accepter. Certes, l'art. 11 de la *Charte* consacre dans la Constitution le droit d'un accusé, et non pas celui de l'État, à un procès équitable devant un tribunal impartial. Mais «l'équité» implique, commande même à mon avis, qu'entrent également en ligne de compte les intérêts de l'État en tant que représentant du public. De même, les principes de justice fondamentale ont pour effet de protéger l'intégrité du système lui-même, car ils reconnaissent les intérêts légitimes non seulement de l'accusé, mais aussi de l'accusateur. Retenir l'argument de l'appelant reviendrait à faire abstraction de ces considérations.

i Selon moi, la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve lorsque sa valeur probante est éclipsée par son effet préjudiciable assure la prise en considération des intérêts légitimes tant du public que de l'accusé. La justice et l'équité n'exigent rien de moins et ne prévoient rien de plus.

j Je devrais ajouter que le Juge en chef a adopté un point de vue semblable, bien qu'il ait été plus

towards the admission of relevant evidence in that specific context. The precise balance that should apply is one, of course, that will require development over time.

It is neither necessary nor advisable in this appeal to attempt a more extensive elaboration of the more flexible approach to derivative evidence I have suggested. It suffices to say that however prejudicial particular instances of derivative evidence may be in other law enforcement contexts, the instances where such evidence could be said to be prejudicial to those who are compelled to testify under s. 17 of the *Combines Investigation Act*, and are later charged with an offence under the Act, are likely to be somewhat rare. It must be remembered that the Director has other means of investigation and research available to him. The section itself permits the Director and the Commission to order the production of business documents which may reveal much of the information obtained through the testimony. Again, the Director and the Commission have the power to obtain oral evidence from others. It would ill comport with the principles of fundamental justice if the courts were required to reject evidence simply because one witness gave the evidence before it was given by another, or it was otherwise discovered by an investigation that would undoubtedly have been carried out in any event—any more than its admission would be regarded as bringing the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*. The one thing the power to compel testimony will never allow anti-combines investigators to use as evidence, however, is information they could not otherwise have uncovered.

It may, of course, be argued that the matter should be left for Parliament to deal with. I do not agree. I suspect that the best course Parliament could adopt in achieving a proper balance between the rights of the accused and the public in this area would be to accord the trial judge a discretion of the kind described. I see no reason why a court charged with the duty of ensuring a fair trial

enclin à admettre une preuve pertinente dans ce contexte particulier. L'équilibre précis auquel il faudrait parvenir devra évidemment être raffiné avec le temps.

^a Il n'est ni nécessaire ni souhaitable dans ce pourvoi de tenter d'élaborer davantage la façon plus souple dont j'ai proposé d'aborder la preuve dérivée. Il suffit de dire qu'aussi préjudiciables que puissent être certains cas particuliers de preuve dérivée dans d'autres contextes d'application de la loi, les cas où on pourrait dire que cette preuve cause un préjudice à ceux qui sont contraints de témoigner en vertu de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et qui sont accusés ultérieurement d'une infraction en vertu de la Loi risquent d'être plutôt rares. Il faut se rappeler que le directeur peut utiliser d'autres modes d'enquête et de recherche. L'article lui-même permet au directeur et à la Commission d'ordonner la production de documents de nature commerciale qui peuvent contenir la plupart des renseignements obtenus par le témoignage. Encore une fois, le directeur et la Commission ont le pouvoir de contraindre d'autres personnes à témoigner oralement. Il ne serait pas conforme aux principes de justice fondamentale que les tribunaux soient tenus d'éarter une preuve simplement parce qu'un témoin l'aurait divulguée avant un autre ou parce qu'elle aurait été découverte d'une autre manière au cours d'une enquête qui aurait certainement été tenue de toute façon—pas plus que son utilisation ne serait perçue comme susceptible de déconsidérer l'administration de la justice en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La seule chose que le pouvoir de contraindre une personne à témoigner ne permettra cependant jamais aux enquêteurs en matière de coalitions d'utiliser comme preuve, ce sont les renseignements qu'ils n'auraient pu découvrir autrement.

ⁱ On pourrait cependant prétendre qu'on devrait laisser au Parlement le soin de traiter cette question. Je ne suis pas d'accord. J'ai des raisons de croire que le meilleur moyen que pourrait adopter le Parlement pour réaliser l'équilibre approprié entre les droits de l'accusé et ceux du public dans ce domaine serait d'accorder au juge du procès un pouvoir discrétionnaire du genre décrit précédem-

consistently with the principles of fundamental justice should have need to await the enactment of a statute to discharge this responsibility, especially when the bulk of the law of evidence was judicially created in the first place. I note that the Ontario Court of Appeal has held that s. 7 of the *Charter* gives the court a residual discretion to relax the rules of evidence in certain limited circumstances to ensure that an accused is given a fair trial; see *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351; *R. v. Rowbotham* (1988), 63 C.R. (3d) 113. Had the judges in the past considered that the admission of derivative evidence would in certain circumstances "tend to render the trial process unfair" (see *R. v. Ross, supra*, at p. 16), they would have rejected the evidence as prejudicial or unfair; that is how the law of evidence developed. It would seem odd if judges, who are now the guardians of the Constitution, were to flinch at excluding such evidence in those situations where its admission would make the trial process unfair. The law of evidence, like other laws, must be adapted where need be to conform to constitutional imperatives. The alternative of declaring void a provision that otherwise passes muster under the principles of fundamental justice seems excessive. Especially is this so when its counterparts under s. 5 of the *Canada Evidence Act* and equivalent provincial provisions have formed part of the very fabric of the general law of evidence for nearly one hundred years.

Conclusion

I conclude, then, that the use of derivative evidence derived from the use of the s. 17 power in subsequent trials for offences under the Act does not automatically affect the fairness of those trials. It follows that complete immunity against such use is not required by the principles of fundamental justice. The immunity against use of actual testimony provided by s. 20(2) of the Act together with the judge's power to exclude derivative evidence where appropriate is all that is necessary to satisfy the requirements of the *Charter*.

ment. Je ne vois aucune raison pour laquelle un tribunal, dont la responsabilité est d'assurer un procès équitable conformément aux principes de justice fondamentale, devrait attendre l'adoption *a* d'une loi pour s'acquitter de son obligation, surtout lorsque la majeure partie du droit de la preuve a, au départ, été conçue par les tribunaux. Je souligne que la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'art. 7 de la *Charte* confère au tribunal le pouvoir *b* discrétionnaire résiduel d'assouplir les règles de preuve dans certaines circonstances restreintes afin d'assurer que l'accusé bénéficie d'un procès équitable; voir les arrêts *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351; *R. v. Rowbotham* (1988), 63 C.R. (3d) 113. Si autrefois les juges avaient considéré que l'utilisation d'une preuve dérivée était dans certaines circonstances «susceptible de rendre le procès inéquitable» (voir l'arrêt *R. c. Ross*, précité, à la p. *d* 16), ils auraient rejeté la preuve en disant qu'elle était préjudiciable ou injuste; c'est ainsi que le droit de la preuve a évolué. Il serait étrange que les juges qui sont maintenant les gardiens de la Constitution hésitent à écarter cette preuve dans les *e* situations où son utilisation rendrait le procès inéquitable. Le droit de la preuve, comme les autres domaines du droit, doit s'adapter lorsqu'il est nécessaire de se conformer aux impératifs constitutionnels. L'autre solution, qui consiste à invalider une disposition par ailleurs valable en vertu des principes de justice fondamentale, paraît excessive. Surtout lorsque la disposition correspondante de *f* l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et les *g* dispositions provinciales équivalentes constituent la trame même des règles générales du droit de la preuve depuis près de cent ans.

Conclusion

h Je conclus alors que l'utilisation d'une preuve dérivée, obtenue par l'exercice du pouvoir de l'art. 17, dans des procès ultérieurs relativement à des infractions à la Loi ne porte pas automatiquement atteinte à l'équité de ces procès. Il s'ensuit que l'immunité totale contre cette utilisation n'est pas requise par les principes de justice fondamentale. L'immunité prévue par le par. 20(2) de la Loi contre l'utilisation du témoignage effectivement donné, de concert avec le pouvoir qu'a le juge *i* d'écarter la preuve dérivée lorsque cela est indiqué, suffit pour respecter les exigences de la *Charte*.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs throughout. I would answer the constitutional question in the negative.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The appellants launched a constitutional attack upon s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (the "Act"), in the early stages of an investigation into the activities of appellant Thomson Newspapers Ltd. They contend that a compulsion to testify and to produce corporate documents violates ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I state at the outset that, in my view, this contention oversteps the legitimate boundaries of constitutional protection envisaged under these provisions.

Before examining the arguments relative to the constitutionality of s. 17, I find it necessary to briefly review the nature and purpose of the legislation under attack.

I. *The Combines Investigation Act*

Legislation relative to the control of anti-competitive conduct has had a long and eventful history in Canada. This history is recounted in great detail by Dickson J. (now Chief Justice) in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at pp. 250-55. In that case, Dickson J. agreed with the views which had been expressed by Martin J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, in *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694 namely, that when considered as a whole, the Act could properly be supported under the federal trade and commerce power (pp. 735-36). In the recent decision of *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, this view was unanimously upheld by this Court and there is no question today that the Act constitutes a valid exercise of federal trade and commerce power.

While anti-combines legislation may have given rise to different constitutional characterizations throughout the years, this Court has always found

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle par la négative.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Les appellants ont contesté la constitutionnalité de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (la «Loi»), dès le début d'une enquête sur les activités de l'appelante Thomson Newspapers Ltd. Ils soutiennent que la contrainte à témoigner et à produire des documents de la société viole les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je dis dès maintenant qu'à mon avis cette prétention dépasse les bornes légitimes de la protection constitutionnelle envisagée par ces dispositions.

Avant d'analyser les arguments relatifs à la constitutionnalité de l'art. 17, j'estime qu'il est nécessaire d'examiner brièvement la nature et l'objet de la législation contestée.

I. *La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*

Au Canada, les lois relatives au contrôle des pratiques qui nuisent à la concurrence ont une histoire longue et mouvementée. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) en a fait l'historique détaillé dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, aux pp. 250 à 255. Dans cet arrêt, le juge Dickson s'est dit d'accord avec l'opinion du juge Martin parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694 selon laquelle la Loi, dans son ensemble, peut relever de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce (pp. 735 et 736). Dans l'arrêt récent *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, notre Cour a confirmé à l'unanimité ce point de vue, de sorte qu'il n'y a pas de doute maintenant que la Loi constitue un exercice valide de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce.

Même si les dispositions législatives interdisant les coalitions peuvent avoir donné lieu à diverses qualifications constitutionnelles au cours des

the legislation's underlying rationale to be the eradication of practices that inhibit free competition. As early as 1912, in *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1, commenting on s. 498 of the then *Criminal Code*, Idington J. emphatically stated: "Destroy competition and you remove the force by which humanity has reached so far" (p. 28). In *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] S.C.R. 276, Mignault J. found that the same provision was designed to prevent "[i]njury to the public by the hindering or suppressing of free competition" (p. 280). Duff C.J. referred to s. 498 in *Container Materials, Ltd. v. The King*, [1942] S.C.R. 147, and stated (at p. 152):

The enactment before us, I have no doubt, was passed for the protection of the specific public interest in free competition.

These views were reiterated by Taschereau J. in *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403, who went so far as to state that the "public is entitled to the benefit of *free competition*" (emphasis in original, p. 407). The wording of s. 498 of the *Criminal Code*, considered in the above cases, was "in all essentials the same" as that of s. 32(1) of the Act: see *Aetna Insurance Co. v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 731, at pp. 744-46. Recently, in *General Motors, supra*, the Chief Justice referred to the purpose of the Act in the following terms (at p. 676):

From this overview of the *Combines Investigation Act* I have no difficulty in concluding that the Act as a whole embodies a complex scheme of economic regulation. The purpose of the Act is to eliminate activities that reduce competition in the market-place. The entire Act is geared to achieving this objective. The Act identifies and defines anti-competitive conduct. It establishes an investigatory mechanism for revealing prohibited activities and provides an extensive range of criminal and administrative redress against companies engaging in behaviour that tends to reduce competition. In my view, these three components, elucidation of prohibited conduct, creation of an investigatory procedure, and the establishment of a remedial mechanism, constitute a well-integrated scheme of regulation designed to dis-

années, notre Cour a toujours affirmé que la raison d'être fondamentale de ces dispositions était de supprimer les pratiques contraires à la libre concurrence. Dès 1912, dans l'arrêt *Weidman v. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1, le juge Idington, affirmait catégoriquement, au sujet de ce qui était alors l'art. 498 du *Code criminel*: [TRADUCTION] «Éliminez la concurrence et vous annihilerez la force qui a permis à l'humanité d'en arriver là où elle en est aujourd'hui» (p. 28). Dans l'arrêt *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] R.C.S. 276, le juge Mignault a conclu que la même disposition visait à prévenir [TRADUCTION] «[l]e tort causé au public par la diminution ou la suppression de la libre concurrence» (p. 280). Le juge en chef Duff mentionne l'art. 498 dans l'arrêt *Container Materials, Ltd. v. The King*, [1942] R.C.S. 147, et dit (à la p. 152):

[TRADUCTION] Le texte de loi qui nous est soumis a été, sans l'ombre d'un doute, édicté pour protéger l'intérêt public précis vis-à-vis de la libre concurrence.

Le juge Taschereau a réitéré le même point de vue dans l'arrêt *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 403, allant même jusqu'à dire que [TRADUCTION] «le public a droit au bénéfice de la *libre concurrence*» (en italique dans l'original, p. 407). Les termes de l'art. 498 du *Code criminel* visé dans les arrêts susmentionnés étaient, «pour l'essentiel, les mêmes» que ceux du par. 32(1) de la Loi: voir *Aetna Insurance Co. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 731, aux p. 744 à 746. Récemment, dans l'arrêt *General Motors*, précité, le Juge en chef disait ceci au sujet de l'objet de la Loi (à la p. 676):

Il m'est facile de conclure de cet aperçu général de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qu'elle comporte un système de réglementation économique complexe. La Loi a pour objet d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché. Toute la Loi est conçue en fonction de cet objet. Elle identifie et définit les pratiques monopolistiques. Elle établit un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle contre les sociétés qui s'adonnent à certaines pratiques tendant à diminuer la concurrence. À mon avis, ces trois éléments que sont l'identification de pratiques interdites, la création d'une procédure d'enquête et l'établissement d'un mécanisme de recours constituent un système de réglementation

courage forms of commercial behaviour viewed as detrimental to Canada and the Canadian economy.

The Chief Justice also remarked (at p. 682):

In sum, the *Combines Investigation Act* is a complex scheme of competition regulation aimed at improving the economic welfare of the nation as a whole. It operates under a regulatory agency. It is designed to control an aspect of the economy that must be regulated nationally if it is to be successfully regulated at all. As Linden J. of the Ontario High Court of Justice said, when discussing the Act in *R. v. Hoffmann-La Roche, supra*, at p. 191:

It is part of a legislative scheme aimed at deterring a wide range of unfair competitive practices that affect trade and commerce generally across Canada, and is not limited to a single industry, commodity or area. The conduct being prohibited is generally of national and of international scope. The presence or absence of healthy competition may affect the welfare of the economy of the entire nation. It is, therefore, within the sphere of the federal Parliament to seek to regulate such competition in the interest of all Canadians.

I am therefore of the view that the *Combines Investigation Act* as a whole is *intra vires* Parliament as legislation in relation to general trade and commerce . . .

Section 17 forms part of the administrative machinery which was established in order to promote the Act's purpose. The Restrictive Trade Practices Commission's (the "Commission") investigative and reporting duties have been fully considered in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at pp. 193-205, and there is no need to add anything to what was said there in this respect.

I now propose to consider the main question: does s. 17 of the Act infringe ss. 7 or 8 of the *Charter*?

II. Constitutionality of Section 17 of the Act

For the sake of convenience, I reproduce hereunder the text of s. 17 of the Act:

bien intégré qui vise à décourager des formes de pratiques commerciales considérées comme préjudiciables au Canada et à l'économie canadienne.

a Le Juge en chef fait aussi observer (à la p. 682):

En résumé, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est un système complexe de réglementation de la concurrence qui vise à accroître le bien-être économique du pays dans son ensemble. La Loi est appliquée par un organisme de réglementation. Elle est conçue pour surveiller un aspect de l'économie qui doit être réglementé à l'échelle nationale si l'on veut que cet aspect soit réglementé efficacement. Comme l'a affirmé le juge Linden de la Haute Cour de justice de l'Ontario en analysant la Loi dans la décision *R. v. Hoffmann-La Roche*, précitée, à la p. 191:

[TRADUCTION] [Elle] fait partie d'un régime législatif visant à empêcher toute une variété de pratiques déloyales en matière de concurrence qui touchent les échanges et le commerce en général dans tout le Canada et qui ne se limitent pas à une seule industrie, denrée ou région. En règle générale, la conduite interdite a une portée à la fois nationale et internationale. L'économie de tout le pays peut se ressentir de la présence ou de l'absence d'une saine concurrence. Il est donc de la compétence du Parlement fédéral de tenter de réglementer la concurrence dans l'intérêt de tous les Canadiens.

f Je suis donc d'avis que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans son ensemble est conforme à la compétence du Parlement à titre de loi relative aux échanges et au commerce en général . . .

g L'article 17 fait partie des rouages administratifs établis pour promouvoir l'objet de la Loi. Les fonctions d'enquête et de rapport de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (la «Commission») ont fait l'objet d'un examen complet dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, aux pp. 193 à 205, et il n'est pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit à ce qui y est dit à ce sujet.

i J'analyserai maintenant la question principale: l'article 17 de la Loi viole-t-il l'art. 7 ou l'art. 8 de la *Charte*?

II. La constitutionnalité de l'art. 17 de la Loi

j Pour plus de commodité, je cite ici le texte de l'art. 17 de la Loi:

17. (1) On *ex parte* application to 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.

(2) Any person summoned under subsection (1) is competent and may be compelled to give evidence as a witness.

(3) A member of the Commission shall not exercise power to penalize any person pursuant to this Act, whether for contempt or otherwise, unless, on the application of the member, a judge of the Federal Court of Canada or of a superior or county court has certified, as such judge may, that the power may be exercised in the matter disclosed in the application, and the member has given to such person twenty-four hours notice of the hearing of the application or such shorter notice as the judge deems reasonable.

(4) Any books, papers, records or other documents produced voluntarily or in pursuance of an order under subsection (1) shall within thirty days thereafter be delivered to the Director, who is thereafter responsible for their custody, and within sixty days after the receipt of such books, papers, records or other documents by him the Director shall deliver the original or a copy thereof to the person from whom such books, papers, records or other documents were received.

(5) A justice before whom any thing seized pursuant to a search warrant issued with reference to an offence against this Act is brought may, on the application of the Director, order that such thing be delivered to the Director, and the Director shall deal with any thing so delivered to him as if delivery of it had been made to him pursuant to subsection (4).

(6) Every person summoned to attend pursuant to this section is entitled to the like fees and allowances for so doing as if summoned to attend before a superior court of the province in which he is summoned to attend.

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 produire 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.

(2) Toute personne assignée sous le régime du paragraphe (1) est habile à agir comme témoin et peut être contrainte à rendre témoignage.

(3) Un membre de la Commission ne doit pas exercer le pouvoir d'infliger une peine à quelque personne en vertu de la présente loi, pour désobéissance ou autrement, à moins que, sur requête de ce membre, un juge de la Cour fédérale du Canada ou d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, n'ait certifié, comme un tel juge peut le faire, que ce pouvoir peut être exercé en la matière révélée dans la requête, et que ce membre n'ait donné à cette personne un avis de vingt-quatre heures de l'audition de la requête ou tel avis plus court que le juge estimera raisonnable.

(4) Tous les livres, pièces, archives ou autres documents produits volontairement ou en conformité d'une ordonnance rendue sous le régime du paragraphe (1) doivent, dans les trente jours, être livrés au directeur, lequel, par la suite, sera responsable de leur garde et devra, dans les soixante jours après les avoir reçus, en remettre l'original ou une copie à la personne de qui ils ont été reçus.

(5) Un juge de paix devant qui est produite une chose saisie en conformité d'un mandat de perquisition décerné à l'égard d'une infraction à la présente loi, peut, sur requête du directeur, ordonner que cette chose soit livrée au directeur, et ce dernier doit disposer de toute chose qui lui est ainsi livrée comme si la livraison de la chose en question lui avait été faite selon le paragraphe (4).

(6) Toute personne assignée en conformité du présent article a droit aux mêmes honoraires et allocations pour ce faire que si elle avait été assignée à comparaître devant une cour supérieure de la province où elle est ainsi assignée.

(7) The Minister may issue commissions to take evidence in another country, and may make all proper orders for the purpose and for the return and use of evidence so obtained.

(8) Orders to witnesses issued pursuant to this section shall be signed by a member of the Commission.

I pause to note at this juncture that s. 17 comes into play at the investigative stage of the process. At this stage, the Commission is embarked on a fact-finding inquiry. In the most usual case, a complaint alleging conduct contrary to the Act has been filed with the Commission and the purpose of the inquiry is to consider whether "evidence exists" to substantiate the allegation. To this end, s. 17(2) empowers the Commission to summon a person "to give evidence as a witness" (emphasis added). No individual is charged and the inquiry is not a trial. The provisions allowing the Commission to communicate its findings to the Minister and the eventual possibility of sanctions, administrative or penal, only come into play at a later stage. In commissions of inquiry such as a coroner's inquest (*Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9), a commission of inquiry into organized crime (*Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152) and a commission of inquiry into criminal acts allegedly committed by the R.C.M.P. (*Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218), individuals compelled to testify were treated as "witnesses" by this Court, even though, as a result of their testimony, the "witnesses" might possibly have been exposed to subsequent criminal charges. In my opinion, the status of the individuals subject to an order under s. 17 of the Act is similar to the status of a witness appearing before a commission of inquiry. There is no "accused" nor any "suspect". In ordinary parlance, whether someone is a "suspect" refers to the existence of grounds to believe that the individual has engaged in forbidden activities. In the context of an order under s. 17, there are no such grounds, but mere allegations. The possibility of subsequent proceedings does not transform these allegations into formal accusations. Accordingly, whether the allegations relate to the witness or not, the result is

(7) Le Ministre peut décerner des commissions en vue de recueillir des témoignages dans un autre pays, et il peut rendre toutes ordonnances appropriées à cette fin et pour le renvoi et l'utilisation des témoignages ainsi obtenus.

(8) Les ordonnances aux témoins décernées en conformité du présent article doivent être signées par un membre de la Commission.

b J'ouvre une parenthèse pour faire remarquer que l'art. 17 entre en jeu dans le processus à l'étape de l'enquête. À cette étape, la Commission procède à une enquête pour établir les faits. Dans la plupart des cas, quelqu'un a déposé une plainte auprès de la Commission alléguant une conduite contraire à la Loi et l'enquête vise à déterminer «s'il existe des éléments de preuve» à l'appui de cette allégation. À cette fin, le par. 17(2) habilite la Commission à assigner une personne à comparaître pour qu'elle «rend[e] témoignage» (je souligne.) Personne n'est accusé et l'enquête n'est pas un procès. Les dispositions qui permettent à la Commission de faire part de ses conclusions au Ministre et l'imposition éventuelle de sanctions administratives ou pénales n'entrent en jeu qu'à une étape ultérieure. Dans le cas de commissions d'enquête comme une enquête du coroner (*Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9), une enquête sur le crime organisé (*Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152) et une enquête sur les actes criminels imputés à la GRC (*Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218), notre Cour a considéré les personnes contraintes à témoigner comme des «témoins», même si leur témoignage, en cette qualité, les exposait par la suite à des inculpations d'actes criminels. À mon avis, la situation f d'une personne visée par une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 de la Loi est semblable à celle d'un témoin qui dépose devant une commission d'enquête. Il n'y a ni accusé, ni suspect. Dans le langage courant, on dit que quelqu'un est un «suspect» quand il existe des motifs de croire qu'il a exercé des activités prohibées. Dans le cadre d'une ordonnance fondée sur l'art. 17, il n'y a pas de tels motifs, mais seulement des allégations. La possibilité de poursuites ultérieures ne transforme pas ces allégations en accusations officielles. Aussi, peu importe que les allégations aient trait au témoin ou g j

the same: an individual subject to an order under s. 17 is more properly characterized as a witness.

Against this background, I will now turn to the constitutional validity of s. 17. That provision, it will be noted, contains two aspects which are at the heart of the present appeal. It requires the individual named in the order to "be examined upon oath" as well as to "make production of books, papers, records or other documents". It will accordingly be useful to examine the constitutionality of each of these aspects separately.

Does the Requirement to Testify Violate Section 7 or Section 8 of the Charter?

Though both ss. 7 and 8 of the *Charter* are invoked to attack the constitutionality of s. 17 of the Act, s. 8 does not in my view come into play at this stage. This provision states:

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

To hold that an order to testify constitutes a "seizure", presumably a "seizure" of one's thoughts, would be to stretch that word beyond any meaning. I agree with F. Chevrette, "Protection Upon Arrest or Detention and Against Retroactive Penal Law", in Beaudoin and Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 387, when he states, at p. 390:

One might possibly consider a physical specimen a "thing", but admissions, confessions or ordinary conversations are clearly not "things".... At first glance, then, the language of section 8 appears to suggest that the guarantee it contains applies only to the procurement of "tangible things".

In *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963, this Court decided that confidential information could not be the object of theft under the *Criminal Code*. Although certain issues of policy specific to the *Criminal Code* underlie the conclusion reached in that case, Lamer J. added in *obiter* that information *per se* could not be the object of a "taking" (at p. 979):

... property must be capable of being taken or converted in a manner that results in the deprivation of the

non, le résultat reste le même: il convient mieux de qualifier de témoin une personne visée par une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17.

Dans ce contexte, je vais maintenant examiner la constitutionnalité de l'art. 17. Il y a lieu de noter que cette disposition comporte deux aspects qui sont au cœur du présent pourvoi. Elle exige que la personne nommée dans l'ordonnance soit «interrogée sous serment» et qu'elle «produise [...] des livres, documents, archives ou autres pièces». Il sera donc utile d'examiner séparément la constitutionnalité de chacun de ces aspects.

c L'obligation de témoigner viole-t-elle l'art. 7 ou l'art. 8 de la Charte?

Bien qu'on invoque l'art. 7 et l'art. 8 de la *Charte* pour contester la constitutionnalité de l'art. 17 de la Loi, j'estime que l'art. 8 n'entre pas en jeu à cette étape-ci. Cet article est ainsi rédigé:

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

*e Conclure qu'une ordonnance de témoigner constitue une «saisie», probablement une «saisie» de la pensée de quelqu'un, reviendrait à donner à ce terme un sens qu'il n'a absolument pas. Je partage l'avis exprimé par F. Chevrette, dans «La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive», dans Beaudoin et Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), 441, lorsqu'il affirme à la p. 445:*

g On peut à la limite considérer qu'un prélèvement physique est une «chose», mais l'aveu, la confession ou la simple conversation d'une personne n'en sont certainement pas. [...] De prime abord, le texte même de l'article 8 paraît donc suggérer que la garantie qu'il établit ne vise que l'obtention de «choses tangibles».

Dans l'arrêt *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, notre Cour a statué que les renseignements confidentiels ne peuvent faire l'objet d'un vol au sens du *Code criminel*. Bien que certaines questions de principe particulières au *Code criminel* sous-tendent la conclusion de cet arrêt, le juge Lamer a ajouté, à titre d'*obiter*, que des renseignements ne peuvent en soi être «pris» (à la p. 979):

... un bien doit pouvoir être pris ou détourné d'une manière qui entraîne une privation pour la victime. Les

victim. Tangible things present no difficulty in this regard, as it is easy to conceive how they can be both taken and converted. On the other hand, pure intangibles, as they have no physical existence, can obviously only be converted, not taken. The "taking" of an intangible could only occur where such intangible is embodied in a tangible object, for example a cheque, a share certificate or a list containing information. However, that would not result in the taking of the intangible *per se*, but rather of the physical object evidencing it. [Emphasis added.]

These considerations apply to all intangibles, including oral evidence. Wilson J. finds that a "seizure" under s. 8 means "the taking hold by a public authority of a thing belonging to a person against that person's will" (p. 493). Even on this basis, in my view, testimonial compulsion does not involve the "taking of a thing" for the purpose of s. 8.

Turning now to s. 7 of the *Charter*, it provides:

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.

As far as s. 7 is concerned, I agree with my colleague Wilson J. that it is necessary to ascertain the values which that provision was designed to protect and that the purposive approach best achieves this end. I also agree that this fundamental requirement of *Charter* methodology should not be circumvented by the mechanical application of one of the traditional rules of statutory interpretation. However, once the values have been identified, these rules might still be available in later stages of the analysis. For example, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court relied in part on the rule *inclusio unius est exclusio alterius* and in part on the literal meaning rule in interpreting the word "person" in s. 7 (pp. 1003-4). In this sense, I do not think that the rules of interpretation which have guided the courts to this day have been set aside and can no longer play any role in interpreting the *Charter*. Subject to these remarks, I am prepared to accept Wilson J.'s conclusion that the

choses tangibles ne présentent aucune difficulté à cet égard, car on conçoit facilement qu'elles puissent être prises et détournées. Les choses purement intangibles, par contre, comme elles n'ont pas d'existence matérielle, ne peuvent évidemment faire l'objet que d'un détournement; elles ne peuvent être prises. La «prise» d'une chose intangible ne peut se produire que lorsque cette chose fait corps avec un objet tangible, par exemple un chèque, un certificat d'actions ou une liste contenant des renseignements. Toutefois, il ne s'agirait pas alors de la prise de la chose intangible elle-même, mais plutôt de l'objet matériel qui en constate l'existence. [Je souligne.]

Ces considérations s'appliquent à toutes les choses intangibles, y compris les dépositions orales. Le juge Wilson conclut qu'une «saisie» au sens de l'art. 8 signifie «l'appropriation par un pouvoir public d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne» (p. 493). Même selon cette définition la contrainte à témoigner ne comporte pas, à mon avis, «la prise d'une chose» pour les fins de l'art. 8.

Abordons maintenant l'art. 7 de la *Charte*, qui énonce:

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.

Pour ce qui est de l'art. 7, je suis d'accord avec ma collègue le juge Wilson pour dire qu'il est nécessaire de vérifier les valeurs que cette disposition est destinée à protéger et qu'une interprétation fondée sur l'objet visé est la plus indiquée pour réaliser cette fin. Je conviens également qu'une application automatique des règles traditionnelles d'interprétation des lois ne doit pas servir à contourner cette exigence fondamentale de la méthode d'interprétation de la *Charte*. Cependant, une fois ces valeurs identifiées, il serait encore possible d'avoir recours à ces règles à une étape ultérieure de l'analyse. Par exemple, dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour s'est fondée en partie sur la règle *inclusio unius est exclusio alterius* et en partie sur la règle de l'interprétation littérale pour déterminer le sens du mot «personne» qui figure à l'art. 7 (pp. 1003 et 1004). Dans ce sens, je ne crois pas que les règles d'interprétation qui ont guidé les tribunaux jusqu'à ce jour aient été écar-

specific enumerations in ss. 11(c) and 13 do not prevent residual content from being given to s. 7.

At the outset, it must be stressed here that all of the appellants do not stand in an identical position with respect to the *Charter*. One major difference stems from the fact that the appellant Thomson Newspapers Ltd. is a corporation, while the other appellants are its executive vice-president, treasurer and controller. Another important difference comes from the purpose of the inquiry, which is to investigate into the activities of the appellant corporation. The activities of the individual appellants are beyond the scope of the inquiry in the present instance. As clearly stated in the orders issued by the Director:

Pursuant to section 8 of the Combines Investigation Act, the Director of Investigation and Research is continuing an inquiry relating to section 34(1)(c) of the said Act. The inquiry is concerned with determining whether evidence exists that Thomson Newspapers Limited and its subsidiary companies have committed an offence, at any time between January 1, 1976 and the present, contrary to section 34(1)(c) of the Combines Investigation Act in that they have engaged in a policy of selling advertising space in their special promotion supplement (SPS), extended coverage vehicle (ECV), or total market coverage (TMC) publications at prices unreasonably low, having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have such effect. [Emphasis added.]

When the Commission investigates into the activities of a corporation (and it appears that this will generally be the case), it will always be necessary for the Commission to name an individual in the order to appear. Indeed, since the corporation is an artificial entity, it cannot itself give oral evidence, nor can it physically produce documentary evidence. This creates somewhat of an ambiguity when the individual in question is an employee or officer of the corporation: is the individual simultaneously acting as a representative of the corporation as well as in his or her personal capacity?

tées et qu'elles ne puissent plus servir à interpréter la *Charte*. Ceci dit, je suis prête à accepter la conclusion du juge Wilson selon laquelle les énumérations précises à l'al. 11c) et à l'art. 13 n'empêchent pas de conférer une teneur résiduelle à l'art. 7.

Il importe de souligner dès le début que les b appellants ne sont pas tous dans la même situation vis-à-vis de la *Charte*. Il y a une grande différence entre eux qui découle du fait que l'appelante Thomson Newspapers Ltd. est une personne morale alors que les autres appellants sont respectivement son vice-président directeur, son trésorier et son contrôleur. Une autre différence importante découle de l'objet de l'enquête, à savoir scruter les activités de la société appelante. Les actes des personnes physiques appelantes ne sont pas du c ressort de l'enquête qui fait l'objet du présent pourvoi. Comme l'indiquent expressément les d ordonnances du directeur:

[TRADUCTION] Conformément à l'article 8 de la Loi e relative aux enquêtes sur les coalitions, le directeur des enquêtes et recherches poursuit une enquête fondée sur l'al. 34(1)c) de cette loi. L'enquête vise à déterminer s'il existe des éléments de preuve établissant que Thomson Newspapers Limited et ses filiales ont commis une infraction à l'al. 34(1)c) de la Loi relative aux enquêtes f sur les coalitions entre le 1^{er} janvier 1976 et ce jour, en se livrant à une politique de vente de publicité dans leurs suppléments spéciaux de promotion, leurs publications à portée plus grande et leurs publications visant la totalité g du marché, à des prix déraisonnablement bas, cette politique ayant pour effet ou tendance de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer dans une large mesure un concurrent, ou étant destinée à avoir un semblable effet. [Je souligne.]

h Quand elle procède à une enquête sur les activités d'une société commerciale (et il semble que ce soit généralement le cas), il est toujours nécessaire que la Commission nomme une personne physique dans l'ordonnance de comparution. En effet, puisqu'une société est une entité artificielle, elle ne peut ni témoigner, ni produire une preuve documentaire. Il en résulte une certaine ambiguïté quand la personne physique en question est un employé ou un administrateur de la société: la personne physique agit-elle à la fois à titre de représentante de la société et à titre personnel? En

Accordingly, it will be necessary to consider each of these alternatives in discussing the constitutionality of s. 17 of the Act.

With respect to corporations, this Court indicated that, even where they were assumed to be "persons charged with an offence", which is not the case under s. 17, corporations are not, by their very nature, capable of suffering the type of indignities prohibited by the guarantee against self-incrimination embodied in s. 11(c) of the *Charter* (*R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at pp. 40-41). To the extent that, though not "person[s] charged with an offence", corporations seek to find residual protection under s. 7, they would just as well be incapable of suffering these underlying indignities. This could suffice to dispose of this aspect of the question at hand but, in my view, there is a more compelling reason. This Court decided in *Irwin Toy, supra*, that corporations cannot claim the protection of s. 7 because they are, on principle, excluded from the ambit of that constitutional guarantee. The Court stated (at p. 1004):

That is, read as a whole, it appears to us that this section [s. 7] was intended to confer protection on a singularly human level. A plain, common sense reading of the phrase "Everyone has the right to life, liberty and security of the person" serves to underline the human element involved; only human beings can enjoy these rights. "Everyone" then, must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings.

Thus, to the extent that the individual appellants act as representatives of the corporation, s. 7 is no more applicable. Indeed, to allow the individuals acting in such a representative capacity to invoke *Charter* protection under s. 7 would be to grant the corporation rights which it cannot enjoy. In my opinion, the appellant corporation cannot be allowed to circumvent indirectly what *Irwin Toy, supra*, prevents it from doing directly.

Turning now to witnesses *qua* individuals rather than *qua* representatives of the corporation, I am

conséquence, il sera nécessaire d'examiner chacune de ces deux possibilités en analysant la constitutionnalité de l'art. 17 de la Loi.

- a Pour ce qui est des sociétés commerciales, notre Cour a déjà statué que, même quand elles sont considérées comme «inculpées», ce qui n'est pas le cas à l'art. 17, elles ne peuvent, en raison de leur nature même, subir le genre d'affront qu'interdit la
- b garantie contre l'auto-incrimination offerte par l'al. 11c) de la *Charte* (*R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, aux pp. 40 et 41). Même si elles ne sont pas «inculpées», dans la mesure où elles cherchent une protection résiduelle en vertu de l'art. 7, les sociétés commerciales sont tout aussi incapables de subir ces affronts sous-jacents. Cela pourrait suffire à régler cet aspect de la question, mais à mon avis il existe un motif plus convaincant.
- c Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, notre Cour a statué que les personnes morales ne peuvent réclamer la protection de l'art. 7 parce qu'en principe elles sont exclues de la portée de cette garantie constitutionnelle. La Cour écrit (à la p. 1004):

- e En effet, il nous semble que, pris globalement, cet article [l'art. 7] avait pour but d'accorder une protection à un niveau individuel seulement. Une lecture ordinaire, conforme au bon sens, de la phrase «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» fait ressortir l'élément humain visé; seul un être humain peut avoir ces droits. Le terme «chacun» doit donc être lu en fonction du reste de l'article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la
- f vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains.

- Donc, dans la mesure où les personnes physiques appelantes agissent comme représentantes de la
- h société, l'art. 7 ne s'applique pas davantage. En réalité, permettre aux personnes physiques qui agissent en qualité de représentantes d'une société d'invoquer la protection conférée par l'art. 7 de la *Charte* reviendrait à accorder à cette société des droits dont elle ne peut bénéficier. À mon avis, on ne peut permettre à la société appelante de faire indirectement ce que l'arrêt *Irwin Toy*, précité, lui interdit de faire directement.

- j Quant aux personnes qui témoignent à titre personnel plutôt qu'à titre de représentantes de la

prepared to accept that, as found by Wilson J., an order given under s. 17 of the Act may be construed as constituting a deprivation of liberty such as to bring the order under the scrutiny of s. 7. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 402, the Court dealt with the validity of the *Identification of Criminals Act* which compels attendance of certain persons to a police station for the purpose of taking fingerprints. For a unanimous Court, La Forest J. noted that such compulsion sufficed to bring the *Identification of Criminals Act* within the reach of s. 7. The Act's compulsion to appear at a specific time and place to testify subject to legal consequences for failure to comply constitutes, one could think, just as much of a deprivation of "life, liberty and security of the person". The whole question then becomes whether this deprivation is effected in accordance with "fundamental justice", as prescribed by s. 7.

In this respect, it is important to recall the wording of s. 20(2) of the Act since this provision affords witnesses testifying under s. 17 an immunity against the subsequent use of their testimony:

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 under section 121 of the *Criminal Code* for perjury in giving such evidence or a prosecution under section 124 of the *Criminal Code* in respect of such evidence.

Commenting on s. 20(2) in *Irvine, supra*, this Court remarked that this provision is "to the same purpose as s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10". Delivering the reasons of the Court, Estey J. added (at p. 201):

société commerciale, je suis prête à accepter que, comme le conclut le juge Wilson, une ordonnance fondée sur l'art. 17 de la Loi constitue une privation de liberté qui rend cette ordonnance sujette à un examen fondé sur l'art. 7. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 402, notre Cour a examiné la validité de la *Loi sur l'identification des criminels* qui contraint certaines personnes à se présenter à un poste de police pour faire prendre leurs empreintes digitales. Le juge La Forest a affirmé, au nom d'une Cour unanime, que cette contrainte suffit pour assujettir la *Loi sur l'identification des criminels* à l'art. 7. Le fait que la Loi contraint à comparaître à un moment et à un endroit précis pour témoigner, sous peine de sanctions légales en cas de refus d'obtempérer, constitue tout autant, pourrait-on croire, une privation du droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de [la] personne». Il reste alors à décider si cette privation est conforme aux principes de «justice fondamentale», comme l'exige l'art. 7.

À cet égard, il importe de se rappeler les termes du par. 20(2) de la Loi puisque cette disposition confère aux témoins qui déposent en vertu de l'art. 17 l'immunité contre l'utilisation subséquente de leur témoignage:

f 20. . . .

(2) Nul n'est dispensé de comparaître et de rendre témoignage et de produire des livres, documents, archives ou autres pièces en conformité avec 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 application de l'article 121 du *Code criminel* pour parjure dans le cadre de ce témoignage ou dans une poursuite en application de l'article 124 du *Code criminel* à l'égard de ce témoignage.

Discutant du par. 20(2), notre Cour a fait observer dans l'arrêt *Irvine*, précité, que cette disposition «vise le même objet que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10». Le juge Estey, qui a rédigé les motifs de la Cour, ajoute (à la p. 201):

This section goes a long way in protecting an individual should criminal proceedings subsequently be commenced.

Wilson J. finds that the protection offered by s. 20(2), the so-called "use immunity", is insufficient because, according to her, s. 7 requires "derivative use immunity" as well. I take the expression "derivative evidence" used by my colleague to include all facts, events or objects whose existence is discovered as a result of a statement made to the authorities. Sopinka J., for his part, holds that s. 17, even with the protection of s. 20(2), infringes a so-called "right to remain silent", which he finds is secured by s. 7. I must differ from both these propositions. With respect to the first, I am of the view that "fundamental justice" under s. 7 does not require a constitutional immunity over derivative evidence. With respect to the second, I am of the view that s. 7 does not afford witnesses any constitutional "right to remain silent".

This Court has indicated that, when the constitutionality of a law enforcement measure is concerned, the "principles of fundamental justice" in s. 7 must be given a realistic interpretation which takes into account "the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field" (*Beare, supra*, at pp. 402-3). With this framework in mind, I propose to examine the propositions put forward by my colleagues, starting with the question of compellability and then turning to that of derivative use immunity.

1. Does Compellability Infringe Upon "Fundamental Justice"?

Historically, under the common law, an accused was never compellable at his trial, although the rule evolved from the prohibition to testify to the right to testify and finally the right not to testify (see *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763).

Witnesses, on the other hand were always compellable. There again, the common law rule evolved with the times. Prior to 1893, the general

Cette disposition protège nettement une personne dans le cas où des poursuites criminelles seraient engagées subséquemment.

Le juge Wilson conclut que la protection offerte par le par. 20(2), surnommée «l'immunité contre l'utilisation de la preuve», est insuffisante parce que, selon elle, l'art. 7 exige aussi une «immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée». J'estime que l'expression «preuve dérivée» qu'utilise ma collègue comprend tous les faits, événements ou objets dont l'existence est découverte par suite de la déclaration faite aux autorités. Le juge Sopinka, quant à lui, conclut que l'art. 17, en dépit de la protection conférée par le par. 20(2), viole le «droit de garder le silence» qui, selon lui, est garanti par l'art. 7. Je ne puis souscrire à ni l'une ni l'autre de ces propositions. Quant à la première, je suis d'avis que la «justice fondamentale» au sens de l'art. 7 n'exige pas d'immunité constitutionnelle contre l'utilisation de la preuve dérivée. Quant à la seconde proposition, je suis d'avis que l'art. 7 ne confère aux témoins aucun droit constitutionnel «de garder le silence».

Notre Cour a déjà indiqué que, lorsqu'il s'agit d'une mesure destinée à faire respecter la loi, il faut donner aux «principes de justice fondamentale» visés à l'art. 7 une interprétation réaliste qui tienne compte des «principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine» (arrêt *Beare*, précité, à la p. 403). Gardant ce contexte à l'esprit, je vais maintenant examiner les propositions avancées par mes collègues, en commençant par la question de la contrainvabilité pour ensuite passer à celle de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée.

1. La contrainvabilité est-elle contraire à la «justice fondamentale»?

Historiquement, en common law, un accusé n'a jamais été un témoin contrainnable à son propre procès, bien que la règle soit passée de l'interdiction de témoigner au droit de témoigner et enfin au droit de ne pas témoigner (voir *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763).

Les témoins, d'autre part, ont toujours été contrainnables. Encore là, la règle de common law a progressé avec le temps. La règle générale en

rule is summarized in *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599, at p. 607:

From these cases, to which others might be added, it results, in their Lordships' opinion, that the depositions on Oath of a Witness legally taken are evidence against him, should he be subsequently tried on a criminal charge, except so much of them as consist of answers to questions to which he has objected as tending to criminate him, but which he has been improperly compelled to answer. The exception depends upon the principle "*nemo tenetur seipsum accusare*", but does not apply to answers given without objection, which are to be deemed voluntary.

In *Coote*, incriminating answers given to a Fire Commissioner were held to be admissible in a subsequent trial on a charge of arson. It was not unusual for answers given unawares to be later used against the witness: see *R. v. Sloggett* (1856), Dears. 656, 169 E.R. 885, and *R. v. Scott* (1856), Dears. & Bell 47, 169 E.R. 909, for cases involving answers in bankruptcy proceedings.

In 1893, Parliament enacted *The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31, s. 5 of which stated:

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

This legislation abrogated the so-called common law "right to remain silent" of witnesses in face of incriminating statements, providing instead witnesses with protection against the use of such statements in subsequent proceedings. Later amendments (S.C. 1898, c. 53, and S.C. 1901, c. 36) did not alter the principle. In *Tass v. The King*, [1947] S.C.R. 103, at p. 105, Kerwin J. stated that "the matter seems quite clear that if the person testifying does not claim the exemption, the evidence so given may be later used against

vigueur avant 1893 est résumée dans l'arrêt *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599, à la p. 607:

[TRADUCTION] De ces arrêts, auxquels on pourrait en ajouter d'autres, il s'ensuit, d'après leurs Seigneuries, que les déclarations d'un témoin, faites sous serment et recueillies légalement, sont admissibles en preuve contre lui s'il est par la suite inculpé d'une infraction criminelle, à l'exception des réponses aux questions auxquelles il a refusé de répondre, parce qu'elles tendraient à l'incriminer mais auxquelles il a été irrégulièrement contraint de fournir une réponse. Cette exception découle de la maxime «*nemo tenetur seipsum accusare*», mais elle ne couvre pas les réponses données sans objection, qui doivent être considérées comme volontaires.

Dans l'arrêt *Coote*, les réponses incriminantes données à un commissaire des incendies ont été jugées recevables lors d'un procès subséquent sur une accusation de crime d'incendie. Il n'était pas rare qu'on utilise plus tard contre un témoin des réponses qu'il avait données par mégarde: voir *R. v. Sloggett* (1856), Dears. 656, 169 E.R. 885, et *R. v. Scott* (1856), Dears. & Bell 47, 169 E.R. 909, au sujet de réponses données dans des procédures de faillite.

En 1893, le Parlement a adopté l'*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31, dont l'art. 5 était ainsi conçu:

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

Cette disposition législative abrogeait le «droit» que la common law reconnaissait aux témoins «de garder le silence» en présence de déclarations incriminantes et leur accordait plutôt une protection contre l'utilisation de ces déclarations dans des procédures subséquentes. Des modifications ultérieures (S.C. 1898, ch. 53, et S.C. 1901, ch. 36) n'ont rien changé au principe. Dans l'arrêt *Tass v. The King*, [1947] R.C.S. 103, à la p. 105, le juge Kerwin écrit qu' [TRADUCTION] «il semble tout à fait clair que si le témoin n'invoque pas l'immu-

him, and this notwithstanding the fact that he may not [have] known of his rights".

The general freedom to do as one pleases, which seems to be the rationale underlying the rule as put by Lamer J. in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 683, and which operates at the investigation stage is not absolute. It subsides where, as here, there is a legal duty to appear as a witness. It is also subject to the basic premises of our law enforcement system, and in particular, to the necessary cooperation of citizens in eradicating crime and other illegal activities. This is sometimes expressed as a "social" or "moral" duty to cooperate with law enforcement agents: *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414, at p. 419. In *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 19, Dickson C.J. in his dissenting reasons expressed this "moral" or "social" duty in the following terms:

Society as a whole bears responsibility for the maintenance of law and order; co-operation between the public and the police is essential to the effective fulfilment of the already difficult tasks performed by the police.

We are here, as I noted earlier, dealing with individuals called as witnesses in an investigation of practices under the Act where there is no accused, no suspect and no one charged with an offence, just as are witnesses before a commission of inquiry.

The jurisprudence regarding commissions of inquiry illustrates the limited nature of the rights of witnesses in proceedings to which the *Canada Evidence Act* applies. In *Faber, Di Iorio and Keable, supra*, there was found to be no fundamental "right to silence" in favour of witnesses appearing before commissions of inquiry and such witnesses were required to answer all questions, even those involving incriminating answers, subject to the protection afforded by the *Canada Evidence Act*. The "right to remain silent" enjoyed by an accused, namely, the right to refuse to testify, was repeatedly held not to inure to the benefit of witnesses, or other persons against whom no

nité, son témoignage peut servir plus tard contre lui, et ce, même s'il se peut qu'il ait ignoré ses droits».

a La liberté générale qu'a toute personne de faire ce qui lui plaît, qui semble être le fondement de la règle énoncée par le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 683, et qui s'applique à l'étape de l'enquête n'est pas absoluë. Elle disparaît lorsque, comme en l'espèce, la loi oblige à comparaître comme témoin. Elle est aussi subordonnée aux préceptes fondamentaux de notre régime d'application des lois et, plus précisément, à l'obligation qu'ont les citoyens de coopérer à l'élimination de la criminalité et des autres activités illégales. Cette obligation est parfois appelée le devoir «social» ou «moral» de coopérer avec les responsables de l'application de la loi: *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414, à la p. 417. Dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, à la p. 19, le juge en chef Dickson définit, dans ses motifs de dissidence, ce devoir «moral» ou «social» dans les termes suivants:

e C'est la société en général qui est responsable du maintien de l'ordre public; la coopération entre le grand public et les forces policières est essentielle à l'accomplissement efficace des tâches déjà difficiles qui incombe à ces dernières.

f Comme je l'ai déjà souligné, nous avons affaire en l'espèce à des personnes physiques convoquées comme témoins à une enquête sur des pratiques menée en vertu de la Loi, où il n'y a ni accusé, ni suspect, tout comme dans le cas de témoins devant une commission d'enquête.

g La jurisprudence relative aux commissions d'enquête illustre la nature restreinte des droits des témoins dans les procédures régies par la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans les arrêts *Faber, Di Iorio et Keable*, précités, la Cour a statué qu'il n'existe pas de «droit fondamental au silence» pour les témoins qui comparaissent devant une commission d'enquête et qu'ils sont tenus de répondre à toutes les questions, même à celles qui suscitent des réponses incriminantes, sous réserve de la protection accordée par la *Loi sur la preuve au Canada*. On a constamment jugé que, ni les témoins, ni les autres personnes qui n'ont fait l'objet d'aucune accusation n'ont le «droit de

charge had been laid. In *Di Iorio*, Dickson J. stated (at pp. 216-17):

Although one might argue that the protection against self-incrimination extended to those who *might* be charged with a crime, this contention was rejected by the majority of the British Columbia Court of Appeal in *Re Wilson Inquest* (1968), 66 W.W.R. 522, and by a majority of this Court in *Faber, supra*.

He added that a person appearing before a provincial inquiry and testifying under oath was a "witness" who could claim the protection of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* (pp. 220-21).

The role of the Commission under s. 17 of the Act is akin to that of commissions of inquiry considered in the above cases. The Commission has many functions other than to investigate into proscribed activity. It may consider the appropriateness of civil and administrative remedies, such as ordering that certain duties be removed or reduced, or that suppliers accept certain persons as customers (see *Irvine, supra*, at p. 205). The Commission investigates and reports its findings to the Minister; it makes no determination of guilt. Just as was the case in *Faber, Di Iorio and Keable*, there is merely a possibility that the witnesses might later be prosecuted. But this possibility, in my view, does not change the status of witnesses appearing before the Commission.

Recently, this Court held that an officer of a corporation was a compellable witness at the criminal trial of his corporation: *R. v. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 679. There is no reason of principle to distinguish the case of a corporate officer from the general case of a witness. The fact that, as a witness, the officer had no "right to remain silent" at the trial stage indicates that *a fortiori* the result could not be different when a witness is called to testify at the investigative stage.

I would add that provisions empowering federal regulators to compel individuals to give evidence

garder le silence» dont jouit un accusé, notamment le droit de refuser de témoigner. Le juge Dickson affirme dans l'arrêt *Di Iorio* (à la p. 217):

On pourrait peut-être soutenir que la protection contre a l'auto-incrimination s'étend à ceux qui sont *susceptibles* d'être accusés d'une infraction, mais cette prétention a été rejetée par la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Re Wilson Inquest* et par une majorité de cette Cour dans *Faber, supra*.

b Il ajoute qu'une personne qui comparaît devant une commission d'enquête provinciale et qui y dépose sous serment à titre de «témoin» peut invoquer la protection du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* (pp. 220 et 221).

Le rôle de la Commission prévu à l'art. 17 de la Loi est assimilable à celui des commissions d'enquête dont il est question dans les arrêts précités.

d La Commission a de nombreuses autres fonctions en plus de celle d'enquêter sur des activités interdites. Elle peut examiner l'à-propos de redressements civils ou administratifs, comme celui consistant à ordonner la suppression ou la réduction de certains e droits, ou celui consistant à ordonner à certains fournisseurs de prendre certaines personnes comme clientes (voir l'arrêt *Irvine*, précité, à la p. 205). La Commission mène une enquête et fait rapport de ses constatations au Ministre; elle ne se f prononce pas sur la culpabilité de qui que ce soit. Comme c'était le cas dans les arrêts *Faber, Di Iorio et Keable*, il y a seulement une possibilité de poursuite ultérieures contre le témoin. À mon avis, g cette possibilité ne change rien à la situation des témoins qui déposent devant la Commission.

Notre Cour a statué dans un arrêt récent qu'un dirigeant de compagnie est un témoin contraignable lors de poursuites criminelles intentées contre sa compagnie: *R. c. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 679. Il n'y a aucune raison de principe de distinguer le cas d'un dirigeant de compagnie de celui d'un témoin ordinaire. Le fait i que le dirigeant de compagnie n'ait pas, à titre de témoin, le «droit de garder le silence» à l'étape du procès signifie qu'à plus forte raison le résultat ne pourrait être différent dans le cas d'un témoin appelé à déposer au stade de l'enquête.

j J'ajouterais que les dispositions qui autorisent les organismes de réglementation fédéraux à con-

have been part of anti-combines legislation since 1910 (*The Combines Investigation Act*, S.C. 1910, c. 9, s. 32). A considerable number of provincial and federal regulatory statutes contain similar provisions. Compelling the attendance of witnesses is an established investigatory tool in this age of governmental regulation of the economy.

While, as Wilson J. notes, the longevity of a statute is not a determining factor when identifying the principles of fundamental justice, pre-*Charter* law is relevant to the extent that it sheds light on the "principles . . . [which] have animated legislative and judicial practice in the field" (*Beare, supra*, at pp. 402-3), here, the field of investigative practices. Such long-standing practices show that our system of justice never considered that fundamental justice required that witnesses in investigatory proceedings enjoy a "right to remain silent" to the extent that they may simply refuse to be compelled to testify and answer questions, even questions eliciting incriminating answers. Compellability of witnesses was not felt to be inimical to the basic tenets of our judicial system.

The *Charter*, in my view, has not altered the status of witnesses called to testify at the investigative stage although it has constitutionalized the protection previously afforded by s. 5 of the *Canada Evidence Act* to witnesses in such circumstances. Section 13 of the *Charter* reads:

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

As can readily be seen, s. 13 of the *Charter* is itself premised on the compellability of witnesses since it can easily be assumed that a person giving incriminating evidence will do so under compulsion, even if the evidence can also be given voluntarily. This provision would have little *raison d'être* if the *Charter* at the outset rendered unconstitutional statutory provisions compelling wit-

traindre des personnes à déposer font partie des lois interdisant les coalitions depuis 1910 (*Loi des enquêtes sur les coalitions*, S.C. 1910, ch. 9, art. 32). Un nombre considérable de lois de réglementation provinciales et fédérales comportent des dispositions similaires. La comparution forcée de témoins est un outil d'enquête reconnu en cette ère de réglementation gouvernementale de l'économie.

b Comme le souligne le juge Wilson, même si la longévité d'une loi n'est pas un facteur déterminant lorsqu'il s'agit d'identifier les principes de justice fondamentale, le droit antérieur à la *Charte* est pertinent dans la mesure où il nous éclaire sur les «principes [...] qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine» (arrêt *Beare*, précité, à la p. 403) qui, en l'espèce, est celui des pratiques en matière d'enquête. Des pratiques aussi anciennes démontrent que notre système de justice n'a jamais estimé que la justice fondamentale exigeait que les témoins à une procédure d'enquête jouissent du «droit de garder le silence» au point de pouvoir simplement refuser d'être contraints à témoigner et à répondre à des questions, même aux questions qui appellent des réponses incriminantes. La contraignabilité des témoins n'a pas été considérée comme contraire aux préceptes fondamentaux de notre système judiciaire.

f À mon avis, la *Charte* n'a pas modifié le statut des témoins appelés à déposer à l'étape de l'enquête, bien qu'elle ait constitutionnalisé la protection qu'offrait antérieurement l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* aux témoins se trouvant dans une telle situation. L'article 13 de la *Charte* stipule:

g h 13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

i Il saute aux yeux que l'art. 13 de la *Charte* est lui-même fondé sur la contraignabilité des témoins puisqu'on peut facilement tenir pour acquis qu'une personne qui donne un témoignage incriminant agit sous l'effet de la contrainte, même si ce témoignage peut aussi être donné volontairement. Cette disposition perdrait sa raison d'être si la *Charte*, au départ, rendait inconstitutionnelles les

nesses to testify and this is a further indication that the compellability of witnesses *per se* is quite consonant with "fundamental justice" under s. 7 of the *Charter*.

Section 13 of the *Charter* goes further than s. 5 of the *Canada Evidence Act* and eliminates the requirement of an express objection by the witness in order for the protection to be available. In *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 360, this Court held (McIntyre J. dissenting):

Section 13, unlike s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, does not require any objection on the part of the person giving the testimony ...

Such automatic protection goes a long way towards ensuring fundamental justice for the witness.

I am not convinced by the remarks of Wilson J. to the extent that she implies the protection of witnesses under pre-1893 common law was greater than it subsequently became under the *Canada Evidence Act*. The common law rule allowed the use of the witness's testimony where the witness had failed to expressly object to the question and had unawares given an incriminating answer. I do not believe that such a rule should be considered consistent with "fundamental justice" for the purpose of s. 7.

Moreover, the *Charter* has not rendered obsolete society's interest in the enforcement of its laws, and the dictum of Dickson C.J. in *Dedman, supra*, remains appropriate in the present context as well. This is especially true of s. 7, where the collective interest in law enforcement finds expression in the principles of fundamental justice, and must be balanced against the deprivation of individual rights to life, liberty and security of the person, as these rights have come to be recognized in our judicial system. Effective enforcement of anti-combines legislation would be virtually stultified if those who can assist in the advancement of investigation into proscribed activity could hide beneath a constitutional blanket of silence.

dispositions législatives qui forcent des témoins à déposer, ce qui constitue un autre indice que la contraignabilité des témoins est en soi conforme à la «justice fondamentale» dont parle l'art. 7 de la *Charte*.

L'article 13 de la *Charte* va plus loin que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* en supprimant l'exigence que le témoin s'oppose expressément pour que la protection s'applique. Dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 360, notre Cour affirme (le juge McIntyre étant dissident):

L'article 13, contrairement au par 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, n'exige pas une opposition de la part de la personne qui témoigne ...

Cette protection automatique contribue grandement à assurer le respect de la justice fondamentale au profit d'un témoin.

Les observations du juge Wilson ne me convainquent pas dans la mesure où elle laisse entendre que, selon la common law en vigueur avant 1893, la protection des témoins était plus grande qu'elle ne l'est devenue plus tard sous le régime de la *Loi sur la preuve au Canada*. La règle de common law autorisait l'utilisation de la déposition du témoin qui ne s'était pas expressément opposé à la question et qui avait par mégarde donné une réponse incriminante. Je ne crois pas qu'une telle règle doive être considérée comme conforme à la «justice fondamentale» pour les fins de l'art. 7.

De plus, la *Charte* n'a pas aboli l'intérêt qu'a la société à ce que ses lois soient appliquées et l'affirmation du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Dedman*, précité, garde toujours sa valeur dans le contexte actuel. Cela est particulièrement vrai

dans le cas de l'art. 7, où l'intérêt de la collectivité à ce que les lois soient appliquées trouve son expression dans les principes de justice fondamentale et doit être souposé au regard de la privation des droits des individus à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne, tel que ces droits sont reconnus dans notre système judiciaire. L'efficacité des lois interdisant les coalitions se trouverait presque annihilée si les personnes susceptibles de faire progresser les enquêtes sur des activités prohibées pouvaient se réfugier derrière un mur constitutionnel de silence.

Given the long standing and deeply entrenched rule regarding the compellability of witnesses in our legal tradition, the protection afforded to such witnesses by the *Canada Evidence Act* now constitutionalized in s. 13 of the *Charter*, society's responsibility for the enforcement of its laws as well as the consistency of the jurisprudence relating to commissions of inquiry at the investigative stage, it would take clear wording indeed in the *Charter* to conclude that witnesses are no longer compellable to testify in an inquiry of the kind that we are dealing with here. Section 13 of the *Charter* is not so worded. Not only does s. 13 contain no clear statement to that effect but such a result cannot even be implied from its wording. Section 7, as all the other sections of the *Charter*, cannot be interpreted in a vacuum but rather must be read in the light of all the other provisions as well as of against the historical background of our legal tradition. In fact, ss. 11 and 13 of the *Charter* in particular, which can be seen as illustrations of s. 7, are predicated on the contrary assumption. This is why I cannot agree with my colleague Sopinka J. when he writes that s. 7 of the *Charter* affords witnesses, be it in their personal capacity or as representatives of a corporation, a constitutional "right to remain silent" where there is an express statutory duty to testify such as the one enacted in s. 17 of the Act here in question. I prefer to look at s. 7 of the *Charter* as does my colleague Wilson J. in the light of the residual protection, if any, that s. 7 may afford such compellable witnesses, beyond the protection offered by s. 13 of the *Charter*. Consequently, the question of the scope of such residual protection, which is really at the heart of this appeal, will now be discussed.

2. Does Section 7 Require Derivative Use Immunity?

In her reasons in this respect, Wilson J. relies to some extent on the decision of the United States Supreme Court in *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972). There, the court based its opinion on the language of the Fifth Amendment, which

Compte tenu de la règle, très ancienne et enracinée dans nos traditions juridiques de la contraignabilité des témoins, de la protection offerte aux témoins en vertu de la *Loi sur la preuve au Canada*, maintenant constitutionnalisée à l'art. 13 de la *Charte*, de la responsabilité qu'a la société de veiller à l'application de ses lois et de l'uniformité de la jurisprudence relative aux commissions d'enquête à l'étape de l'enquête, il faudrait une formulation très claire de la *Charte* pour pouvoir conclure que des témoins ne peuvent plus être contraints à déposer lors d'une enquête du genre de celle dont il est question ici. On ne retrouve pas pareille formulation à l'art. 13 de la *Charte*. Non seulement l'art. 13 ne comporte pas d'énoncé clair en ce sens, mais encore son texte ne permet même pas d'en inférer un tel sens. Il est impossible d'interpréter l'art. 7 et tous les autres articles de la *Charte* dans l'abstrait. Il faut plutôt les interpréter en fonction de toutes les autres dispositions et de l'historique de nos traditions juridiques. En réalité, les art. 11 et 13 de la *Charte* notamment, qui peuvent être considérés comme des illustrations de l'art. 7, reposent sur l'hypothèse contraire. C'est la raison pour laquelle je ne puis souscrire à l'avis de mon collègue le juge Sopinka quand il dit que l'art. 7 de la *Charte* confère aux témoins, tant à titre personnel qu'en qualité de représentants d'une société commerciale, un «droit» constitutionnel «de garder le silence» lorsqu'il existe un devoir légal explicite de témoigner comme celui que prévoit l'art. 17 de la *Loi en cause* ici. Je préfère envisager l'art. 7 de la *Charte* comme le fait ma collègue le juge Wilson, c'est-à-dire sous l'angle de la protection résiduelle, s'il en est, que cet article peut conférer aux témoins contraignables, en sus de la protection qu'offre l'art. 13 de la *Charte*. Aussi, j'aborderai maintenant la question de l'étendue de cette protection résiduelle qui est vraiment au cœur du présent pourvoi.

2. L'article 7 exige-t-il l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée?

Dans la partie de ses motifs qui porte sur cette question, le juge Wilson se fonde jusqu'à un certain point sur l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972). Dans cet arrêt, la cour a statué en

states, in part, that "No person . . . shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself" (emphasis added). This constitutional provision, in setting out a unified protection against self-incrimination, stands in stark contrast with the Canadian context. Here, prior to the *Charter*, there was no general principle against self-incrimination, but only two discrete evidentiary rules regarding the non-compellability of an accused at his trial and the protection afforded to witnesses under s. 5 of the *Canada Evidence Act*. The *Charter* has not introduced a unified right against self-incrimination in Canadian law; to the contrary, it has preserved the division of the rules referred to above, in ss. 11(c) and 13 respectively, and further, it may even provide residual protection in yet another provision, s. 7. This dispersement of rules regarding self-incrimination in the Canadian constitutional context greatly diminishes, in my view, the persuasive strength of *Kastigar* in interpreting s. 7 of the *Charter*.

Pre-*Charter* cases involving derivative evidence establish that the protection afforded by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* did not extend beyond the actual testimony of the witness. Evidence of facts discovered as a result of the testimony was not covered by the immunity available under that provision. Even in the case of an accused, evidence derived from an improperly obtained confession was held to be generally admissible: *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. In discussing the admissibility of a weapon which had been discovered partly as a result of an inadmissible confession, Judson J. (Fauteux and Abbott JJ. concurring) said (at p. 299):

The reason given for the unfairness here is that the weapon was discovered partly as a result of an inadmissible confession and partly as a result of the accused going with the police officers and pointing out the place where the weapon was concealed. In my opinion, there is no justification for recognizing the existence of this discretion in these circumstances. This type of evidence has been admissible for almost 200 years. [Emphasis added.]

fonction du texte du Cinquième amendement qui porte notamment que [TRADUCTION] «Nul [...] ne se verra forcé de témoigner contre lui-même dans une affaire criminelle» (je souligne). En établissant une protection unifiée contre l'auto-incrimination, cette disposition constitutionnelle contraste vivement avec le contexte canadien. Ici, avant l'adoption de la *Charte*, il n'y avait pas de principe général interdisant l'auto-incrimination, mais seulement deux règles de preuve distinctes concernant la non-contraignabilité d'un accusé à son procès et la protection offerte aux témoins en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. La *Charte* n'a pas édicté de droit unifié à la protection contre l'auto-incrimination en droit canadien; au contraire, elle a maintenu le partage susmentionné des règles, à l'al. 11c) et à l'art. 13 respectivement. Il se peut même qu'elle ait ajouté une protection résiduelle dans une autre disposition, soit l'art. 7. Cette dispersion des règles concernant l'auto-incrimination dans le contexte constitutionnel canadien diminue grandement, à mon avis, la force persuasive de l'arrêt *Kastigar* dans l'interprétation de l'art. 7 de la *Charte*.

La jurisprudence qui a porté sur la preuve dérivée avant l'adoption de la *Charte* établit que la protection accordée par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'allait pas au-delà de la déposition elle-même du témoin. Les éléments de preuve découverts suite au témoignage ne bénéficiaient pas de la protection offerte par cette disposition. Même dans le cas d'un accusé, la preuve dérivée d'une confession obtenue illégalement était jugée recevable généralement: *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. Parlant de l'admissibilité d'une arme découverte en partie à cause d'une confession irrecevable, le juge Judson (aux motifs duquel les juges Fauteux et Abbott ont souscrit) écrit (à la p. 299):

Dans le cas présent, cela serait inéquitable, dit-on, du fait que la découverte de l'arme résulte en partie d'une confession irrecevable et en partie du fait que l'accusé a accompagné les policiers et indiqué l'endroit où l'arme était cachée. À mon avis, il n'y a aucune raison d'admettre l'existence de ce pouvoir discrétionnaire dans ces circonstances. Ce genre de preuve est considéré recevable depuis près de deux cents ans. [Je souligne.]

Since the *Charter*, the cases which have dealt so far with derivative evidence have almost, if not exclusively, done so in the context of s. 24(2) of the *Charter*. Although we are not concerned here with the application of s. 24(2) of the *Charter* where an accused's *Charter* rights have been infringed and the accused claims a remedy, but rather with an attack on the constitutionality of s. 17 of the Act pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, an analogy seems to me to be pertinent.

For the purpose of s. 24(2) of the *Charter*, the fairness of the judicial process has been found to be jeopardized where the state infringed the *Charter* rights of an accused and obtained a confession; the proper remedy, in the interest of such fairness, was to exclude the incriminating statement but only if its admission could bring the administration of justice into disrepute (see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 284, and *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495), a test more severe than that of fairness to the accused. Evidence which is not of this type, such as real evidence or derivative evidence was not found as a rule to go to fairness and was not generally excluded on that basis. Thus, in recent *Charter* cases, evidence derived from an accused's improperly obtained statement was nevertheless admitted: *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.) and *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138. There is no inflexible rule that the admission of such derivative evidence will affect the fairness of the judicial process. If courts had regarded the use of such derivative evidence as contrary to the principles of fundamental justice, which is the solution adopted by my colleague Wilson J., I entertain no doubt that they would have easily found that its admission would bring "the administration of justice into disrepute". Indeed, how could it be said that a breach of fundamental justice does not necessarily bring the administration of justice into disrepute? To state the question is to answer it. I remark here again that such cases dealt with an accused and we are concerned here with a witness. Can the rule which applies to an accused be different in that connection and here, more onerous, than the one which applies to a witness? The

Depuis l'adoption de la *Charte*, les arrêts qui ont porté sur la preuve dérivée l'ont fait presque exclusivement dans le contexte du par. 24(2) de la *Charte*. Bien qu'il s'agisse en l'espèce non pas d'un cas d'application du par. 24(2) de la *Charte*, où un accusé dont les droits ont été violés demande réparation, mais plutôt d'une contestation de la constitutionnalité de l'art. 17 de la Loi, faite conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'analogie me semble pertinente.

Aux fins du par. 24(2) de la *Charte*, on a statué que l'équité du processus judiciaire est mise en péril lorsque l'État a violé les droits que la *Charte* garantit à un accusé et a ainsi obtenu une confession; la réparation appropriée, pour rétablir cette équité, a consisté en l'exclusion de la déclaration incriminante, mais seulement lorsque son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 284, et *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495), ce qui constitue un critère plus strict que celui de l'équité envers l'accusé. Les éléments de preuve qui ne relèvent pas de cette catégorie, comme les éléments de preuve matérielle ou les éléments de preuve dérivée, n'ont pas dans l'ensemble été considérés comme reliés à l'équité et n'ont pas été généralement exclus pour cette raison. Ainsi, dans la jurisprudence récente relative à la *Charte*, on a jugé recevables des éléments de preuve dérivée résultant d'une déclaration illégalement obtenue de l'accusé: *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.) et *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138. Il n'y a pas de règle rigide selon laquelle l'utilisation de cette preuve dérivée compromet l'équité du processus judiciaire. Si les cours de justice avaient considéré que l'utilisation de ces éléments de preuve dérivée est contraire aux principes de justice fondamentale, ce qui est la solution retenue par ma collègue le juge Wilson, je ne doute pas qu'elles auraient aisément conclu que leur utilisation est «susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». En réalité, comment peut-on dire qu'une violation de la justice fondamentale ne déconsidère pas nécessairement l'administration de la justice? Poser la question c'est y répondre. Je ferai observer ici encore une fois qu'il était question d'un accusé dans ces affaires, alors qu'ici nous sommes

contrary, if anything, would seem to be the answer.

Unlike my colleague Wilson J., I am not convinced that a comparative analysis of different legal systems can provide anything more than a mere background in determining "fundamental justice" under s. 7. Each legal system, intertwined with a particular legal tradition, is predicated on a number of integrated elements, and to look at each piece-meal through a magnifying glass cannot provide an accurate picture of the whole nor can such an exercise take into account differences between the systems, such as illustrated in *Kastigar*, *supra*. Fundamental justice may take different forms in different societies, given their own legal traditions.

Fundamental justice in our Canadian legal tradition and in the context of investigative practices is primarily designed to ensure that a fair balance be struck between the interests of society and those of its citizens. In this regard, I fail to see why "fundamental justice" would require an inflexible immunity in respect of derivative evidence under s. 7 and with deference, I am unable to agree with Wilson J.'s conclusion that s. 7 requires such an immunity.

To state my views positively, I agree that s. 7 may offer residual protection in commanding some type of immunity in respect of the testimony given by individuals during an investigation. In my view, "fundamental justice" requires protection coextensive with the individual's testimonial participation in the investigation, that is, use immunity. Such protection serves the end of preventing the state from using incriminating evidence which was obtained from the individual himself, while at the same time tailoring the protection to what our system considers to be the appropriate boundary of fairness in the judicial process. Once it is established that our legal tradition recognizes the usefulness of commissions of inquiry and other investigative agencies such as the Commission, the

en présence d'un témoin. La règle qui s'applique à un accusé peut-elle être différente à cet égard et, en l'espèce, plus onéreuse que celle qui s'applique à un témoin? Il semblerait plutôt que ce doive être le contraire.

À la différence de ma collègue le juge Wilson, je ne suis pas convaincue qu'une analyse comparative des différents systèmes juridiques puisse nous fournir plus qu'un simple contexte pour déterminer ce en quoi consiste la «justice fondamentale» au sens de l'art. 7. Tout système juridique, lié étroitement à une tradition juridique particulière, repose sur un certain nombre d'éléments imbriqués les uns dans les autres, et l'examen à la loupe de chacun de ces éléments ne permet pas d'obtenir une image exacte de l'ensemble, pas plus qu'un tel exercice ne peut tenir compte des différences entre les systèmes, tel qu'illustrées par l'arrêt *Kastigar*, précité. La justice fondamentale peut revêtir différentes formes dans différentes sociétés, selon les traditions juridiques qui leur sont propres.

Dans la tradition juridique canadienne et dans le contexte des pratiques en matière d'enquête, la justice fondamentale vise premièrement à établir un juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux des citoyens. À cet égard, je ne vois pas pourquoi la «justice fondamentale» exigerait, en vertu de l'art. 7, une immunité absolue pour les éléments de preuve dérivée et, en toute déférence, je ne puis souscrire à la conclusion du juge Wilson que l'art. 7 exige une telle immunité.

Pour m'exprimer en termes positifs, je reconnais que l'art. 7 peut offrir une protection résiduelle en exigeant une certaine immunité à l'égard du témoignage de personnes physiques au cours d'une enquête. À mon avis, la «justice fondamentale» exige une protection correspondant à la participation des personnes comme témoins à une enquête, c'est-à-dire une immunité contre l'utilisation du témoignage. Cette protection sert à empêcher l'État d'utiliser les dépositions incriminantes qu'il a obtenues de la personne elle-même, tout en adaptant la protection à ce que notre système considère comme la mesure appropriée d'équité dans le processus judiciaire. Dès qu'il est établi que notre tradition juridique reconnaît l'utilité des commissions d'enquête et des autres organismes

question of the correct amount of protection to be given to witnesses must leave some room for the purpose of proper law enforcement to be served. Discussing the question, the Law Reform Commission (*Commissions of Inquiry: A New Act* (1977), Working Paper 17, at p. 36) examined the appropriate threshold of protection as follows:

Should basic protection against self-incrimination be offered witnesses appearing before investigatory commissions? Many would say it should. But, in the first place, there is no general right against self-incrimination in Canadian law; the common law principle *nemo tenetur se ipsum accusare* ("no one is bound to criminate himself") was abolished when s. 5 was introduced in 1893. Secondly, once it has been accepted that commissions to investigate are desirable in certain circumstances, it is irrational to introduce protection for witnesses that will in many instances prevent meaningful investigation. An inquiry barred from examining wrongdoing that may lead to criminal prosecutions would have very little room for manoeuvre. [Emphasis added].

These considerations, though expressed before the *Charter*, are still relevant in an analysis of s. 7 today. Professor Paciocco also argues that s. 7 imposes a ban on the subsequent use of testimonial evidence. Commenting on the case law in this respect, he says (*Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at pp. 592-93):

There have been a number of self-incrimination claims which have invoked section 7, however, almost always unsuccessfully. In almost every case the *Charter* claimant was asking for more than the appropriate principle offers; the applicants typically requested that a statute or subpoena requiring them to answer questions, the answers to which could not be used against them in a subsequent trial although incriminatory, be quashed so that the applicants could remain silent . . . [T]he claims deserved to fail since they attempted to stretch the appropriate principle beyond its legitimate confines.

I agree with Paciocco's assessment of the "legitimate confines" of the residual protection against self-incrimination. In my opinion, use immunity satisfies the requirement of fundamental justice

d'investigation comme la commission en cause ici, la question de la mesure appropriée de protection à accorder aux témoins doit laisser une certaine marge de manœuvre à l'application régulière des lois. Au sujet de cette question, la Commission de réforme du droit (*Les commissions d'enquête: Une nouvelle loi* (1977), document de travail 17, à la p. 38) discute du niveau approprié de protection dans les termes suivants:

b Faut-il accorder aux témoins déposant devant une commission d'enquête un minimum de protection contre l'auto-incrimination? Bien des gens répondraient affirmativement. Cependant, il n'existe aucune règle générale contre l'auto-incrimination en droit canadien: le principe de common law *nemo tenetur se ipsum accusare* («nul n'est tenu de s'incriminer») fut aboli au moment de l'adoption de l'article 5, en 1893. En second lieu, si l'on admet la nécessité de créer des commissions d'enquête dans certaines circonstances, il n'est pas logique de consentir aux témoins une protection qui, dans plusieurs cas, empêcherait toute enquête sérieuse. Une enquête dont seraient exclus les comportements susceptibles d'entraîner des poursuites criminelles aurait un champ d'action très restreint. [Je souligne.]

e Bien que ces considérations datent d'avant la *Charte*, elles sont encore pertinentes pour les fins d'une analyse de l'art. 7. Le professeur Paciocco soutient lui aussi que l'art. 7 impose une interdiction d'utiliser ultérieurement les dépositions des témoins. Voici ce qu'il dit au sujet de la jurisprudence sur ce point (*Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), aux pp. 592 et 593):

g [TRADUCTION] On a soulevé à maintes reprises la question de l'auto-incrimination en invoquant l'art. 7, mais presque toujours sans succès. Dans presque tous les cas, celui qui invoquait la *Charte* demandait plus que ce que le principe applicable offre; les requérants demandaient *h* invariablement l'annulation d'un texte de loi ou d'un subpoena qui les obligeait à répondre à des questions alors que leurs réponses ne pouvaient être utilisées contre eux dans un procès ultérieur même si elles étaient incriminantes, de manière à pouvoir garder le silence. [...] [C]es recours méritaient d'être rejetés puisqu'ils cherchaient à étendre le principe applicable au-delà de ses limites légitimes.

Je suis d'accord avec l'évaluation que fait le professeur Paciocco des «limites légitimes» de la protection résiduelle contre l'auto-incrimination. À mon avis, l'immunité contre l'utilisation de la

under s. 7 of the *Charter*. In the present appeal, such protection is afforded by s. 20(2) of the Act which was referred to earlier.

As a result, I conclude that, in so far as it compels corporations to testify, s. 17 of the Act does not infringe upon s. 7 of the *Charter* since this provision does not apply to corporations. Section 8 is not involved in this connection. The result is the same in the case of corporate officers who are called to testify in their capacity as representatives of a corporation.

As far as it compels individuals to testify in their personal capacity, I also conclude that s. 17 of the Act does not infringe s. 7 of the *Charter* and neither is s. 8 involved here. Section 20(2) of the Act affords witnesses sufficient protection to conform to the requirement of fundamental justice embodied in s. 7 of the *Charter*. The right enabling an accused not to be compelled to testify at his own trial in our legal system does not extend to witnesses in proceedings such as the one set up by s. 17 of the Act. It suffices, for the purpose of s. 7 of the *Charter* if witnesses are afforded subsequent use protection guaranteed by s. 20(2) of the Act. Derivative evidence, which consists mainly of real evidence, cannot be assimilated to self-incriminating evidence and does not go to the fairness of the judicial process which is what, in the end, fundamental justice is all about.

Consequently, I am of the view that, in so far as it compels the giving of evidence under oath, given the use immunity provided by s. 20(2), s. 17 does not infringe s. 7 or s. 8 of the *Charter*.

There remains the question whether a *subpoena duces tecum* issued under s. 17 of the Act infringes upon s. 7 or s. 8 of the *Charter*.

preuve est conforme à l'exigence de justice fondamentale prescrite à l'art. 7 de la *Charte*. Dans le présent pourvoi, cette protection découle du par. 20(2) précité de la Loi.

a

En définitive, je suis d'avis que, dans la mesure où il oblige une société commerciale à témoigner, l'art. 17 de la Loi ne viole pas l'art. 7 de la *Charte* puisque cette dernière disposition ne s'applique pas aux personnes morales. L'article 8 n'entre pas en jeu sous ce rapport. Il en va de même des dirigeants de société appelés à témoigner en qualité de représentants de la société.

c

Dans la mesure où il oblige des personnes physiques à témoigner à titre personnel, je conclus également que l'art. 17 de la Loi ne viole pas l'art. 7 de la *Charte* et que l'art. 8 n'entre pas non plus en jeu en l'espèce. Le paragraphe 20(2) de la Loi confère suffisamment de protection aux témoins pour respecter l'exigence de justice fondamentale prescrite à l'art. 7 de la *Charte*. Le droit qui, dans notre système juridique, permet à un accusé de refuser de témoigner à son propre procès ne s'étend pas aux témoins déposant lors de procédures du genre de celle définie à l'art. 17 de la Loi. Il suffit, pour les fins de l'art. 7 de la *Charte*, que les témoins puissent se prévaloir de la protection contre l'utilisation subséquente de leurs témoignages que leur garantit le par. 20(2) de la Loi. Les éléments de preuve dérivée, composés surtout d'éléments de preuve matérielle, ne sont pas assimilables à un témoignage incriminant et ne portent pas atteinte à l'équité du processus judiciaire qui, en définitive, constitue l'essence même de la justice fondamentale.

h

En conséquence, je suis d'avis que, dans la mesure où il oblige quelqu'un à témoigner sous serment, à cause de l'immunité accordée par le par. 20(2), l'art. 17 ne viole ni l'art. 7 ni l'art. 8 de la *Charte*.

j

Il reste à déterminer si un *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 de la Loi viole l'art. 7 ou l'art. 8 de la *Charte*.

Do Subpoenae Duces Tecum Violate Section 7 or Section 8 of the Charter?

Both ss. 7 and 8 of the *Charter* are invoked here and it is necessary to consider the application of each of these provisions separately.

1. Section 7

Section 7 is of little assistance with respect to *subpoenae duces tecum*. To begin with, for the reasons given above, no claim can be advanced by, or on behalf of, a corporation under this constitutional provision. As far as individuals *qua* individuals are concerned, assuming that a subpoena deprives them of their liberty or security of the person, fundamental justice under s. 7 does not extend protection over documents or corporate books and records. As I remarked earlier, the pre-*Charter* privilege against self-incrimination was one of limited application. The second branch of the privilege—immunity in respect of testimony—always remained concerned with oral evidence. The privilege never offered protection against the subsequent use of real evidence. In *Marcoux v. The Queen, supra*, Dickson J. stated (at p. 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.]

Sections 11(c) and 13, which deal specifically with self-incrimination, read:

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;

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence. [Emphasis added.]

Section 13 provides a use immunity in favour of witnesses. In my opinion, this immunity does not extend to cover documents or corporate books and records required to be produced under s. 17 of the

Les subpoenae duces tecum violent-ils l'art. 7 ou l'art. 8 de la Charte?

On invoque ici à la fois l'art. 7 et l'art. 8 de la *Charte* et il est nécessaire d'analyser séparément l'application de chacune de ces dispositions.

1. L'article 7

L'article 7 est de peu d'utilité en ce qui concerne les *subpoenae duces tecum*. D'abord, pour les motifs déjà exposés, aucune demande fondée sur cette disposition constitutionnelle ne peut être faite par une personne morale ou en son nom. Pour ce qui est des personnes physiques, comme telles, même si un subpoena les prive du droit à la liberté ou à la sécurité de leur personne, la justice fondamentale dont parle l'art. 7 n'offre pas de protection à l'égard de documents ou des livres et des registres de la société. Comme je l'ai signalé plus tôt, le privilège contre l'auto-incrimination qui prévalait avant la *Charte* avait une application limitée. Le deuxième aspect du privilège — l'immunité relative au témoignage—a toujours été confiné aux dépositions orales. Le privilège n'a jamais offert de protection contre l'utilisation subséquente d'éléments de preuve matérielle. Dans l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, précité, le juge Dickson affirme (à la p. 769):

f 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 . . . [Je souligne.]

g L'alinéa 11c) et l'art. 13, qui portent précisément sur l'auto-incrimination, énoncent:

11. Tout inculpé a le droit :

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

i) 13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. [Je souligne.]

j L'article 13 établit, en faveur des témoins, une immunité contre l'utilisation de leurs témoignages. À mon avis, cette immunité ne s'étend pas aux documents ni aux livres et registres des sociétés

Act. When one considers the carefully formulated wording of s. 13, especially in light of the narrow privilege against self-incrimination as it existed prior to the *Charter*, the drafters could not have made any clearer their intention to restrict the scope of the immunity to "testimonial" evidence. The word "testify" connotes the giving of evidence by means of oral communication in a proceeding. A witness "testifies" in recounting his or her version of certain events. This common sense meaning is simply not involved by the act of producing documents to the court. In coming to the conclusion that breath samples were not covered by s. 13, Zuber J.A. said (*R. v. Altseimer* (1982), 38 O.R. (2d) 783 (C.A.), at pp. 786-87):

I pass now to the Charter itself and it is of some importance to point out the obvious. The Charter does not confer a broad privilege against self-incrimination (it does not even use the phrase) but confers specific protection as follows: [text of ss. 11(c) and 13 omitted].

It is plain that the protection continues to be protection against testimonial compulsion and nothing else. The protection afforded to the witness (s. 13) is enhanced since the witness need no longer claim protection as he had to do pursuant to s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. Section 11(c) continues to protect an accused from being compelled to enter a witness-box. The protection against testimonial compulsion, in my view, simply has nothing to do with compulsory breath tests pursuant to the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

I have considerable sympathy for the views expressed by Zuber J.A., but for the purpose of the present appeal it is only necessary for me to say that I agree with the above statement to the extent that it would exclude documents or corporate books and records concerned in the present case from the scope of s. 13.

As I said earlier, ss. 11(c) and 13 do not exhaust the *Charter's* protection against self-incrimination. Thus, an individual who is neither a "person charged with an offence" (s. 11(c)) nor a "witness who testifies in any proceedings" (s. 13) may look to s. 7 for protection in an appropriate case. How-

commerciales dont la production est exigée en vertu de l'art. 17 de la Loi. Si l'on tient compte du texte soigneusement formulé de l'art. 13, surtout à la lumière du privilège limité contre l'auto-incrimination qui existait avant la *Charte*, les rédacteurs n'auraient pas pu exprimer plus clairement leur intention de restreindre la portée de l'immunité à la preuve «*testimonial*». Le mot «*témoigner*» signifie une déposition sous forme de communication orale au cours d'une procédure. Une personne «*témoigne*» en donnant sa version de certains faits. Ce sens ordinaire est incompatible avec l'acte consistant à produire des documents auprès du tribunal. Lorsqu'il a conclu que l'art. 13 ne vise pas des échantillons d'haleine, le juge Zuber a dit ceci (*R. v. Altseimer* (1982), 38 O.R. (2d) 783 (C.A.), aux pp. 786 et 787):

[TRADUCTION] J'examinerai maintenant la Charte elle-même et il vaut la peine de souligner certaines évidences. La Charte confère non pas une immunité générale contre l'auto-incrimination (elle n'utilise même pas cette expression), mais la protection précise suivante: [le texte de l'al. 11c] et de l'art. 13 n'est pas reproduit.]

Il est manifeste que la protection demeure le droit de ne pas être contraint à témoigner et rien de plus. La protection offerte au témoin (art. 13) est accrue puisque le témoin n'a plus besoin de l'invoquer comme il devait le faire en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10. L'alinéa 11c maintient la protection en vertu de laquelle un accusé a le droit de ne pas être contraint à témoigner. La protection contre la contrainte à témoigner n'a rien à voir, selon moi, avec l'obligation de fournir un échantillon d'haleine en vertu du *Code criminel*. [Je souligne.]

Je trouve le point de vue du juge Zuber très attristant mais pour les fins du présent pourvoi, il me suffit de souscrire à l'énoncé ci-dessus dans la mesure où il exclurait de la portée de l'art. 13 les documents ou les livres et registres de la société dont il est question en l'espèce.

Comme je l'ai déjà dit, l'al. 11c) et l'art. 13 n'épuisent pas la protection contre l'auto-incrimination accordée par la *Charte*. Ainsi, quelqu'un qui n'est ni un inculpé (al. 11c)), ni un témoin (art. 13) peut invoquer l'art. 7 pour demander protection dans un cas approprié. Cependant, l'art. 13

ever, s. 13 is useful in determining the extent of the protection such an individual may find in s. 7. In my opinion, the limitation of s. 13 to "testimonial" evidence strongly indicates that s. 7 is likewise limited. Documents or corporate books and records required under s. 17 of the Act thus fall outside the ambit of protection of s. 7. Moreover, I would add that an order requiring an individual or the officer of a corporation to produce documents does not involve the fabrication of evidence; the individual or officer acts as a "mere conduit" for the delivery of pre-existing records (Paciocco, *op. cit.*, at p. 547). Thus, there is no suggestion that the use of such evidence in a subsequent trial would affect the fairness of the proceedings.

I note that, in the United States, where Fifth Amendment protection is all-encompassing, corporate officers cannot invoke their constitutional rights against self-incrimination to oppose an order to produce corporate records. In *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911), and *Dreier v. United States*, 221 U.S. 394 (1911), the court declared that Fifth Amendment protection against self-incrimination did not extend to corporate books and records in the custody of officers. This doctrine holds steadfast to this day: *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944); *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974); and *Braswell v. United States*, 108 S. Ct. 2284 (1988). In *Braswell*, the court summarized the precedents and stated (at p. 2290):

The plain mandate of these decisions is that without regard to whether the subpoena is addressed to the corporation, or as here, to the individual in his capacity as a custodian, see *Dreier, supra*; *Bellis, supra*, a corporate custodian such as petitioner may not resist a subpoena for corporate records on Fifth Amendment grounds.

These cases were already considered by this Court in *N.M. Paterson, supra*, in determining that corporate officers were compellable witnesses at the trial of their corporation.

aide à déterminer l'étendue de la protection qu'une telle personne peut trouver à l'art. 7. À mon avis, la restriction de l'art. 13 à la preuve «testimoniale» indique fortement que l'art. 7 est pareillement limité. Les documents ou les livres et registres de la société exigés en vertu de l'art. 17 de la Loi ne bénéficient donc pas de la protection de l'art. 7. De plus, j'ajouterais qu'une ordonnance enjoignant à un particulier ou à l'administrateur d'une société de produire des documents ne comporte pas de fabrication d'éléments de preuve; le particulier ou l'administrateur sert [TRADUCTION] «simplement d'intermédiaire» dans la livraison de dossiers déjà existants (Paciocco, *op. cit.*, à la p. 547). En conséquence, il n'y a aucune suggestion que l'utilisation de ces éléments de preuve dans un procès subséquent porterait atteinte à l'équité des procédures.

b Je remarque qu'aux États-Unis, où la protection accordée par le Cinquième amendement est globale, les administrateurs de société ne peuvent invoquer leurs droits constitutionnels de ne pas s'incriminer pour refuser d'obtempérer à une ordonnance de production de dossiers de la société. Dans les arrêts *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911), et *Dreier v. United States*, 221 U.S. 394 (1911), la cour a déclaré que la protection du Cinquième amendement contre l'auto-incrimination ne s'étend pas aux livres et registres de société dont les administrateurs sont les dépositaires. Ce principe est encore pleinement valable aujourd'hui: *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944), *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974), et *Braswell v. United States*, 108 S. Ct. 2284 (1988). Dans l'arrêt *Braswell*, la cour a résumé la jurisprudence pour déclarer (à la p. 2290):

c [TRADUCTION] Ces arrêts ont comme portée évidente que peu importe que le subpoena soit adressé à la société ou, comme en l'espèce, au particulier à titre de dépositaire, voir *Dreier*, précité, *Bellis*, précité, un dépositaire d'une société comme le requérant ne peut invoquer le Cinquième amendement pour se soustraire à une ordonnance de produire les registres de la société.

Notre Cour a déjà examiné ces arrêts dans l'arrêt *N.M. Paterson*, précité, et elle a statué que les administrateurs de société sont des témoins contraignables au procès de leur société.

There remains the question whether *subpoenae duces tecum* infringe upon s. 8 of the *Charter*.

2. Section 8

Section 8 of the *Charter* protects a reasonable expectation of privacy. As put by La Forest J. in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 428:

Claims to privacy must, of course, be balanced against other societal needs, and in particular law enforcement, and that is what s. 8 is intended to achieve.

Here, although we are dealing with a constitutional attack on s. 17 of the Act launched by all the appellants, only the privacy interest of a corporation is at stake. Indeed, as it appears from the orders issued in the present case, no documents relating to the personal affairs of the individuals are requested. However, since in other contexts an individual's privacy may be affected, it appears to me to be appropriate to discuss general principles concerning the application of s. 8 of the *Charter* to corporations as well as individuals. Since the appellant here is an incorporated company, I will deal more particularly with such incorporated bodies, although what is said may also apply to other types of legal entities as well.

Modern corporate existence carries with it a notion of privacy which is at odds with the privacy inhering in physical persons. This difference flows from the nature of corporate existence. While individuals as a rule have full legal capacity by the operation of law alone, artificial persons are creatures of the state and enjoy civil rights and powers only upon the approval of statutory authorities. Even if corporations are given legal capacity, their legal powers may be restricted by the enabling articles of incorporation and legislation. The corporation's legal existence can be terminated by the state for failure to comply with these restrictions. Since the state defines the parameters of corporate existence, it would in my view be unreasonable for the corporation to expect that it is completely free to determine by itself whether it exercises its delegated powers in accordance with restrictions

Il reste à déterminer si les *subpoenae duces tecum* violent l'art. 8 de la *Charte*.

2. L'article 8

a L'article 8 protège une expectative raisonnable en matière de vie privée. Comme l'a exprimé le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 428:

Naturellement, un équilibre doit être établi entre les revendications en matière de vie privée et les autres exigences de la vie en société, et en particulier celles de l'application de la loi, et c'est justement ce que l'art. 8 vise à réaliser.

c Bien qu'en l'espèce nous soyons en présence d'une contestation par tous les appellants de la constitutionnalité de l'art. 17 de la Loi, seul le droit à la vie privée de la société est en cause. En fait, et c'est ce qui ressort des ordonnances délivrées en

d l'espèce, aucun document ayant trait aux affaires personnelles des particuliers n'est exigé. Toutefois, étant donné que dans d'autres circonstances le droit à la vie privée d'un particulier pourrait être touché, il m'apparaît approprié d'analyser les principes généraux relatifs à l'application de l'art. 8 de la *Charte* aux sociétés commerciales ainsi qu'aux particuliers. Vu que l'appelante en l'espèce est une société commerciale, je traiterai plus particulièrement de corporations, même si ce qui est dit est susceptible de s'appliquer également à d'autres types d'entités juridiques.

L'existence des sociétés commerciales à notre époque comporte une notion de droit à la vie privée différent de celui dont jouissent les personnes physiques. Cette différence découle de la nature des personnes morales. Alors que les personnes physiques ont automatiquement, en règle générale, la pleine capacité juridique par l'effet de la loi seulement, les personnes morales sont des créations de l'État qui n'ont des droits civils et pouvoirs que sur approbation des autorités légales. Même si les sociétés commerciales se voient conférer une certaine capacité juridique, leurs pouvoirs en droit peuvent être limités par leur charte ou par leur loi habilitante. L'État peut mettre fin à l'existence légale d'une société si elle omet de respecter ces restrictions. Puisque l'État détermine les paramètres de l'existence des personnes morales, il serait déraisonnable pour une société de s'attendre à

imposed by law. The particularity of corporate privacy interests was discussed by the Supreme Court of the United States in *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906), at pp. 74-75:

The individual may stand upon his constitutional rights as a citizen. He is entitled to carry on his private business in his own way. His power to contract is unlimited. He owes no duty to the State or to his neighbors to divulge his business, or to open his doors to an investigation, so far as it may tend to criminate him. He owes no such duty to the State, since he receives nothing therefrom, beyond the protection of his life and property. His rights are such as existed by the law of the land long antecedent to the organization of the State, and can only be taken from him by due process of law, and in accordance with the Constitution. Among his rights are a refusal to incriminate himself, and the immunity of himself and his property from arrest or seizure except under a warrant of the law. He owes nothing to the public so long as he does not trespass upon their rights.

Upon the other hand, the corporation is a creature of the State. It is presumed to be incorporated for the benefit of the public. It receives certain special privileges and franchises, and holds them subject to the laws of the State and the limitations of its charter. Its powers are limited by law. It can make no contract not authorized by its charter. Its rights to act as a corporation are only preserved to it so long as it obeys the laws of its creation. There is a reserved right in the legislature to investigate its contracts and find out whether it has exceeded its powers. It would be a strange anomaly to hold that a State, having chartered a corporation to make use of certain franchises, could not in the exercise of its sovereignty inquire how these franchises had been employed, and whether they had been abused, and demand the production of the corporate books and papers for that purpose.

That court has since reiterated its view that *subpoenae duces tecum* issued in the exercise of the state's visitorial rights do not violate the corporation's Fourth Amendment rights: *White, supra*. In Canada, the legal existence of corporations is also the result of a statutory delegation. Corporations have the legal capacity of natural persons but can exercise those powers only in accordance with the applicable legislation and the articles of incorpora-

pouvoir elle-même décider tout à fait librement si elle exerce ses pouvoirs délégués conformément aux restrictions imposées par la loi. La Cour suprême des États-Unis a analysé, dans l'arrêt *a Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906), aux pp. 74 et 75, la nature particulière du droit à la vie privée des personnes morales:

[TRADUCTION] Le particulier peut jouir de ses droits constitutionnels à titre de citoyen. Il a le droit de mener sa vie privée comme il l'entend. Sa capacité de s'engager par contrat est illimitée. Il n'a d'obligation ni envers l'État, ni envers autrui, de divulguer ses affaires, de se prêter à une enquête si elle risque de l'incriminer. Il n'a pas d'obligation de la sorte envers l'État puisqu'il n'en tire rien, si ce n'est la protection de sa vie et de ses biens. Ses droits existaient comme tels en vertu du droit interne bien avant l'organisation de l'État et personne ne peut les lui enlever si ce n'est suivant l'application régulière de la loi et conformément à la Constitution. Il jouit notamment du droit de refuser de s'incriminer, de refuser de se soumettre à une arrestation ou à la saisie d'aucun de ses biens si ce n'est en vertu d'un ordre légal. Il ne doit rien au public en général pour autant qu'il n'empêtre pas sur ses droits.

Par contre, la personne morale est une création de l'État. Elle est présumée exister pour l'avantage du public. Elle jouit de certains priviléges et immunités sous réserve des lois de l'État et des restrictions de sa charte. Ses pouvoirs sont limités par la loi. Elle ne peut conclure que les contrats autorisés par sa charte. Ses droits à titre de personne morale ne sont préservés que dans la mesure où elle respecte sa loi constitutive. Le législateur a le droit, qu'il s'est réservé, de procéder à l'examen des contrats qu'elle souscrit et de déterminer si elle excède ses pouvoirs. Ce serait vraiment illogique de soutenir qu'après avoir habilité une personne morale à exercer certaines immunités, l'État ne puisse pas dans l'exercice de sa souveraineté demander comment ces immunités ont été exercées et si elles ont été mal exercées, et exiger à cette fin la production des livres et documents de la société.

Cette cour a depuis réitéré son point de vue que les *subpoenae duces tecum* délivrés dans l'exercice des i droits d'inspection de l'État ne violent pas les droits dont la société commerciale jouit en vertu du Quatrième amendement: arrêt *White*, précité. Au Canada, les personnes morales existent en vertu d'une délégation légale de pouvoirs. Les sociétés commerciales ont la capacité juridique des personnes physiques, mais elles ne peuvent exercer

tion (see, e.g., ss. 15 and 16 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44). I therefore find the reasoning of *Hale v. Henkel* relevant in understanding the scope of protection afforded to corporations by s. 8.

While the papers or records of individuals have as a rule no bearing on the lives of others, corporate records almost necessarily affect the economic interests of third parties. To begin with the business decisions of corporations can have an effect on the interests of its shareholders. The information and protection of all shareholders is now well entrenched in Canadian corporate law. Further, as corporations are important (if not exclusive) players on the capital markets, the business decisions of corporations can affect the economy and thus indirectly influence the interests of many individuals in society at large. These basic differences between persons and corporations have given rise to a number of overriding societal objectives designed to control the public repercussions of corporate activities. In this context one can understand the role served by the numerous and thorough disclosure requirements which are today imposed on corporations. There are requirements of informing shareholders, such as interim financial reports. Other disclosure requirements aim at informing the public, such as the requirement of a prospectus upon the issuance of shares or modification of the corporation's capital structure. These are far from exceptional events in a corporation's life. There are additional disclosure duties to the public respecting the economic activity of the corporation. Although of general application, these requirements concern corporations more intimately, as corporations are important initiators of economic activity. Communication of often sensitive information to municipal, provincial and federal authorities is a predictable, if not day-to-day, occurrence in a corporation's life. As a result, at least as regards duties to disclose internal informa-

ces pouvoirs que conformément aux dispositions législatives applicables et à leur charte constitutive (voir, par exemple, les art. 15 et 16 de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44).

a Je conclus donc que le raisonnement de l'arrêt *Hale v. Henkel* est utile pour saisir la portée de la protection accordée aux sociétés commerciales par l'art. 8.

b Alors que les documents ou registres appartenant à des particuliers n'ont, en règle générale, pas d'effet sur la vie d'autrui, les dossiers des sociétés ont presque toujours nécessairement un effet sur les intérêts économiques des tiers. D'abord, les décisions d'une société commerciale peuvent avoir un impact sur les intérêts de ses actionnaires. La protection des actionnaires et les renseignements auxquels ils ont droit sont maintenant bien définis en droit commercial canadien. De plus, parce que les sociétés commerciales sont des acteurs importants (voire même exclusifs) dans le marché des capitaux, leurs décisions d'affaires peuvent toucher l'économie et ainsi influer indirectement sur les intérêts d'un grand nombre de membres de la société en général. Ces différences fondamentales entre les personnes physiques et les personnes morales ont donné naissance à un certain nombre d'objectifs sociaux prépondérants destinés à contrôler les répercussions sur le public des activités des sociétés commerciales. Dans ce contexte, on comprend facilement le rôle que jouent les nombreuses exigences de divulgation complète imposées aujourd'hui aux sociétés commerciales. Il existe des obligations de renseigner les actionnaires, comme celle de produire des états financiers périodiques. D'autres exigences de divulgation visent à renseigner le public, comme l'obligation de produire un prospectus lors d'une émission d'actions ou de la modification de la structure du capital d'une société. Ce sont là des événements qui sont loin d'être exceptionnels dans la vie d'une société commerciale. Il existe d'autres obligations de divulguer des renseignements au public relativement à l'activité économique de la société en question. Bien qu'elles soient d'application générale, ces obligations visent plus particulièrement les sociétés commerciales puisque ce sont des instigateurs d'activité économique importants. La communication de renseignements souvent délicats aux

tion of an economic nature, the privacy interest of corporations is relatively low.

This background must not be overlooked when considering the constitutionality of s. 17 of the Act in relation to s. 8 of the *Charter* as regards the privacy interest of corporations.

I am prepared to accept Wilson J.'s conclusion that *subpoenae duces tecum* constitute "seizures" for the purpose of that provision. The contrary point of view, which is taken by Sopinka J., fails to recognize that an actual intrusion and a compulsion to produce are functionally equivalent. Nearly all the authors who have considered this question came to this conclusion as well. For example, see Y. de Montigny, "La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan" (1989), 49 *R. du B.* 53, at p. 94:

[TRANSLATION] ... we do not feel it is justifiable, or even desirable, to exclude subpoenas duces tecum and all related proceedings from the protection offered by s. 8, if only to avoid the possibility of something that may not be done directly being done indirectly.

See also Y. Ouellette, "La Charte canadienne et les tribunaux administratifs" (1984), 18 *R.J.T.* 295, at p. 313.

The question is therefore one of reasonableness. This implies balancing the public interest in protecting the privacy of individuals against the public interest in law enforcement in the context of an anti-combines investigation. On that aspect, I agree with Wilson J. that "[w]hat may be reasonable in the regulatory or civil context may not be reasonable in a criminal or quasi-criminal context" and that "the more akin to traditional criminal law the legislation is, the less likely it is that departures from the *Hunter* criteria will be countenanced" (pp. 495-96). This point of view is

autorités municipales, provinciales et fédérales est prévisible, sinon un fait quotidien, dans la vie d'une société commerciale. En conséquence, tout au moins en ce qui concerne l'obligation de divulguer certains renseignements internes de nature économique, le droit à la vie privée pour les sociétés commerciales est relativement limité.

C'est en tenant compte de ce contexte qu'il y a lieu d'examiner la constitutionnalité de l'art. 17 de la Loi en fonction de l'art. 8 de la *Charte*, pour ce qui est du droit à la vie privée dont jouissent les sociétés commerciales.

c Je suis prête à me rallier à la conclusion à laquelle en arrive le juge Wilson selon laquelle les *subpoenae duces tecum* constituent des «saisies» pour les fins de cette disposition. Le point de vue contraire, adopté par le juge Sopinka, ne tient pas compte du fait qu'une intrusion réelle et la contrainte de produire des pièces sont équivalentes sur le plan pratique. Presque tous les auteurs qui ont examiné cette question favorisent aussi cette conclusion. Voir, par exemple Y. de Montigny dans «La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan» (1989), 49 *R. du B.* 53, à la p. 94:

f ... il ne nous apparaît pas justifiable, ni même souhaitable, de soustraire les subpoenas duces tecum et toutes les procédures qui s'y apparentent à la protection offerte par l'article 8, ne serait-ce que pour éviter la possibilité de faire indirectement ce qu'il pourrait être interdit de faire directement.

g Voir aussi Y. Ouellette, «La Charte canadienne et les tribunaux administratifs» (1984), 18 *R.J.T.* 295, à la p. 313.

h La question en est donc une de caractère raisonnable. Cela implique qu'il faut soupeser l'intérêt qu'a le public à la protection du droit à la vie privée des particuliers et l'intérêt qu'a le public à l'application de la loi dans le contexte d'une enquête sur les pratiques restrictives du commerce. Sur ce point, je suis d'accord avec le juge Wilson que «[c]e qui peut être raisonnable en matière réglementaire ou civile peut ne pas l'être dans un contexte criminel ou quasi criminel» et que «plus une loi s'apparente au droit criminel traditionnel, moins il est probable que le non-respect des critères

shared by de Montigny, op. cit., at p. 94, when he states that while subpoenas can be considered "searches",

[TRANSLATION] [t]his does not mean that the legislation authorizing them, and their use, has to be subject to all the rigour of the rules formulated by the Supreme Court in the context of the criminal law.

I part company with Wilson J., however, where she places the Act on the "criminal", rather than the "regulatory" side of the division. In view of *General Motors of Canada, supra*, I see no reason to distinguish between the *Income Tax Act*, which was involved in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, released concurrently, and the Act for the purposes of s. 8 of the *Charter*. Both statutes involve penal consequences for non-compliance but in my view this is not determinative; the regulatory nature of these statutes is. In *General Motors of Canada*, the Chief Justice made it abundantly clear that he envisaged the legislation to constitute a "complex scheme of economic regulation" and "an investigatory mechanism for revealing prohibited activities" (p. 676). I point out that the Act which was considered in that case was in all respects the same as the one which applies to the present appeal. Because the Act's administrative machinery and enforcement provisions are now recognized as part of a regulatory scheme, the reasonableness of the *subpoena duces tecum* issued under s. 17 must be assessed taking into account a number of factors, including the importance of the Act's underlying purpose, the necessity of impairing privacy interests, and the absence of other, less onerous, alternatives. These are not intended to form an exhaustive list of factors.

Assessing the reasonableness of the invasion of privacy resulting from the issuance of a *subpoena duces tecum* under s. 17 of the Act, as I pointed out earlier, the Act's purpose is to eradicate practices that impair free competition in the marketplace. First, in my view, it cannot be disputed (and indeed it was not disputed before this Court) that

res établis dans l'arrêt *Hunter* sera toléré» (p. 496). De Montigny, loc. cit., à la p. 94, partage cet avis quand il affirme que, s'il est possible de considérer les subpoenas comme des «perquisitions»,

[c]ela ne signifie pas pour autant que les dispositions législatives qui les autorisent, de même que leur utilisation, doivent être soumises à toute la rigueur des exigences dégagées par la Cour suprême dans le contexte du droit pénal.

Cependant, là où je diffère d'opinion avec le juge Wilson c'est lorsqu'elle situe la Loi dans le domaine «criminel» plutôt que dans le domaine «réglementaire». Compte tenu de l'arrêt *General Motors of Canada*, précité, je ne vois aucune raison de faire de distinction entre la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont il était question dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627 rendu en même temps que le présent jugement, et la Loi pour les fins de l'art. 8 de la *Charte*. L'inobservation de ces deux lois comporte des sanctions pénales, mais à mon avis, cela n'est pas déterminant; la nature réglementaire de ces lois l'est plutôt. Dans l'arrêt *General Motors of Canada*, le Juge en chef a clairement dit qu'il considérait cette loi comme «un système de réglementation économique complexe» et «un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites» (p. 676). Je souligne que la loi en cause dans cette affaire était en tous points semblable à celle qui s'applique au présent pourvoi. Puisqu'il est maintenant reconnu que les rouages administratifs de la Loi et de ses dispositions d'application font partie d'un système de réglementation, le caractère raisonnable du *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 doit s'apprécier en fonction d'un certain nombre de facteurs, dont l'importance de l'objet fondamental de la Loi, la nécessité d'empêcher sur les droits à la vie privée et l'absence d'alternative moins onéreuse. Cette liste de facteurs ne se veut pas exhaustive.

Évaluant le caractère raisonnable de l'atteinte à la vie privée qui résulte de la délivrance d'un *subpoena duces tecum* en vertu de l'art. 17 de la Loi, comme je l'ai déjà mentionné, la Loi a pour objet d'éliminer les pratiques contraires à la libre concurrence sur le marché. Premièrement, selon moi, on ne peut contester (et on ne l'a pas fait non

this legislative purpose serves important socio-economic interests. Second, the existence of a mechanism of discovery is necessary in order to properly serve the regulatory objective of the legislation. That the mandatory production of corporate documents is rationally connected to the Act's main purpose is in my view clear. In *Hoffmann-La Roche Ltd.*, *supra*, Martin J.A. noted that (at p. 725):

... Parliament evidently considered that ordinary police investigation by the Province would not be effective to investigate the kinds of conduct at which the *Combines Investigation Act* strikes, and which seldom respects provincial boundaries.

I agree with the following submission of the respondents, the Director of Investigation and Research and the Attorney General of Canada:

The *subpoena* power at issue in this appeal is rationally related to the legislative objective reflected in the Act. This information gathering mechanism is essential to the investigation of complex market behaviour including sophisticated trade combinations.

Third, as a means chosen to bring about the legislative end, a subpoena is significantly less intrusive than other alternatives. Although they are functional equivalents, a requirement to produce documents impairs considerably less on a corporation's or an individual's privacy than the actual entry into, and search of, its place of business or home. This is especially so, in the case of corporations, since, for the reasons given above, a corporation's privacy interest with respect to a request for documents is relatively low. In my opinion, in this respect, a more stringent test of reasonableness would be appropriate if the impairment was more severe, such as was the case in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Fourth, while there is no express condition precedent to the issuance of the subpoena, the order can be contested and reviewed before an impartial judicial officer. Section 17(3), which was referred to earlier, provides that no member of the Commission shall punish individuals for contempt unless a judge of the Federal Court has certified that this power can be exercised. As a result, an

plus devant nous) que l'objet de la Loi sert des intérêts socio-économiques importants. Deuxièmement, de toute nécessité, un mécanisme de communication de documents doit exister afin de bien satisfaire à l'objectif de réglementation de la Loi. Il est clair, selon moi, que la production obligatoire des documents d'une société est logiquement liée à l'objet principal de la Loi. Dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche Ltd.*, précité, le juge Martin souligne (à la p. 725):

[TRADUCTION] ... le législateur a manifestement considéré que les enquêtes policières ordinaires menées par la province ne seraient pas efficaces pour enquêter sur les types de conduite que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* vise et qui respectent rarement les limites des provinces.

Je souscris à l'argument suivant des intimés, le directeur des enquêtes et recherches et le procureur général du Canada:

[TRADUCTION] Le pouvoir de délivrer un subpoena dont il est question ici est logiquement lié à l'objectif reflété dans la Loi. Ce mécanisme de cueillette de renseignements est essentiel aux enquêtes portant sur des pratiques marchandes complexes, dont les complots commerciaux sophistiqués.

Troisièmement, comme moyen de réaliser l'objectif de la Loi, le subpoena occasionne une ingérence beaucoup moindre que tout autre mécanisme. Bien que l'un et l'autre soient équivalents sur le plan pratique, l'obligation de produire des documents porte une atteinte beaucoup moins grave à la vie privée d'une société ou d'un particulier que la perquisition de ses bureaux ou de son domicile. Cela est particulièrement vrai dans le cas des sociétés commerciales car, pour les motifs déjà exposés, le droit à la vie privée d'une société commerciale face à une demande de documents est relativement limité. J'estime qu'à cet égard un test plus strict du caractère raisonnable conviendrait si l'intrusion était plus grave, comme c'était le cas dans l'affaire *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Quatrièmement, bien que la délivrance d'un subpoena ne soit soumise à aucune condition préalable explicite, la Loi prévoit la possibilité de contester l'ordonnance et de la faire contrôler par un officier de justice impartial. Le paragraphe 17(3), déjà mentionné, stipule qu'aucun membre de la Commission ne peut punir pour

individual has the option of refusing to comply with an order to testify, at least until the order is brought in review before a judge of the Federal Court. A hearing is provided for the review. I agree with Sopinka J. that a judge sitting in review has significant powers which at least prevent the orders to be used in a "fishing expedition" by the Commission. The review thus provides a safeguard to ensure that s. 17 orders are issued for the sole purpose of advancing the regulatory aims of the Act.

Commissions of inquiry and other investigative agencies serve a useful purpose in our legal tradition. As noted by the Law Reform Commission (*op. cit.*, at p. 63):

For the reasons given, there is no doubt that commissions of inquiry serve a useful purpose. Yet, they can be a waste of time if they are inefficient or lacking in powers, or dangerous if they have immense powers that are not wisely used.

To require the Commission to resort to courts in order to obtain a warrant and, in so doing, to have to establish "reasonable and probable grounds . . . to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found" (*Hunter, supra*, at p. 168), I venture to say, would only defeat the purpose of the Act which is to investigate allegations of wrongdoing and report its evidentiary findings. This sets too high a threshold in the context of a *subpoena duces tecum* under s. 17 of the Act.

Between an outright search and seizure and a *subpoena duces tecum*, which in the limit may fall within the definition of a seizure for *Charter* purposes, there is a difference in degrees which must be reflected in the standard of reasonableness to be applied. That is, in my view, what a reasonable expectation of privacy means in the context of the Act.

outrage à moins qu'un juge de la Cour fédérale n'ait certifié que ce pouvoir peut être exercé. En conséquence, un particulier a le choix de refuser de se conformer à une ordonnance de témoigner du moins jusqu'à ce que l'ordonnance ait fait l'objet d'un contrôle par un juge de la Cour fédérale. La tenue d'une audition est prévue pour procéder à ce contrôle. Je partage l'avis du juge Sopinka que le juge qui procède à un tel contrôle a des pouvoirs importants qui empêchent à tout le moins la Commission de recourir à ces ordonnances pour se lancer dans une «expédition de pêche». Ce contrôle permet donc d'assurer que les ordonnances délivrées en vertu de l'art. 17 ne visent qu'à promouvoir les objectifs de réglementation de la Loi.

Les commissions d'enquête et les autres organismes d'investigation ont leur utilité dans notre tradition juridique. Comme le souligne la Commission de réforme du droit (*op. cit.*, à la p. 67):

Pour les raisons que nous avons exposées, les commissions consultatives et les commissions d'enquête sont certainement des institutions utiles. Néanmoins, elles peuvent perdre tout intérêt si elles sont inefficaces ou si leurs pouvoirs sont insuffisants; elles peuvent aussi constituer un danger si elles ont des pouvoirs exorbitants qu'elles exercent de manière inconsidérée.

Exiger que la Commission s'adresse aux tribunaux pour obtenir un mandat et, pour ce faire, prouve l'existence «de motifs raisonnables et probables [...] de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent [dans un] endroit» (arrêt *Hunter*, précité, à la p. 168) ne ferait selon moi qu'aller à l'encontre de l'objectif de la Loi qui est d'enquêter sur des allégations d'activités prohibées et de faire rapport des conclusions de l'enquête. C'est là fixer une norme trop élevée dans le contexte de *subpoenae duces tecum* délivrés en vertu de l'art. 17 de la Loi.

Entre une fouille, une perquisition ou une saisie pure et simple et un *subpoena duces tecum* qui, à la limite, peut correspondre à une saisie aux fins de la *Charte*, il y a une différence de degré qui doit se refléter dans la norme du caractère raisonnable à appliquer. C'est là, à mon avis, ce qu'une expectative raisonnable en matière de vie privée signifie dans le contexte de la Loi.

In summary, in assessing the reasonableness of the public interest in the protection of individual privacy in s. 8 of the *Charter*, one must not lose sight that the exercise involves a balancing of interests. No right is absolute and s. 8 of the *Charter* makes this clear by stating that reasonable seizures are not forbidden by the Constitution. The purpose of the legislation under attack is not to be overlooked in the balancing to be done under s. 8. In the specific context of anti-combines legislation, this purpose is especially important since it strikes at a fundamental element of our society, free competition in a market economy. The public interest in the eradication of practices inhibiting free competition must be balanced against the rights of each individual to be free from unwarranted state intrusion into their lives. There is no doubt in my mind that public interest in the freedom and protection of citizens in the market-place prevails over the minimal infringement of the privacy interests of those required to disclose information of an economic nature.

En résumé, pour évaluer le caractère raisonnable de l'intérêt qu'a le public à la protection de la vie privée des particuliers en vertu de l'art. 8 de la *Charte*, il faut garder présent à l'esprit que cet exercice comporte la recherche d'un équilibre entre des droits. Aucun droit n'est absolu et l'art. 8 de la *Charte* l'indique clairement en affirmant que la Constitution n'interdit pas les saisies raisonnables. Il ne faut pas oublier l'objectif de la disposition législative contestée dans la recherche de l'équilibre qu'exige l'art. 8. Dans le contexte précis des dispositions législatives interdisant les coalitions, cet objectif est particulièrement important puisqu'il touche un élément fondamental de notre société, soit la libre concurrence dans une économie de marché. L'intérêt qu'a le public à l'élimination de pratiques contraires à la libre concurrence doit s'évaluer en fonction des droits des particuliers d'être à l'abri des immixtions injustifiées de l'État dans leur vie. Je ne doute nullement que l'intérêt public à la liberté et à la protection des citoyens sur le marché l'emporte sur l'atteinte minimale aux droits à la vie privée de ceux qui sont tenus de révéler des renseignements de nature économique.

As a result, I conclude that, in so far as it requires the production of documents, s. 17 of the Act does not infringe s. 7 of the *Charter*. As far as corporations are concerned, s. 7 is not applicable to them. With regards to individuals in their personal capacity, it would be surprising indeed, if not paradoxical, if a witness not covered by s. 13 of the *Charter* could enjoy a wider protection under the residual protection of s. 7 of the *Charter* than is available to a "witness who testifies in any proceedings" under s. 13 of the *Charter*. In my view, the protection of s. 13 excludes documentary evidence such as the one contemplated by s. 17 of the Act, and s. 7 is similarly restricted.

As regards s. 8 of the *Charter*, while I agree that *subpoenae duces tecum* may constitute "seizures" for the purpose of that provision, given the important objectives of the Act, the nature of the regulatory scheme here in place and the means necessary to reach these objectives, the subpoena's low degree of intrusiveness, the safeguards provided in the Act in this connection, and, in the case of

En définitive, je conclus que, dans la mesure où il exige la production de documents, l'art. 17 de la Loi ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Quant aux personnes morales, l'art. 7 ne s'y applique pas. Pour ce qui est des personnes physiques, agissant à titre personnel, il serait vraiment étonnant, sinon paradoxal, qu'un témoin auquel l'art. 13 de la *Charte* ne s'applique pas puisse jouir d'une protection plus grande en vertu de la protection résiduelle de l'art. 7 de la *Charte* que celle dont jouit le témoin visé à l'art. 13. À mon avis, la protection de l'art. 13 ne s'applique pas à la preuve documentaire comme celle envisagée par l'art. 17 de la Loi, et l'art. 7 comporte la même restriction.

Pour ce qui est de l'art. 8 de la *Charte*, tout en reconnaissant que les *subpoenae duces tecum* peuvent constituer des «saisies» pour les fins de cette disposition, vu les objectifs importants de la Loi, la nature du régime de réglementation en vigueur ici et les moyens nécessaires pour réaliser ces objectifs; le degré minime d'immixtion du subpoena dans la vie privée des gens, les garanties offertes

corporations, their low expectation of privacy with respect to requests for economic information, I conclude that *subpoenae duces tecum* issued under s. 17 of the Act do not constitute "unreasonable" seizures.

For these reasons, I am of the view that, in so far as it requires the production of documents, s. 17 of the Act does not infringe upon either s. 7 or 8 of the *Charter*.

III. Conclusion

On the whole, I find that s. 17 of the Act, both as regards testimonial and documentary evidence, infringes neither s. 7 nor s. 8 of the *Charter*. Accordingly it is not necessary to deal with the arguments based on s. 1 of the *Charter*.

I would dismiss this appeal with costs throughout and I would answer the constitutional question in the negative.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting in part)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of Justice Wilson and I agree with her that s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (the "Act"), violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in particular the principle of fundamental justice in which the right to remain silent is embodied. I would limit the extent of the invalidity of s. 17 to the provisions of it that compel testimony. In my opinion, to the extent that s. 17 compels production of documents, it is not invalid either as contravening the privilege against self-incrimination, the right to remain silent, or s. 8 of the *Charter*.

Purpose of the Act

The most recent statement of this Court of the purpose of the Act is contained in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 676:

The purpose of the Act is to eliminate activities that reduce competition in the market-place. The entire Act is geared to achieving this objective. The Act identifies and defines anti-competitive conduct. It establishes an

par la Loi à cet égard et, dans le cas des sociétés commerciales, leurs attentes limitées en matière de respect de leur vie privée face à des demandes de renseignements économiques, je conclus que les *a subpoenae duces tecum* délivrés en vertu de l'art. 17 de la Loi ne constituent pas des saisies «abusives».

Pour ces motifs, je suis d'avis que, dans la mesure où il exige la production de documents, l'art. 17 de la Loi ne viole ni l'art. 7 ni l'art. 8 de la *Charte*.

III. Conclusion

c Dans l'ensemble, je conclus que l'art. 17 de la Loi ne viole ni l'art. 7 ni l'art. 8 de la *Charte* en ce qui concerne la preuve testimoniale et la preuve documentaire. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner les moyens fondés sur l'article *d* premier de la *Charte*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de répondre à la question constitutionnelle par la négative.

e Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident en partie)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du juge Wilson et je suis d'accord avec elle pour dire que l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (la «Loi»), viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, le principe de justice *f* fondamentale que représente le droit de garder le silence. Quant à moi, je n'invaliderais que les dispositions de l'art. 17 qui obligent à témoigner. À mon avis, dans la mesure où il constraint à produire des documents, l'art. 17 n'est pas invalide *g* pour cause de violation du privilège de ne pas s'incriminer, du droit de garder le silence ou de l'art. 8 de la *Charte*.

L'objet de la Loi

i C'est dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, à la p. 676, qu'on trouve l'énoncé le plus récent de l'objet de la Loi par notre Cour:

j La Loi a pour objet d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché. Toute la Loi est conçue en fonction de cet objet. Elle identifie et définit les pratiques monopolistiques. Elle établit un mécanisme

investigatory mechanism for revealing prohibited activities and provides an extensive range of criminal and administrative redress against companies engaging in behaviour that tends to reduce competition.

Section 17 is a very important tool in the arsenal of the Director of Investigation and Research in the conduct of investigations. The activity which is almost invariably the target of investigation under the Act is that of the business community. Persons examined under s. 17 are employees, directors and officers of corporations. The documents of which production is sought are generally corporate records and other documents generated in the conduct of business. When charges are laid the accused are corporations. Very rarely are individuals included, although the Act is clear that individuals may be liable.

The Issues

The submission of the appellants is that s. 17 is invalid on two grounds:

1. To the extent that it compels testimony and documents from potential suspects, it violates the privilege against self-incrimination and the right to remain silent and therefore contravenes s. 7 of the *Charter*;
2. To the extent that it authorizes an order to be made for the production of books, papers, records and other documents, it purports to sanction an unreasonable seizure and is inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

The Right to Remain Silent and Section 7

I accept the respondents' submission that the privilege against self-incrimination *qua* witness is limited by s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (now R.S.C., 1985, c. C-5). That provision abolished the right of a witness to object to answer questions which might incriminate the witness but substituted protection against subsequent use of the witness's testimony. This provision, but in somewhat wider form, has been given *Charter* recognition in s. 13 (see *McIntyre J. in Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 377.) The terminology used in the cases has not

d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle contre les sociétés qui s'adonnent à certaines pratiques tendant à diminuer la concurrence.

L'article 17 est un outil très important dont dispose le directeur des enquêtes et recherches pour procéder à des enquêtes. Ce sont presque toujours les activités du milieu des affaires qui font l'objet d'enquêtes menées en vertu de la Loi. Les personnes interrogées en vertu de l'art. 17 sont les employés, les administrateurs et les cadres de sociétés. Les documents dont on cherche à obtenir la production sont généralement les archives d'une société et d'autres documents établis dans le cours des affaires. Quand des accusations sont portées, elles le sont contre des sociétés. Il est très rare que des personnes physiques soient inculpées, quoique la Loi prévoie expressément cette possibilité.

Les questions en litige

Les appellants font valoir que l'art. 17 est invalide à deux égards:

1. Dans la mesure où il contraint des suspects éventuels à témoigner et à produire des documents, il porte atteinte au privilège de ne pas s'incriminer et au droit de garder le silence et va en conséquence à l'encontre de l'art. 7 de la *Charte*;
2. Dans la mesure où il permet de rendre une ordonnance enjoignant de produire des livres, documents, archives et autres pièces, il a pour effet de sanctionner une saisie abusive et est incompatible avec l'art. 8 de la *Charte*.

Le droit de garder le silence et l'art. 7

Je retiens l'argument des intimés selon lequel l'étendue du privilège de ne pas s'incriminer en tant que témoin est limitée par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-5). Cette disposition est venue supprimer le droit d'un témoin de refuser de répondre à des questions susceptibles de l'incriminer, mais y a substitué une protection contre l'utilisation ultérieure de son témoignage. Cette disposition, quoique sous une forme plus générale, se trouve consacrée à l'art. 13 de la *Charte* (voir les motifs du juge McIntyre dans

always distinguished between the privilege against self-incrimination and the right to remain silent. The privilege against self-incrimination is often used as a general term embracing aspects of the right to remain silent. In origin they derive from the principle *nemo tenetur seipsum accusare*. Nevertheless, in modern usage, the privilege against self-incrimination is limited to the right of an individual to resist testimony as a witness in a legal proceeding. A privilege is an exclusionary rule of evidence which is appropriately asserted in court. A modern statement of the privilege emphasizing its application in juridical proceedings is contained in the judgment of Goddard L.J. in *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253. He stated, at p. 257:

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

The right to remain silent is the basis for the non-compellability of the accused as a witness at trial but it extends beyond the witness box. In *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), at p. 94, Martin J.A. outlined its scope:

The right of a suspect or an accused to remain silent is deeply rooted in our legal tradition. The right operates both at the investigative stage of the criminal process and at the trial stage.

Indeed it is the basis for the rule that silence of the person in the face of an accusation by or in the presence of the police cannot serve as evidence against the accused. In *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), evidence was admitted at trial that the accused chose to say nothing after the charge and standard caution were read to him. A new trial was ordered by the Court of Appeal for Ontario. At page 227, Martin J.A. said:

l'affaire *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 377). Or, les décisions dans leur libellé n'ont pas toujours fait de distinction entre le privilège de ne pas s'incriminer et le droit de garder le silence.

a Le privilège de ne pas s'incriminer est souvent employé dans un sens général englobant certains aspects du droit de garder le silence. Ils ont leur origine dans le principe *nemo tenetur seipsum accusare*. De nos jours néanmoins, le privilège de ne pas s'incriminer se limite au droit d'un particulier de refuser de déposer en qualité de témoin dans une procédure judiciaire. Un privilège est une règle d'exclusion en matière de preuve que l'on peut à bon droit invoquer devant un tribunal. Les motifs du lord juge Goddard dans l'affaire *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253, contiennent un énoncé moderne de ce privilège qui souligne son applicabilité dans des procédures judiciaires. Celui-ci affirme, à la p. 257:

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

f Le droit de garder le silence constitue le fondement de la non-contraignabilité d'un accusé à témoigner à son procès, mais ce n'est pas uniquement à la barre des témoins qu'on peut s'en prévaloir. Dans l'arrêt *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), à la p. 94, le juge Martin de g la Cour d'appel précise la portée de ce droit:

[TRADUCTION] Le droit d'un suspect ou d'un accusé de garder le silence est profondément enraciné dans notre tradition juridique. Dans le processus criminel, le droit en question produit ses effets tant à l'étape de h l'enquête qu'à celle du procès.

i En fait, c'est le fondement de la règle portant que le silence d'une personne face à une accusation portée contre elle par la police ou en présence de celle-ci ne saurait servir de preuve contre cette personne. Dans l'arrêt *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), on avait admis en preuve au procès que l'accusé avait choisi de garder le silence après qu'on lui eut lu l'accusation et la mise en garde usuelle. La Cour d'appel de l'Ontario a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Martin affirme, à la p. 227:

It is fundamental that a person charged with a criminal offence has the right to remain silent and a jury is not entitled to draw any inference against an accused because he chooses to exercise that right. We think that in the absence of some issue arising in the case which makes the statement of an accused, following the giving of a caution, that he has nothing to say relevant to that issue, such evidence is inadmissible. In the present case there was no issue with respect to which the appellant's failure to reply was relevant and the evidence should not have been tendered: see *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385, 29 C.R.N.S. 141.

Further, in the present case there was no instruction to the jury that the accused had the right to remain silent and that they were not entitled to draw any adverse inference from the fact that counsel had advised him not to make a statement following the giving of the caution.

To the same effect are *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280 (Ont. C.A.), at p. 283; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279 (C.A.), at p. 283; *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128 (Ont. C.A.), at p. 143; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.); *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636 (C.A.); and *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504 (B.C.C.A.).

In *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218, Estey J. recognized the right to remain silent in the following uncompromising terms (at p. 258):

One of the main bastions of the criminal law is the right of the accused to remain silent. In the coldest practical terms, that right, so long as it remains unaltered by Parliament, may not be reduced, truncated or thinned out by provincial action.

The Court of Appeal in this case (1986), 57 O.R. (2d) 257 acknowledged its existence in the following passage at p. 262:

In my view the right must be restricted to police inquiries and the like and the trial proceedings themselves.

The distinction between the privilege and the right is clearly made in *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763. At page 768 and pp. 770-71, Dickson J. (as he then was) stated:

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to

[TRADUCTION] Il est fondamental qu'une personne accusée d'une infraction criminelle ait le droit de garder le silence et un jury n'a pas le droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé parce qu'il a choisi d'exercer ce droit. Nous croyons que cette preuve est inadmissible en l'absence, dans l'affaire, d'une question qui rende pertinente à celle-ci la déclaration d'un accusé qu'il n'a rien à dire suite à la mise en garde. En l'espèce, il n'y avait pas de question à laquelle était pertinente l'omission de répondre de l'appelant et la preuve n'aurait pas dû être présentée: voir *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385, 29 C.R.N.S. 141.

De plus, les membres du jury n'ont pas reçu en l'espèce de directive portant que l'accusé avait le droit de garder le silence et qu'ils ne pouvaient pas tirer de conclusion défavorable du fait que l'avocat lui avait conseillé de ne rien dire suite à la mise en garde.

^a On trouve dans le même sens les arrêts *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280 (C.A. Ont.), à la p. 283, *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279 (C.A.), à la p. 283, *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128 (C.A. Ont.), à la p. 143, *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.), *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636 (C.A.), et *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504 (C.A.C.-B.).

^b Dans l'arrêt *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218, le juge Estey est formel sur l'existence du droit de garder le silence (à la p. 258):

^c Un des principaux bastions du droit criminel est le droit de l'accusé de se taire. En termes pratiques, tant que ce droit n'est pas modifié par le Parlement, il ne peut être diminué, tronqué ni altéré par une province.

^d La Cour d'appel en l'espèce (1986), 57 O.R. (2d) 257, en reconnaît l'existence dans le passage suivant qui se trouve à la p. 262:

[TRADUCTION] À mon avis, l'application de ce droit doit se limiter aux enquêtes policières et à d'autres enquêtes du même genre ainsi qu'au procès lui-même.

^e La distinction entre le privilège et le droit est clairement établie dans l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763. À la page 768 et aux pp. 770 et 771, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) affirme:

^f La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas

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. The extent of the maxim is stated in *Broom's Legal Maxims* (10th ed.) as follows, pp. 660-661:

It may be stated as a general rule that *a witness in any proceeding* is privileged from answering, not merely where his answer will criminate him directly but also where it may have a tendency to criminate him.

An accused cannot be forced to disclose any knowledge he may have about an alleged offence and thereby supply proof against himself but (i) *bodily condition*, such as features, exhibited in a courtroom or in a police line-up, clothing, fingerprints, photographs, measurements... and (ii) *conduct* which the accused cannot control, such as compulsion to submit to a search of his clothing for concealed articles or his person for body markings or taking shoe impressions or compulsion to appear in Court do not violate the principle. [Emphasis in original.]

This distinction answers the concerns of my colleague, Lamer J., about s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* which deals purely and simply with the privilege against self-incrimination. To the extent that it narrowed the common law, it could not be said to violate s. 7 because the privilege against self-incrimination is specifically dealt with in s. 13 of the *Charter* and no residue of it is left to s. 7.

The testimonial aspect of the right to remain silent is specifically included in s. 11(c) of the *Charter*. This is an illustration of the kinds of rights that are included in the more expansive provisions of s. 7 of the *Charter*: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3, *per* Lamer J. It would be strange indeed if the other important aspect of this fundamental principle of the common law, the right of a suspect to remain silent during the investigative stage, were not included in s. 7. In my opinion, this right has the status of a principle of fundamental justice, and it is therefore included in s. 7, the repository of many of our basic rights which are not otherwise specifically enumerated. In adopting the

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. La portée de la maxime est énoncée dans *Broom's Legal Maxims* (10^e éd.) comme suit, aux pp. 660-661:

[TRADUCTION] On peut énoncer comme principe général qu'*un témoin dans toute procédure* a le droit de ne pas répondre, non seulement lorsque sa réponse l'incriminera directement mais aussi lorsqu'elle pourrait tendre à l'incriminer.

Un prévenu ne peut être contraint de divulguer quelque fait qu'il peut connaître relativement à une infraction présumée et fournir ainsi une preuve contre lui-même mais le principe n'est pas violé par (i) les traits physiques, tel que son aspect, dans la salle d'audience ou dans une parade d'identification, ses vêtements, ses empreintes digitales, ses photographies, ses mensurations [...] et (ii) les actes que le prévenu doit faire, comme le contraindre à se soumettre à une fouille de ses vêtements à la recherche d'objets cachés ou à un examen de sa personne pour y trouver des cicatrices ou à la prise d'empreinte de ses souliers ou le contraindre de comparaître devant le tribunal. [En italique dans l'original.]

Cette distinction répond aux inquiétudes exprimées par mon collègue le juge Lamer au sujet du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui porte purement et simplement sur le privilège de ne pas s'incriminer. Dans la mesure où il restreint la common law, on ne peut pas dire qu'il viole l'art. 7 étant donné que l'art. 13 de la *Charte* traite spécifiquement du privilège de ne pas s'incriminer dont on ne trouve aucun reliquat à l'art. 7.

L'aspect testimonial du droit de garder le silence est expressément inclus à l'al. 11c) de la *Charte*. Il s'agit là d'un exemple du genre de droits qui sont inclus dans les dispositions plus larges de l'art. 7 de la *Charte*: voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 502 et 503, le juge Lamer. Il serait donc bien étrange si l'autre aspect important de ce principe fondamental de la common law, savoir le droit d'un suspect de garder le silence au cours du déroulement de l'enquête, n'était pas inclus à l'art. 7. À mon avis, ce droit constitue un principe de justice fondamentale et est donc compris dans l'art. 7, lequel renferme un bon nombre de nos droits fondamentaux qui ne se trouvent pas spécifiquement énumérés ailleurs. En

wording of s. 24(2), the framers of the *Charter* were concerned with the question of the admissibility of evidence obtained by illegal conduct, and in particular, derivative evidence discovered as a result of a confession obtained by unlawful means. On the one hand, this Court in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, affirmed that relevant evidence obtained by means of an inadmissible confession was admissible and that the trial judge had no discretion to exclude it unless it had trivial probative value but was highly prejudicial. Such evidence was and is admitted under the law of England. On the other hand, in the United States, evidence obtained as a result of a breach of constitutional rights is inadmissible: see *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); but see *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). The most common context in which this problem had arisen both here and in the United States was an involuntary confession obtained by threats or other forms of coercion by persons in authority.

Section 24(2) has been regarded as a compromise between these two positions. Evidence obtained in a manner that violates any of the rights or freedoms in the *Charter* is excluded if its admission could bring the administration of justice into disrepute. If the right to remain silent is not in s. 7, there would ordinarily be no *Charter* breach in the obtaining of an involuntary confession. Derivative evidence would continue to be admitted automatically under the *Wray* decision notwithstanding that its admission would bring the administration of justice into disrepute. What was thought to be the solution, through compromise, to the difficult problem referred to above will have failed.

The following passage from the reasons of Cory J.A. (as he then was) in *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), is a fine example of the operation of the application of this compromise in practice. At page 539, Cory J.A. stated:

formulant le par. 24(2), les rédacteurs de la *Charte* étaient préoccupés par la question de l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus au moyen d'actes illégaux et, en particulier, de la preuve dérivée qu'on a pu recueillir par suite d'une confession arrachée à une personne par des méthodes illicites. D'une part, notre Cour, dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, a confirmé qu'une preuve pertinente obtenue grâce à un aveu inadmissible était elle-même admissible et que le juge du procès n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de l'exclure à moins qu'elle ne soit de faible valeur probante et en même temps hautement préjudiciable. Une telle preuve était admissible en vertu du droit d'Angleterre et l'est encore. Aux États-Unis par contre, la preuve recueillie par suite de la violation de droits constitutionnels est inadmissible: voir *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), mais voir *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). Le contexte le plus usuel dans lequel ce problème s'était posé tant au Canada qu'aux États-Unis était celui d'une confession involontaire obtenue par des menaces ou d'autres formes de contrainte exercée par des personnes en situation d'autorité.

Le paragraphe 24(2) a été considéré comme un compromis entre ces deux positions. Les éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte* sont écartés si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Si l'art. 7 ne comportait pas de droit de garder le silence, il n'y aurait pas normalement de violation de la *Charte* dans le cas de l'obtention d'une confession involontaire. La preuve dérivée continuerait à être admise automatiquement en vertu de l'arrêt *Wray*, et ce, malgré le fait que son admission serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le compromis par lequel on croyait résoudre le problème épique évoqué ci-dessus aura donc échoué.

L'extrait suivant des motifs rédigés par le juge Cory de la Cour d'appel de l'Ontario (maintenant juge puîné de notre Cour) dans l'affaire *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), est un bon exemple de l'application pratique de ce compromis. Le juge Cory affirme, à la p. 539:

The right to remain silent is a well-settled principle that has for generations been part of the basic tenets of our law. It follows that the protection given by this principle must come within the purview of s. 7 of the Charter. The rule enunciated by the Supreme Court of Canada in *Wray* has, of course, been abrogated by s. 24(2) of the Charter where evidence has been obtained in a manner that infringes or denies any rights or freedoms guaranteed by the Charter. In light of that conclusion, it can be seen that, dependent upon the circumstances, the real evidence obtained as a result of a violation of the right to remain silent may also be inadmissible if to admit such evidence would bring the administration of justice into disrepute.

If the right to remain silent was not included in s. 7, the Court of Appeal in this case would have been bound to apply the *Wray* principle.

If I am correct in this conclusion then, to paraphrase Estey J. in *Keable, supra*, the right to remain silent may not be reduced, truncated or thinned out by federal or provincial action.

It is not necessary to dwell on the precise limits of the right to remain silent which is included in s. 7. It is sufficient for the purpose of this appeal to state that it is a right not to be compelled to answer questions or otherwise communicate with police officers or others whose function it is to investigate the commission of criminal offences. The protection afforded by the right is not designed to protect the individual from the police *qua* police but from the police as investigators of criminal activity. As with the privilege against self-incrimination, the right to remain silent protects the individual against the affront to dignity and privacy which results if crime enforcement agencies are allowed to conscript the suspect against himself or herself. If this right is protected by the *Charter*, then it follows that neither the provinces nor the federal government can transfer the investigative function, which is normally carried out by the police, to other agents who are empowered by statute to force suspects or potential suspects to testify.

[TRADUCTION] Le droit de garder le silence est un principe bien établi qui, depuis fort longtemps, fait partie des préceptes fondamentaux de notre droit. Il s'ensuit que la protection accordée par ce principe doit relever de l'art. 7 de la Charte. Bien entendu, la règle énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Wray* a été abrogée par le par. 24(2) de la Charte dans les cas où des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à des droits ou libertés garantis par la Charte. Compte tenu de cette conclusion, on constate que, selon les circonstances, la preuve matérielle recueillie par suite de la violation du droit de garder le silence peut également être frappée d'inadmissibilité si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Si le droit de garder le silence n'était pas inclus à l'art. 7, la Cour d'appel, dans cette affaire, n'aurait pas eu d'autre choix que d'appliquer le principe de l'arrêt *Wray*.

Si ma conclusion sur ce point est bien fondée, alors, pour paraphraser ce que dit le juge Estey dans l'arrêt *Keable*, précité, le droit de garder le silence ne peut être diminué, tronqué ni altéré par le fédéral ou par une province.

Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur les limites précises du droit de garder le silence que comporte l'art. 7. Il suffit aux fins du présent pourvoi de dire qu'il s'agit d'un droit de ne pas être contraint de répondre à des questions ou de communiquer de quelque autre manière avec des policiers ou d'autres personnes chargées d'enquêter sur la perpétration d'infractions criminelles. Ce droit est destiné à protéger les particuliers non pas contre les policiers en tant que tels mais contre les policiers agissant en qualité d'enquêteurs en matière criminelle. Tout comme le privilège de ne pas s'incriminer, le droit de garder le silence protège les individus contre la violation de la dignité et de la vie privée qui résulte s'il est permis aux organismes chargés de la répression du crime de faire témoigner le suspect contre lui-même. Si c'est là un droit garanti par la *Charte*, il s'ensuit que ni les provinces ni le gouvernement fédéral ne sauraient confier la fonction d'enquête normalement exercée par la police à d'autres personnes légalement autorisées à forcer des suspects réels ou éventuels à témoigner.

Grange J.A. in his reasons in the Court of Appeal was of the view that there was no restraint on Parliament in this regard. He stated (at p. 262):

The record of federal (and even provincial) Royal Commissions is replete with instances of inquiries into general and specific crime with the suspects compelled to testify. The limitations expressed with respect to certain lines of inquiry in *Di Iorio and Fontaine v. Warden of the Common Jail of Montreal and Brunet et al.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 491, 33 C.C.C. (2d) 289, [1978] 1 S.C.R. 152 and *A.-G. Qué. and Keable v. A.-G. Can. et al.* (1978), 90 D.L.R. (3d) 161, 43 C.C.C. (2d) 49, [1979] 1 S.C.R. 218, resulted from the fact that those were provincial inquiries and the applicable provincial Inquiries Act could not transgress upon the federal power over criminal law and procedure.

The cases cited were decided when the only way to protect fundamental rights from provincial legislative invasion was to resort to a division of powers argument. The fact that this bastion of the common law was subject to federal legislation did not detract from the fact that it was nonetheless a principle of fundamental justice. Estey J., in *Keable*, was not called upon to, nor did he, address limitations that might be imposed on the federal power by the *Canadian Bill of Rights* or the *Charter*. The former was not a complete obstacle to federal legislation abrogating a fundamental right because it could be altered by Parliament with the appropriate declaration. The *Charter* was, of course, not in existence.

The *Di Iorio* case, *supra*, referred to by Grange J.A., dealt with the Quebec Inquiry into organized crime. As pointed out by Dickson J. (at p. 201), the provincial inquiry was not set up to inquire "into a particular crime or transaction which later might be the subject of a criminal charge". Rather, its purpose was more general: "to meet the new and malign menace presented by organized crime" (p. 208). Dickson J. rejected the argument that the inquiry was a colourable attempt to set up

Dans ses motifs, le juge Grange de la Cour d'appel se dit d'avis que le Parlement n'est soumis à aucune contrainte à cet égard. Il affirme (à la p. 262):

- ^a [TRADUCTION] Nombreux sont les cas où des suspects ont été contraints de témoigner devant des commissions royales fédérales (et même provinciales) faisant enquête sur le crime en général et sur des crimes précis. Les restrictions établies relativement à certains modes d'enquête dans les affaires *Di Iorio et Fontaine c. Gardien de la prison commune de Montréal et Brunet et autres* (1976), 73 D.L.R. (3d) 491, 33 C.C.C. (2d) 289, [1978] 1 R.C.S. 152, et *P.G. Qué. et Keable c. P.G. Can. et autres* (1978), 90 D.L.R. (3d) 161, 43 C.C.C. (2d) 49, [1979] 1 R.C.S. 218, procédaient du fait qu'il s'agissait là d'enquêtes provinciales et que la loi provinciale applicable en matière d'enquêtes ne pouvait empiéter sur la compétence fédérale en matière de droit et de procédure criminels.
- ^b
- ^c
- ^d

Les arrêts cités ont été rendus à une époque où la seule façon de protéger les droits fondamentaux contre des atteintes par les législateurs provinciaux consistait à recourir à un argument fondé sur le partage des pouvoirs. Ce bastion de la common law était certes assujetti aux lois fédérales, mais il n'en demeurait pas moins un principe de justice fondamentale. Le juge Estey, dans l'arrêt *Keable*, n'était pas appelé à se pencher sur la question des restrictions que la *Déclaration canadienne des droits* ou la *Charte* pouvaient imposer à la compétence fédérale et il ne l'a pas fait. La *Déclaration canadienne des droits*, étant susceptible de modification par le législateur fédéral pourvu qu'il fasse la déclaration appropriée, ne présentait pas un empêchement absolu à l'adoption d'une loi fédérale supprimant un droit fondamental. La *Charte*, évidemment, n'existe pas encore.

L'affaire *Di Iorio*, précitée, à laquelle s'est référé le juge Grange, concernait une enquête québécoise sur le crime organisé. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson (à la p. 201), l'enquête provinciale n'avait pas pour but la «recherche d'un crime ou d'une infraction spécifique qui pourrait plus tard faire l'objet d'une inculpation criminelle». Son objet était plus général, savoir celui de «faire face à la menace nouvelle et pernicieuse que constitue le crime organisé» (p. 208). Le juge Dickson

a new method of criminal investigation. He stated, at p. 222:

Quebec's Crime Inquiry introduces no new and insidious form of investigation into our judicial system and there is no evidence before the Court that it is a colourable attempt to evade the procedural provisions of the *Criminal Code*.

Dickson J. concluded that the inquiry did not constitute an invasion of the federal government's exclusive authority over criminal law and procedure. In the following conclusion, he emphasized the limits of the Court's power, at the time, to protect fundamental rights (at p. 222):

Whether or not one agrees with a result which may force a person to assist in an investigation of his criminal activity, the provisions of s. 5 of the *Canada Evidence Act* and both federal and provincial Inquiries Act compel such a result. Quebec's Crime Inquiry introduces no new and insidious form of investigation into our judicial system and there is no evidence before the Court that it is a colourable attempt to evade the procedural provisions of the *Criminal Code*.

These pre-*Charter* cases were concerned with the invasion of the right to remain silent through the use of public inquiries. The only means available to impose limitations on the extent of the infringement was to treat the right as an aspect of the criminal law. Provided that there was no colourable attempt to transfer to an inquiry the investigative powers of the police, the fact that incidental to another purpose some evidence of specific crime was elicited did not encroach upon the federal criminal law power. The impact on the rights of a suspect was cushioned by the operation of s. 5 of the *Canada Evidence Act*. The distinction is aptly illustrated by the case of *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.). An inquiry was established under provincial legislation to inquire into the mysterious deaths of infants at the Hospital for Sick Children in Toronto. A police investigation and criminal charges had failed to identify the perpetrator. An issue arose as to

a rejeté l'argument voulant que l'enquête ait constitué une tentative déguisée de créer une nouvelle méthode d'enquête criminelle. Il affirme, à la p. 222:

a La Commission d'enquête sur le crime du Québec n'introduit pas dans notre système judiciaire une forme nouvelle ou insidieuse d'enquête et il n'y a rien devant cette Cour qui démontre qu'il s'agit d'une tentative déguisée d'éviter les dispositions du *Code criminel* sur la procédure.

Le juge Dickson a conclu que l'enquête n'empiétait nullement sur la compétence fédérale exclusive en matière de droit et de procédure criminels. Dans le *c* passage reproduit ci-après, il souligne les limites que connaissait à l'époque le pouvoir qu'avait la Cour de protéger les droits fondamentaux (à la p. 222):

d Qu'on soit ou non d'accord avec une conclusion qui peut obliger une personne à collaborer à une enquête portant sur ses propres activités criminelles, les dispositions de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et des lois sur les enquêtes tant fédérales que provinciales ont nécessairement cet effet. La Commission d'enquête sur le crime du Québec n'introduit pas dans notre système judiciaire une forme nouvelle ou insidieuse d'enquête et il n'y a rien devant cette Cour qui démontre qu'il s'agit d'une tentative déguisée d'éviter les dispositions du *Code criminel* sur la procédure.

Ces décisions antérieures à la *Charte* portaient sur la violation du droit de garder le silence par le recours à des enquêtes publiques. Le seul moyen dont on disposait pour limiter l'ampleur des violations consistait à subsumer ce droit sous le droit criminel. Pourvu qu'il n'y ait pas eu de tentative déguisée d'investir une commission d'enquête des pouvoirs d'enquête détenus par la police, le fait *g* d'obtenir accessoirement à la réalisation d'un autre objet des éléments de preuve relatifs à un crime précis ne constituait pas un empiètement sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. L'impact que cela pouvait avoir sur les droits d'un suspect était atténué par l'effet de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'affaire *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.), illustre bien cette distinction. Là on avait institué en vertu *i* d'une loi provinciale une enquête sur la mort mystérieuse d'enfants en bas âge survenue à l'Hôpital pour enfants malades de Toronto. Une enquête

whether the Commissioner could inquire and report on the identity of any person involved in the non-accidental death of any infant or, to use the short form, whether he could "name names". In concluding that the Commissioner could not, the court stated at pp. 215-16:

A public inquiry is not the means by which investigations are carried out with respect to the commission of particular crimes.... Such an inquiry is a coercive procedure and is quite incompatible with our notion of justice in the investigation of a particular crime and the determination of actual or probable criminal or civil responsibility.

Accordingly, the inquiry was limited to the more general question as to how the infants died without identifying specific crimes and the perpetrator of specific crimes.

Obtaining evidence from suspects as a basis for commencing criminal proceedings is not a merely incidental effect of s. 17 of the Act. In this field of anti-competitive crime the police work is carried out largely, if not exclusively, by the Director and his staff. Although s. 17 has other purposes, an important one is to aid the Director and his staff in investigating specific crimes. To this extent, the hearing officer is a policeman armed with a subpoena. Unless we are prepared to uphold legislation that provides the police generally with such powers, s. 17 cannot stand. Parliament has not separated out of s. 17 its use for different purposes, many of which would not violate the right to remain silent. Accordingly, the whole of the provision relating to the compulsion of testimony violates s. 7.

I agree with Wilson J. for the reasons expressed by her that this violation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*, and s. 17 to the extent of its inconsistency with s. 7 must be struck down.

policière avait été tenue et des accusations criminelles portées, mais on n'avait pu déterminer l'auteur du crime. Une question s'est posée quant à savoir si le commissaire pouvait enquêter et faire rapport sur l'identité de toute personne mêlée à la mort non accidentelle d'un enfant en bas âge ou, en bref, s'il pouvait [TRADUCTION] «donner des noms». En concluant que le commissaire ne le pouvait pas, la cour a affirmé, aux pp. 215 et 216:

[TRADUCTION] La tenue d'une enquête publique n'est pas le moyen auquel il convient d'avoir recours pour enquêter sur la perpétration de crimes particuliers [...] Une telle enquête revêt un caractère coercitif et à ce titre est tout à fait incompatible avec notre notion de justice dans le cadre d'une enquête sur un crime particulier et dans la détermination de qui en est, en fait ou probablement, criminellement ou civilement responsable.

Par conséquent, l'enquête, plutôt que de relever des crimes précis et d'en identifier l'auteur, était limitée à la question générale de savoir comment les enfants étaient morts.

L'obtention par le témoignage de suspects d'éléments de preuve pouvant justifier des poursuites criminelles n'est pas un effet purement accessoire de l'art. 17 de la Loi. Dans le domaine des crimes visant à éliminer la concurrence, le travail policier est effectué principalement, sinon exclusivement, par le directeur et son personnel. Quoique l'art. 17 vise d'autres objets, celui d'aider le directeur et son personnel à enquêter sur des crimes précis est important. Dans cette mesure, le fonctionnaire qui procède à l'enquête est un policier muni d'un subpoena. Or, à moins qu'on ne soit prêt à maintenir une loi qui investit la police en général de tels pouvoirs, l'art. 17 ne saurait subsister. Comme le Parlement n'énumère pas à l'art. 17 les différentes fins auxquelles il peut servir, bon nombre desquelles ne porteraient pas atteinte au droit de garder le silence, l'ensemble de la disposition créant une obligation de témoigner viole l'art. 7.

À l'instar du juge Wilson et pour les mêmes motifs, j'estime que cette violation ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* et que l'art. 17 doit dans la mesure de son incompatibilité avec l'art. 7 être invalidé.

Production of Documents and Section 7

The appellants submitted that the right to remain silent and the privilege against self-incrimination protect a suspect not only from compelled testimony but also from compelled production of documents. Accordingly they urged the Court to strike down not only the provisions of s. 17 relating to oral testimony but those relating to production of documents as well.

In my opinion, this proposition is not supported either on the basis of the origin, the rationale or the application in Canada of the right to remain silent and the privilege against self-incrimination. The origin of these principles is usually attributed to the revulsion occasioned by the procedures of the Star Chamber. These were coercive procedures relating to oral testimony. In a unanimous judgment of this Court in *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at p. 40, the dominant rationale underlying the rules against self-incrimination was stated to be:

... the affront to dignity and privacy inherent in a practice which enables the prosecution to force the person charged to supply the evidence out of his or her own mouth.

In her reasons, my colleague expresses it as follows (at p. 480):

Having reviewed the historical origins of the rights against compellability and self-incrimination and the policy justifications advanced in favour of their retention in more modern times, I conclude that their preservation is prompted by a concern that the privacy and personal autonomy and dignity of the individual be respected by the state. The state must have some justification for interfering with the individual and cannot rely on the individual to produce the justification out of his own mouth.

The distinction between evidence that is brought into existence by conscripting the accused against himself or herself and obtaining pre-existing evidence which is in the possession of the accused is one that permeates our law. Lamer J. applied this distinction in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, in outlining the factors to be considered in applying s. 24(2) of the *Charter*. He stated, at p. 284:

La production de documents et l'art. 7

Les appelaits ont fait valoir que le droit de garder le silence et le privilège de ne pas s'incriminer soustraient un suspect non seulement à l'obligation de témoigner mais aussi à celle de produire des documents. Ils ont en conséquence invité la Cour à invalider non seulement les dispositions de l'art. 17 relatives aux témoignages oraux, mais également celles concernant la production de documents.

À mon avis, cette proposition n'est justifiée ni par l'origine, ni par la raison d'être, ni par l'application au Canada du droit de garder le silence et du privilège de ne pas s'incriminer. On attribue habituellement l'origine de ces principes à la répugnance suscitée par les procédures de la Chambre Étoilée, lesquelles étaient des procédures de contrainte relatives aux témoignages oraux. Notre Cour, dans l'arrêt unanime *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, à la p. 40, affirme que la principale raison d'être des règles interdisant l'auto-incrimination est:

... [l']atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d'obliger la personne inculpée à témoigner elle-même.

Dans les motifs qu'elle a rédigés en l'espèce, ma collègue s'exprime ainsi (à la p. 480):

Mon étude des origines historiques du droit de ne pas être contraint de témoigner et du droit à la protection contre l'auto-incrimination ainsi que mon examen des raisons de principe avancées pour justifier leur maintien à l'époque moderne m'amènent à conclure que leur préservation tient au souci de veiller à ce que l'État respecte la vie privée, l'autonomie personnelle et la dignité de ses citoyens. L'État ne saurait déranger un particulier sans justification et ne peut compter sur ce dernier pour fournir cette justification de sa propre bouche.

La distinction entre une preuve qui doit son existence au fait que l'accusé a été forcé de témoigner contre lui-même et l'obtention d'une preuve préexistante possédée par l'accusé se retrouve partout dans notre droit. C'est une distinction qu'applique le juge Lamer dans l'affaire *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, en exposant les facteurs à considérer en appliquant le par. 24(2) de la *Charte*. Il dit, à la p. 284:

It is clear to me that the factors relevant to this determination will include the nature of the evidence obtained as a result of the violation and the nature of the right violated and not so much the manner in which the right was violated. Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination.

Dickson J. drew this distinction in *Marcoux, supra*, when he stated, at pp. 770-71:

An accused cannot be forced to disclose any knowledge he may have about an alleged offence and thereby supply proof against himself but (i) *bodily condition*, such as features, exhibited in a courtroom or in a police line-up, clothing, fingerprints, photographs, measurements . . . and (ii) *conduct* which the accused cannot control, such as compulsion to submit to a search of his clothing for concealed articles or his person for body markings or taking shoe impressions or compulsion to appear in Court do not violate the principle.

It is a distinction that is made virtually every day in connection with police investigations. While suspects are entitled to remain silent, their documents may be seized by means of a search warrant under the *Criminal Code*. No right to remain silent or privilege against self-incrimination will avail to protect against seizure of the documents. Examples abound of the routine admission of documentary evidence which has been seized: see for example *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Gaich* (1956), 24 C.R. 196 (Ont. C.A.); and *R. v. Hannam*, [1964] 2 C.C.C. 340 (N.S.C.A.).

It might be suggested that this is not due to the absence of a right to the protection of documents

Selon moi, il est clair que les facteurs pertinents à l'égard de cette détermination comprennent la nature de la preuve obtenue par suite de la violation et la nature du droit violé, plutôt que la façon dont ce droit a été violé. Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même.

Le juge Dickson fait la même distinction dans l'arrêt *Marcoux*, précité, lorsqu'il affirme, aux pp. 770 et 771:

Un prévenu ne peut être contraint de divulguer quelque fait qu'il peut connaître relativement à une infraction présumée et fournir ainsi une preuve contre lui-même mais le principe n'est pas violé par (i) les traits physiques, tel que son aspect, dans la salle d'audience ou dans une parade d'identification, ses vêtements, ses empreintes digitales, ses photographies, ses mensurations [...] et (ii) les actes que le prévenu doit faire, comme le contraindre à se soumettre à une fouille de ses vêtements à la recherche d'objets cachés ou à un examen de sa personne pour y trouver des cicatrices ou à la prise d'empreinte de ses souliers ou le contraindre de comparaître devant le tribunal.

Il s'agit d'une distinction qui est faite presque quotidiennement à l'égard d'enquêtes policières. Bien que les suspects aient le droit de garder le silence, leurs documents peuvent être saisis au moyen d'un mandat de perquisition décerné en vertu du *Code criminel*. Ni le droit de garder le silence ni le privilège de ne pas s'incriminer ne sert à protéger contre la saisie de documents. Les exemples de la pratique courante qui consiste à admettre des éléments de preuve documentaire obtenus par voie de saisie abondent: voir, par exemple, *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, *R. v. Gaich* (1956), 24 C.R. 196 (C.A. Ont.), et *R. v. Hannam*, [1964] 2 C.C.C. 340 (C.A.N.-É.)

On pourrait soutenir que cela s'explique non pas par l'absence de droit à la protection des docu-

but to the uncompromising language of the *Code*. This Court has held, however, that the search warrant provisions of the *Code* must be read subject to the rules of privilege notwithstanding the absence of qualifying words in the provisions themselves: see *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. If there had existed a right to protect documents comparable to the right to remain silent, I would have expected some evidence of its assertion. There appears to be none.

I recognize that the act of producing documents may have communicative aspects. Production of a document may be relied on as an admission by the party producing it that the document exists, that it was in his or her possession, and that he or she had knowledge of its contents: see *R. v. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293 (Ont. C.A.); and *R. v. Hashem* (1940), 73 C.C.C. 124 (N.S.C.A.). Furthermore, if the party producing them has recognized, adopted or acted on the documents, they will be admissible to prove the truth of their contents: see *R. v. Famous Players*, [1932] O.R. 307 (S.C.). In addition, s. 44(2) of the Act has extended the common law to expand the inferences that may be drawn from the fact of possession of documents. In the United States, although the production of documents is not generally accorded Fifth Amendment protection, communicative aspects of such production by an individual are not admissible against the individual. See *Braswell v. United States*, 108 S. Ct. 2284 (1988). It is not necessary or desirable to decide this question in this case. A decision on this question can more appropriately be made if and when communicative aspects arising out of the production of documents are sought to be tendered as evidence by the Crown.

I conclude therefore, on this aspect of the case, that s. 17 of the Act, to the extent that it authorizes an order to compel production of documents, does not contravene s. 7 of the *Charter* and is valid.

ments, mais par les termes catégoriques employés dans le *Code*. Notre Cour a toutefois statué que les dispositions du *Code* relatives aux mandats de perquisition doivent s'interpréter en fonction des règles en matière de communications privilégiées, même si les dispositions elles-mêmes ne prévoient pas de restriction: voir *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. S'il avait existé un droit de protéger des documents comparable à celui de garder le silence, je me serais attendu à ce qu'on l'invoque. Or, cela ne paraît pas avoir été fait.

Je reconnais que l'acte consistant à produire des documents peut sous certains aspects participer de la communication. La production d'un document peut être considérée comme un aveu par la partie qui le produit que le document existe, que cette partie l'avait en sa possession et qu'elle était au courant de sa teneur: voir *R. v. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293 (C.A. Ont.), et *R. v. Hashem* (1940), 73 C.C.C. 124 (C.A.N.-É.). Par ailleurs, si la partie qui les a produits a reconnu leur existence, les a adoptés ou s'en est autorisée pour agir, les documents seront admissibles pour prouver la véracité de leur contenu: voir *R. v. Famous Players*, [1932] O.R. 307 (C.S.). En outre, le par. 44(2) de la Loi a étendu la common law de manière à élargir la portée des conclusions pouvant être tirées de la possession de documents. Aux États-Unis, quoique la production de documents ne bénéficie généralement pas de la protection du Cinquième amendement, les aspects de cette production par un individu qui tiennent de la communication ne sont pas admissibles en preuve contre ce dernier. Voir *Braswell v. United States*, 108 S. Ct. 2284 (1988). Il n'est ni nécessaire ni souhaitable de statuer sur cette question en l'espèce. C'est une question qu'il vaudra mieux trancher dans un cas où le ministère public cherchera à produire en preuve par la production de documents des éléments qui tiennent de la communication.

Je conclus en conséquence, sur cet aspect du litige, que l'art. 17 de la Loi, dans la mesure où il permet de rendre une ordonnance enjoignant de produire des documents, ne viole pas l'art. 7 de la *Charte* et est valide.

Section 8

I respectfully disagree with my colleague Wilson J. that an order under s. 17 of the Act requiring the production of books, papers and records or other documents constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

A starting point in attempting to determine what the framers of the *Charter* meant by the word "seizure" is the statement of Marceau J. (dissenting on this point) in *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608 (C.A.). In his view, a seizure is "the taking hold by a public authority of a thing belonging to a person against that person's will" (p. 630).

While useful, this definition introduces words which themselves require definition. What constitutes "taking hold"? When a demand for production is made and the validity of that demand is by law open to challenge, the demanding authority has no right to take hold of the documents merely upon demand. Accordingly the existence of a right of challenge is crucial in characterizing the nature of the process employed by the demanding authority. It is for this reason that a number of cases have used the *subpoena duces tecum* as the paradigm of a demand for documents that does not constitute a seizure. In *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1984), 47 O.R. (2d) 309 (Div. Ct.), Southey J. held that s. 45 of the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137, did not authorize a seizure because the section did not allow an officer to actually seize any documents against the will of the custodian. The only recourse of the Director of Employment Standards was to prosecute. The person under investigation could therefore challenge the validity and extent of the demand. At page 311, Southey J. stated:

It appears to us that a person being investigated under this statute, is in a position very similar to that which faces a person served with a *subpoena duces tecum*. If the person served with the subpoena is of the view that the documents he is required to bring are not compilable, either as not being relevant or as being privileged

L'article 8

En toute déférence, je ne partage pas l'avis de ma collègue le juge Wilson selon lequel une ordonnance, en vertu de l'art. 17 de la Loi, enjoignant de produire des livres, documents, archives ou autres pièces constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

b Pour tenter de déterminer ce que les rédacteurs de la *Charte* ont entendu par le mot «saisie», prenons comme point de départ la déclaration du juge Marceau (dissident sur ce point) dans l'affaire *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608 (C.A.).
c Selon lui, une saisie est «l'appropriation par un pouvoir public d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne» (p. 630).

Malgré son utilité, cette définition contient des termes qui doivent eux-mêmes être définis. Qu'est-ce qui constitue une «appropriation»? Quand il y a demande de production et que la validité de cette demande est légalement susceptible de contestation, l'autorité qui fait la demande n'a pas le droit de s'approprier les documents sur simple demande. Par conséquent, l'existence d'un droit de contestation s'avère cruciale pour ce qui est de caractériser la nature de l'acte de procédure employé par l'autorité qui fait la demande. C'est la raison pour laquelle le *subpoena duces tecum* a été retenu dans nombre de décisions comme exemple d'une demande de documents qui ne constitue pas une saisie. Dans l'affaire *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1984), 47 O.R. (2d) 309 (C. div.), le juge Southey a statué que l'art. 45 de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1980, ch. 137, n'autorisait pas une saisie parce qu'il ne permettait pas à un agent de saisir réellement des documents contre le gré de leur dépositaire. Le directeur des normes d'emploi n'avait d'autre recours que d'intenter des poursuites. La personne faisant l'objet de l'enquête pouvait donc contester la validité et la portée de la demande. À la page 311, le juge Southey affirme:

[TRADUCTION] Il nous semble que la situation d'une personne faisant l'objet d'une enquête en vertu de la présente loi ressemble beaucoup à celle d'une personne qui se voit signifier un *subpoena duces tecum*. Si cette dernière estime qu'elle ne devrait pas être contrainte de produire les documents qu'on exige d'elle, soit parce

or on some other ground, then it is open to him to refuse to bring them and the question of the validity of his refusal may be determined in proceedings to enforce the subpoena.

This is a distinction that was made as well by Strayer J. in *Tyler v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 153 (F.C.T.D.) At pages 159-60, he stated:

... with respect to section 8, I am satisfied that the obtaining of information by the Minister under subsection 232.1(1) of the *Income Tax Act* does not amount to a "seizure". There is no physical intrusion involved. The taxpayer is required by law to provide the information demanded of him, but he is at liberty to challenge, as he is doing in these proceedings, the validity of the requirements before providing the information.

It was largely on this basis that the majority of the Federal Court of Appeal concluded in *Ziegler, supra*, that an order for production under s. 17 of the Act did not constitute a seizure. Le Dain J. (as he then was) agreed with Hugessen J. in this regard. He stated in part (at p. 618): "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." *Re Gershman Produce Co. and Motor Transport Board* (1985), 22 D.L.R. (4th) 520 (Man. C.A.) is to the same effect.

It may be that, once the review procedure is completed and the demanding authority has cleared away all legal impediments to the enforcement of its demand, there is a seizure. This apparently was the case in *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301 (Alta. C.A.) See *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2)* (1984), 8 D.L.R. (4th) 696 (Alta. Q.B.), at pp. 702-3. A decision on this point is not essential in this case. No review procedure has been carried out here and no documents have been produced. The appellants are free to seek judicial review of the s. 17 orders.

qu'ils ne sont pas pertinents, soit parce qu'ils sont privilégiés ou pour quelque autre raison, elle peut alors refuser de les produire et la question de la validité de son refus peut être tranchée dans le cadre de procédures de mise à exécution du subpoena.

Voilà une distinction que fait également le juge Strayer dans la décision *Tyler c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 153 (C.F.S.P.I.) Aux pages 159 et 160, il écrit:

En ce qui concerne [...] l'article 8, je suis convaincu que l'obtention de renseignements par le ministre en vertu du paragraphe 232.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'équivaut pas à une «saisie». Il n'est pas question ici d'intrusion physique: le contribuable est légalement requis de fournir les renseignements exigés mais, avant de s'exécuter, il lui est loisible de contester, comme il le fait en l'espèce, la validité de ces demandes.

C'est surtout sur ce fondement que la Cour d'appel fédérale à la majorité a conclu dans l'affaire *Ziegler*, précitée, qu'une ordonnance de production, rendue en vertu de l'art. 17 de la Loi, ne constituait pas une saisie. Le juge Le Dain (alors juge de la Cour d'appel fédérale), qui partageait l'avis du juge Hugessen sur ce point, a dit notamment (à la p. 618): «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.» L'arrêt *Re Gershman Produce Co. and Motor Transport Board* (1985), 22 D.L.R. (4th) 520 (C.A. Man.), va dans le même sens.

Il se peut qu'une fois que la procédure de contrôle est terminée et que l'autorité qui fait la demande a dissipé tous les obstacles juridiques à l'exécution de sa demande, il y ait saisie. C'était apparemment le cas dans l'affaire *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301 (C.A. Alb.) Voir *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2)* (1984), 8 D.L.R. (4th) 696 (B.R. Alb.), aux pp. 702 et 703. Une décision sur ce point n'est pas essentielle en l'espèce. Il n'y a eu dans la présente instance aucune procédure de contrôle et aucun document n'a été produit. Les appellants sont libres de demander le contrôle judiciaire des ordonnances rendues en vertu de l'art. 17.

There is no question that an order made under s. 17 is reviewable. Grange J.A. stated at pp. 268-69:

What happens under s. 17 is that an order is issued. An order is of course to be obeyed and if it is obeyed then the consequence is much the same as a seizure under s. 10. But if it is not obeyed no penalty can be imposed without the matter being considered by an impartial judicial arbiter. Moreover, as appears from *Director of Investigation & Research v. Restrictive Trade Practices Com'n et al., supra*, the order can be attacked on motion to review before it takes effect. The result of the order is really no different from that consequent upon the issuance of a *subpoena duces tecum* which can be issued in either civil or criminal proceedings without any requirement of assessing its reasonableness and the conflicting interests of the parties.

It is not necessary to formulate a general rule as to what constitutes a seizure; it is sufficient to say that the s. 8 prohibition does not encompass an order requiring the production of documents so long as the section authorizing the order (or the law apart from that section) gives the person required to produce a reasonable opportunity to dispute the order and prevent the surrender of the documents. That in my view is precisely the position under s. 17.

In *R. v. McKinlay Transport Ltd.* (1987), 62 O.R. (2d) 757 (C.A.), which raises the same issue in relation to s. 231(3) of the *Income Tax Act*, Grange J.A. said this, at p. 760:

As Trainor J. pointed out, the subsection of the *Income Tax Act* is not unqualified or unlimited. It is subject to *certiorari* proceedings wherein the requirement will be tested objectively to determine whether it is authorized by the section and whether it is relevant to the tax liability of a specific person. No "fishing expedition" will be permitted: see *Canadian Bank of Commerce v. A.-G. Can.* (1962), 35 D.L.R. (2d) 49, [1962] S.C.R. 729, 62 D.T.C. 1236, and *James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.* (1984) 9 D.L.R. (4th) 1 at p. 7 et seq., [1984] 1 S.C.R. 614 at pp. 623 et seq., [1984] 4 W.W.R. 577. In a system where the tax authorities depend largely on the good faith and integrity of the

Il ne fait pas de doute qu'une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Le juge Grange affirme, aux pp. 268 et 269:

- a [TRADUCTION] Ce qui se passe sous le régime de l'art. 17 est qu'une ordonnance est rendue. Il faut évidemment obtempérer à une ordonnance et, si on le fait, cela a sensiblement le même effet qu'une saisie effectuée en vertu de l'art. 10. Mais si on n'y obtempère pas, aucune peine ne peut être infligée sans que l'affaire ne fasse l'objet d'un examen par un arbitre impartial agissant de façon judiciaire. De plus, et c'est ce qui ressort de l'arrêt *Directeur des enquêtes et recherches c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce et al.*, précité,
- b l'ordonnance peut être attaquée par voie de requête en contrôle judiciaire avant qu'elle ne soit exécutoire. Sur le plan des conséquences, l'ordonnance n'est guère différente d'un *subpoena duces tecum*, lequel peut être délivré soit dans des procédures civiles, soit dans des procédures criminelles, sans qu'il soit nécessaire d'en apprécier le caractère raisonnable ni de soupeser les intérêts opposés des parties.

- c Il n'est pas nécessaire de formuler une règle générale établissant ce qui constitue une saisie; il suffit de signaler que l'interdiction prononcée à l'art. 8 ne s'applique pas à une ordonnance exigeant la production de documents, pourvu que la disposition autorisant l'ordonnance (ou la loi indépendamment de cette disposition) donne à
- f la personne qui doit les produire une possibilité raisonnable de contester cette ordonnance et d'empêcher la remise des documents. À mon avis, c'est précisément là la situation qui se présente à l'art. 17.

- g Dans l'affaire *R. v. McKinlay Transport Ltd.* (1987), 62 O.R. (2d) 757 (C.A.), qui soulève la même question relativement au par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le juge Grange affirme, à la p. 760:

- h [TRADUCTION] Comme l'a souligné le juge Trainor, le paragraphe visé de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas sans réserves ni limites. Il peut donner lieu à une demande de bref de *certiorari* dans le cadre de laquelle la demande contestée sera étudiée objectivement afin d'établir si elle est autorisée par l'article de la Loi et si elle est pertinente à l'assujettissement à l'impôt du contribuable concerné. Aucune «recherche à l'aveuglette» ne sera tolérée: voir les arrêts *Canadian Bank of Commerce v. A.-G. Can.* (1962), 35 D.L.R. (2d) 49, [1962] R.C.S. 729, 62 D.T.C. 1236, et *James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.* (1984), 9 D.L.R. (4th) 1, aux pp. 7 et suiv., [1984] 1 R.C.S. 614, aux pp. 623 et

taxpayer to disclose information relevant to tax liability, it is necessary to give wide investigative powers to those authorities without compelling them to give statements under oath of reasonable and probable grounds for the requirement to produce, particularly where the requirement does not constitute enforced production. The essential consideration in my view is that the requirement to produce is not so intrusive as a search or seizure, that it in no sense resembles a search and cannot be tantamount to a seizure because the person subject to it has a right to take action to circumvent the required production.

suiv., [1984] 4 W.W.R. 577. Dans un système où les autorités fiscales comptent largement sur la bonne foi et l'honnêteté du contribuable pour obtenir les renseignements relatifs à son assujettissement à l'impôt, il est nécessaire d'accorder à ces autorités de larges pouvoirs d'enquête sans les contraindre à déclarer sous serment que leur demande de production de renseignements et de documents se justifie par des motifs raisonnables et probables de croire à l'existence d'une infraction, particulièrement lorsque la demande en cause ne constitue pas une production forcée. À mon sens, la considération essentielle est que la demande de production n'est pas aussi envahissante qu'une fouille, une perquisition ou une saisie, qu'elle ne ressemble à une fouille ou à une perquisition sous aucun rapport et qu'elle ne peut équivaloir à une saisie parce que la personne qui en fait l'objet a le droit d'exercer des recours afin de se soustraire à cette production.

Although the extent of review which was permitted in the cases referred to in the above passage is limited, the *Bank of Commerce* case, the seminal case on this point, was decided before the decision in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. That case extended the duty of fairness to administrative tribunals that were previously considered immune from review. The concept of fairness is a flexible one and its content will vary. As a tribunal approaches the functions of a court, the rules of natural justice and fairness require that it behave more like a court. At the low end of the scale, the investigative tribunal need only respect the most basic rules of fairness. In my view the extent of the duty applicable to the Director in proceedings under s. 17 is that stated by Marceau J. in *Director of Investigation and Research v. Restrictive Trade Practices Commission* (1985), 4 C.P.R. (3d) 59 (F.C.A.), at p. 63: "The only justifiable limitation would be that the documents be germane to the issues and not subject to privilege." In order to comply with this duty, the Director must disclose the purpose of the inquiry in sufficient detail to enable the persons affected and the court to determine whether the documents are relevant to the issue. Anything less would enable the Director to embark on a pure fishing expedition. Where the purpose of the inquiry is to investigate whether an offence has been committed, there is no obligation on the Director

d Quoique le contrôle permis dans les décisions mentionnées dans ce passage ait été limité, l'arrêt *Bank of Commerce*, qui constitue l'arrêt fondamental sur ce point, date d'avant l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, qui a soumis à l'obligation d'agir équitablement les tribunaux administratifs qui, jusqu'alors, étaient considérés comme échappant au contrôle judiciaire. La notion d'équité est souple et son contenu est variable. Plus les fonctions d'un tribunal administratif s'apparentent à celles d'une cour de justice, plus les règles de justice naturelle et d'équité requièrent qu'il se conduise comme une cour de justice. Un tribunal d'enquête, comme il se trouve au bas de l'échelle, n'est tenu de respecter que les règles les plus élémentaires en matière d'équité. Selon moi, l'obligation du directeur dans des procédures en vertu de l'art. 17 se limite à celle énoncée par le juge Marceau dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce* (1985), 4 C.P.R. (3d) 59 (C.A.F.), à la p. 63: «Les seules restrictions défendables seraient d'exiger que les documents soient pertinents aux questions en litige et ne soient pas assujettis à la règle des communications privilégiées.» Pour s'acquitter de cette obligation, le directeur doit faire de l'objet de l'enquête une révélation suffisamment détaillée pour que les personnes touchées et la cour puissent déterminer si les documents se rapportent à la

to justify the inquiry on the basis of a belief on reasonable grounds that an offence has been committed: see *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181.

I disagree with my colleague that the opportunity for review before the documents are produced goes to the reasonableness and not the existence of a seizure. This factor bears directly on the extent of governmental intrusion. A mere demand which is not yet enforceable is in this age of pan-governmental activity a minimal intrusion. It becomes somewhat more intrusive if a court has ordered that the demand is valid, enforceable and is to be obeyed.

Nor do I consider that anything said in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, is at variance with the above. At page 160, Dickson J. (as he then was) stated:

If the issue to be resolved in assessing the constitutionality of searches under s. 10 were in fact the governmental interest in carrying out a given search outweighed that of the individual in resisting the governmental intrusion upon his privacy, then it would be appropriate to determine the balance of the competing interests after the search had been conducted. Such a *post facto* analysis would, however, be seriously at odds with the purpose of s. 8. That purpose is, as I have said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

The *post facto* analysis, which Dickson J. found insufficient to safeguard individuals, related to "unjustified state intrusions". The purpose of s. 8 is to prevent them. We are here dealing, however, with the threshold question whether this is an

question en litige. Toute exigence moindre permettrait au directeur de se lancer dans une pure et simple recherche à l'aveuglette. Lorsque l'enquête a pour but d'examiner si une infraction a été commise, rien n'oblige le directeur à justifier cette enquête par l'existence de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise: voir *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181.

À la différence de ma collègue, je ne crois pas que la possibilité d'un contrôle préalable à la production des documents ait trait au caractère raisonnable d'une saisie plutôt qu'à son existence. Ce facteur influe directement sur l'ampleur de l'intrusion gouvernementale. Une simple demande qui n'est pas encore exécutoire représente à notre époque d'activités pangouvernementales une intrusion minime. Elle devient quelque peu plus importante si un tribunal juge que la demande est valide, exécutoire et qu'on doit y obtempérer.

Je crois en outre qu'il n'y a rien dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, qui s'oppose à ce point de vue. À la page 160, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) affirme:

Si la question à résoudre en appréciant la constitutionnalité des fouilles et des perquisitions effectuées en vertu de l'art. 10 était de savoir si en fait le droit du gouvernement d'effectuer une fouille ou une perquisition donnée l'emporte sur celui d'un particulier de résister à l'intrusion du gouvernement dans sa vie privée, il y aurait alors lieu de déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée. Cependant, une telle analyse après le fait entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8. Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l'original.]

L'analyse après le fait que le juge Dickson a jugé insuffisante pour protéger les particuliers se rapportait aux «intrusions injustifiées de l'État». L'article 8 vise à prévenir ces intrusions. En l'espèce, toutefois, la question préliminaire est de

unjustified state intrusion. In my view, the character of the so-called act of intrusion must be assessed in all its aspects, including its legal enforceability. This is not a case of the *ex post facto* cure of a serious state intrusion into privacy; rather, the intrusion itself is curtailed by the requirement that its validity and extent be tested at an early stage.

As appears from the above passage, the stringent test set out in *Hunter v. Southam Inc., supra*, was intended for unwarranted state intrusion into the privacy of individuals. As pointed out in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, departures from these standards should be rare. By adopting a definition of seizure that is over-inclusive, a wholesale departure from these standards will be necessary. This is graphically illustrated by the judgment of my colleague in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, in which the *Hunter v. Southam Inc.* standards are almost completely diluted. Instead of a sliding scale of *Hunter v. Southam Inc.* standards, I prefer a more restrictive interpretation of what constitutes a seizure, reserving the application of the *Hunter v. Southam Inc.* standards for those state intrusions which are truly out of keeping with what we have come to expect as a routine fact of daily life in a modern state.

I conclude therefore that the orders demanding production of books, papers, records and other documents does not constitute a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. It was not submitted that it is a search and it clearly is not. Accordingly neither the orders nor s. 17 of the Act which authorized them are invalid.

Disposition

I would allow the appeal in part and declare that s. 17 of the Act is inconsistent with s. 7 of the *Charter* and of no force or effect to the extent that it authorizes an order compelling that a person be

savoir s'il s'agit en fait d'une intrusion injustifiée de l'État. À mon avis, la nature de ce présumé acte d'intrusion doit s'apprécier en fonction de tous ses aspects, y compris son caractère exécutoire en droit. Il ne s'agit pas ici d'un cas où on remédie après coup à une intrusion grave de l'État dans la vie privée d'une personne. C'est plutôt un cas où l'intrusion elle-même est limitée par l'exigence que sa validité et son ampleur soient vérifiées à un stade antérieur.

Il se dégage du passage qui précède que le critère strict énoncé dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, devait s'appliquer aux intrusions injustifiées de l'État dans la vie privée de particuliers. Comme on le souligne dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, les dérogations à ces normes devraient être rares. L'adoption d'une définition trop exhaustive du terme «saisie» rendrait nécessaire une dérogation générale à ces normes. Voilà ce qui ressort d'une manière très frappante des motifs rédigés par ma collègue dans l'affaire *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, où les normes énoncées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* sont diluées presque au point de perdre tout effet. Au lieu d'appliquer les normes de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* selon une échelle variable, je préfère une interprétation plus restrictive de ce qui constitue une saisie et n'appliquer lesdites normes qu'aux intrusions de la part de l'État qui ne cadrent vraiment pas avec ce que nous en sommes venus à attendre au niveau du vécu quotidien dans un État moderne.

Je conclus donc que les ordonnances enjoignant de produire des livres, documents, archives et autres pièces ne constituent pas une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. On n'a pas prétendu qu'elles constituaient une perquisition et elles n'en constituent manifestement pas une. Par conséquent, ni les ordonnances ni l'art. 17 de la Loi, en vertu duquel elles ont été rendues, ne sont invalides.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de déclarer l'art. 17 de la Loi incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* et inopérant dans la mesure où il permet d'ordonner qu'une personne soit interro-

examined under oath. I would also declare the order for examination under oath of no force or effect to that extent. Save as set out above, I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional question as follows:

1. Is section 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect?

Answer: Yes it is inconsistent with s. 7 of the *Charter* to the extent only that it authorizes an order to be made for an examination under oath of a person. It is not otherwise inconsistent with either s. 7 or s. 8 of the *Charter*.

Success being divided on this appeal, I would order that there be no costs either in this Court or in the courts below.

Appeal dismissed with costs, LAMER and SOPINKA JJ. dissenting in part and WILSON J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the respondents the Director of Investigation and Research and the Attorney General of Canada: Weir & Foulds, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard and Gilles Laporte, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Department of Justice and Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of the Attorney General, Edmonton.

gée sous serment. Je suis en outre d'avis de déclarer inopérante dans cette mesure l'ordonnance d'interrogatoire sous serment. Sous cette réserve, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je donnerais à la question constitutionnelle la réponse suivante:

1. L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il incompatible avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?

Réponse: Oui, il est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* seulement dans la mesure où il permet d'ordonner qu'une personne soit interrogée sous serment. Il n'est pas par ailleurs incompatible avec les art. 7 et 8 de la *Charte*.

Comme il y a gain de cause partagé dans le présent pourvoi, je n'accorderais aucun dépens ni en notre Cour ni devant les tribunaux d'instance inférieure.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LAMER et SOPINKA sont dissidents en partie et le juge WILSON est dissidente.

Procureurs des appellants: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs des intimés le directeur des enquêtes et recherches et le procureur général du Canada: Weir & Foulds, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard et Gilles Laporte, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le ministère de la Justice et du Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général, Edmonton.