

**Bruce Douglas Branch and Pal Arthur  
Levitt** *Appellants*

v.

**British Columbia Securities  
Commission** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario, the Attorney  
General of Quebec, the Attorney General of  
Nova Scotia, the Attorney General of  
Manitoba, the Attorney General of British  
Columbia, the Attorney General for  
Saskatchewan and the Attorney General for  
Alberta** *Intervenors*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION  
v. BRANCH

File No.: 22978.

1994: February 28 and March 1; 1995: April 13.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and  
Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-  
mental justice — Self-incrimination — Right to silence  
— Securities commission investigation — Company's  
officers ordered to testify under oath and to produce  
documents pursuant to s. 128(1) of Securities Act —  
Whether s. 128(1) infringes s. 7 of Canadian Charter of  
Rights and Freedoms — Securities Act, S.B.C. 1985, c.  
83, s. 128(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreason-  
able search and seizure — Securities commission inves-  
tigation — Company's officers ordered to produce docu-  
ments pursuant to s. 128(1) of Securities Act — Whether  
s. 128(1) infringes s. 8 of Canadian Charter of Rights  
and Freedoms — Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83,  
s. 128(1).*

**Bruce Douglas Branch et Pal Arthur  
Levitt** *Appelants*

c.

**British Columbia Securities  
Commission** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, le  
procureur général de l'Ontario, le  
procureur général du Québec, le procureur  
général de la Nouvelle-Écosse, le procureur  
général du Manitoba, le procureur général  
de la Colombie-Britannique, le procureur  
général de la Saskatchewan et le procureur  
général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION  
c. BRANCH

N° du greffe: 22978.

1994: 28 février et 1<sup>er</sup> mars; 1995: 13 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,  
Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-  
BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice  
fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder  
le silence — Enquête par une commission des valeurs  
mobilières — Dirigeants d'une société enjoins de  
témoigner sous serment et de produire des documents  
conformément à l'art. 128(1) de la Securities Act —  
L'article 128(1) porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte  
canadienne des droits et libertés? — Securities Act,  
S.B.C. 1985, ch. 83, art. 128(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles,  
perquisitions et saisies abusives — Enquête par une  
commission des valeurs mobilières — Dirigeants d'une  
société enjoins de produire des documents conformé-  
ment à l'art. 128(1) de la Securities Act — L'article  
128(1) porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la Charte cana-  
dienne des droits et libertés? — Securities Act, S.B.C.  
1985, ch. 83, art. 128(1).*

The British Columbia Securities Commission commenced an investigation into a company following a report by the company's auditors disclosing questionable expenditures. The appellants, two of the officers of the company, were served with summonses compelling their attendance for examination under oath and requiring them to produce all information and records in their possession relating to the company. The summonses were issued pursuant to s. 128(1) of the province's *Securities Act*. When the appellants failed to appear, the Commission petitioned the British Columbia Supreme Court for an order committing the appellants in contempt. In response, they applied for a declaration to the effect that s. 128(1) violates ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The application was dismissed. The superior court judge rejected the appellants' claims in respect of privilege against self-incrimination and of a right to remain silent under s. 7. He also concluded that the seizure authorized by s. 128(1)(c) of the *Securities Act* is not "unreasonable" within the meaning of s. 8. The appellants were ordered to comply with the summonses, or, in default, to show cause or be held in contempt. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed.

*Held:* The appeal should be dismissed.

(1) *Section 7*

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: In *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, it was decided that the principle against self-incrimination, one of the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*, requires that persons compelled to testify be provided with subsequent "derivative use immunity" in addition to the "use immunity" guaranteed by s. 13 of the *Charter*. The accused has the evidentiary burden of showing a plausible connection between the compelled testimony and the evidence sought to be adduced. Once this is established, in order to have the evidence admitted the Crown will have to satisfy the court on a balance of probabilities that the authorities would have discovered the impugned derivative evidence absent the compelled testimony. In order to trigger the derivative use immunity, the witness may only claim such protection in a subsequent proceeding where he is an accused subject to penal sanctions or in any proceeding which engages s. 7.

La British Columbia Securities Commission a ouvert une enquête sur une société à la suite d'un rapport des vérificateurs de cette dernière faisant état de dépenses discutables. Les appelants, deux dirigeants de la société, se sont vu signifier des assignations les enjoignant de comparaître pour subir un interrogatoire sous serment, et de produire tous les renseignements et dossiers qui étaient en leur possession et qui concernaient la société en cause. Ces assignations ont été délivrées conformément au par. 128(1) de la *Securities Act* de la province. À la suite de l'omission des appelants de comparaître, la Commission a, par voie de requête, demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre une ordonnance condamnant les appelants pour outrage. Ces derniers ont réagi en demandant un jugement déclarant que le par. 128(1) violait les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette demande a été rejetée. Le juge de cour supérieure a rejeté les revendications des appelants relatives au privilège de ne pas s'incriminer et à un droit de garder le silence en vertu de l'art. 7. Il a aussi conclu que la saisie autorisée par l'al. 128(1)c) de la *Securities Act* n'est pas «abusive» au sens de l'art. 8. Les appelants se sont vu ordonner de se conformer aux assignations ou, à défaut, d'exposer les raisons de leur refus, sinon ils seraient déclarés coupables d'outrage. Un appel interjeté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

(1) *L'article 7*

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, on a statué que le principe interdisant l'auto-incrimination, l'un des principes de justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la *Charte*, exige que les personnes contraintes à témoigner bénéficient d'une «immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée», qui vient s'ajouter à «l'immunité contre l'utilisation de la preuve» reconnue à l'art. 13 de la *Charte*. L'accusé a la charge de démontrer l'existence plausible d'un lien entre le témoignage forcé et les éléments de preuve que l'on cherche à présenter. Une fois cela établi, le ministère public devra, pour que ces éléments de preuve soient admis, convaincre le tribunal, selon la prépondérance des probabilités, que les autorités auraient, en l'absence du témoignage forcé, découvert la preuve dérivée que l'on conteste. Pour que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée s'applique, le témoin ne peut revendiquer cette protection que dans des procédures ultérieures où il est un accusé passible de sanctions pénales ou dans toutes procédures qui déclenchent l'application de l'art. 7.

In *S. (R.J.)*, it was also decided that courts could, in certain circumstances, grant exemptions from compulsion to testify. The crucial question is whether the predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the person compelled to testify or rather some legitimate public purpose. To qualify as a valid public purpose, compelled testimony in a criminal prosecution or prosecution under a provincial statute must be for the purpose of obtaining evidence in furtherance of that prosecution. It would be rare indeed that the evidence sought cannot be shown to have some relevance other than to incriminate the witness. If it is established that the predominant purpose is not to obtain the relevant evidence for the purpose of the proceeding, but rather to incriminate the witness, the party seeking to compel the witness must justify the potential prejudice to the right of the witness against self-incrimination. If it is shown that the only potential prejudice is the possible subsequent derivative use of the testimony, then the compulsion to testify will occasion no prejudice for that witness since he will be protected against such use. If the witness can show any other significant prejudice that may arise from the testimony such that his right to a fair trial will be jeopardized, then the witness should not be compellable. The purpose of calling a particular witness will not be readily apparent and such purpose must be inferred in many cases from the overall effect of the evidence proposed to be called. If the overall effect is that it is of slight importance to the proceeding in which it is compelled but of great importance in a subsequent proceeding against the witness in which the witness is incriminated, then an inference may be drawn as to the real purpose of the compelled evidence. The issue of compellability may arise at the time when the witness is called to testify (subpoena stage) and at a subsequent penal proceeding against the witness (trial stage). The burden of proof with respect to the predominant purpose of the compelled testimony will be on the witness who asserts that it is not sought for a legitimate purpose. If this is established, the witness should not be compelled unless the party seeking to compel the witness justifies the compulsion.

The liberty interest under s. 7 of the *Charter* is engaged at the point of testimonial compulsion. Once it is engaged, the question is whether there has been a deprivation of this interest in accordance with the principles

Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, on a également statué que les tribunaux pouvaient, dans certaines circonstances, exempter une personne de l'obligation de témoigner. La question cruciale est de savoir si la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, ou si elle vise plutôt la réalisation d'une fin publique légitime. Pour répondre à une fin publique valide, le témoignage forcé, au cours de poursuites criminelles ou de poursuites intentées en vertu d'une loi provinciale, doit viser à obtenir une preuve utile à ces poursuites. Il est vraiment rare qu'il soit impossible d'établir que le témoignage recherché est pertinent à d'autres fins que d'incriminer le témoin. S'il est établi que l'objet prédominant est non pas l'obtention d'éléments de preuve pertinents aux fins des poursuites en cause, mais plutôt l'incrimination du témoin, la partie qui cherche à contraindre la personne à témoigner doit justifier le préjudice qui risque d'être causé au droit du témoin de ne pas s'incriminer. S'il est établi que le seul préjudice qui risque d'être causé est la possibilité que les éléments de preuve dérivée, obtenus grâce au témoignage, soient utilisés ultérieurement, alors la contrainte à témoigner ne causera aucun préjudice au témoin en question étant donné qu'il sera protégé contre une telle utilisation. Le témoin qui peut établir que son témoignage risque de causer un autre préjudice important susceptible de compromettre son droit à un procès équitable ne devrait pas être contraignable. Le but poursuivi en assignant une personne particulière à témoigner ne sera pas si évident et, dans bien des cas, il doit s'inférer de l'effet global du témoignage que l'on se propose de recueillir. Si, de par son effet global, le témoignage a peu d'importance aux fins des poursuites au cours desquelles la personne est contrainte à témoigner, mais revêt une grande importance dans des procédures ultérieures engagées contre le témoin qui est alors incriminé, une déduction peut alors être faite quant à l'objet réel du témoignage forcé. La question de la contraignabilité peut se présenter au moment où la personne est assignée à témoigner (l'étape de l'assignation) et au cours de poursuites pénales ultérieures intentées contre le témoin (l'étape du procès). C'est le témoin qui soutient que le témoignage forcé ne vise pas une fin légitime qui doit faire la preuve de l'objet prédominant de ce témoignage forcé. S'il fait cette preuve, le témoin ne devrait pas être contraint, sauf si la partie qui veut le contraindre justifie cette contrainte.

Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'applique au moment où est exercée la contrainte à témoigner. Dès qu'il s'applique, il s'agit alors de déterminer s'il y a eu privation de ce droit qui soit conforme

of fundamental justice. Here, s. 128(1) of the *Securities Act* does not violate s. 7. The purpose of the Act, which is to protect our economy and the public from unscrupulous trading practices, justifies inquiries of limited scope. An inquiry such as the one at hand legitimately compels testimony as the Act is concerned with the furtherance of a goal which is of substantial public importance — namely, obtaining evidence to regulate the securities industry. The inquiry is of the type permitted by our law as it serves an obvious social utility. The predominant purpose of the Commission's inquiry in this case is to obtain the relevant evidence for the purpose of the instant proceedings, and not to incriminate the appellants, and there is nothing in the record at this stage to suggest otherwise. The proposed testimony thus falls to be governed by the general rule applicable under the *Charter*, pursuant to which a witness is compelled to testify, yet receives evidentiary immunity in return. The appellants are also entitled to claim the protection of subsequent derivative use immunity. This is a protection that is afforded to witnesses notwithstanding that the source of their evidence may derive from corporate activity.

Documentary compulsion may also entail jeopardy in so far as it engages the appellants' liberty interest under s. 7. The appellants, as representatives of the corporation, may receive the benefit of that protection in so far as they are personally implicated by their own evidence. At the stage of compellability, like the oral testimony, the documents are compellable subject to a possible claim against their subsequent use under the "but for" test. That test is not applicable to determining their compellability. The documents are properly compellable unless they are excluded on the basis of the principles applicable to testimonial compulsion. The rationale both at common law and under s. 7 for these principles is that in certain circumstances compellability would impinge on the right to silence. This right, however, attaches to communications that are brought into existence by the exercise of compulsion by the state and not to documents that contain communications made before such compulsion and independently thereof. If, as in this case, the person subpoenaed is compelled to testify, then all communications including those arising from the production of documents will be compelled. If not compelled, the communications arising from production of documents would also not be admissible. The communicative aspects of the production of documents may, however, be of significance at the derivative evidence

aux principes de justice fondamentale. En l'espèce, le par. 128(1) de la *Securities Act* ne viole pas l'art. 7. L'objet de la Loi, qui est de protéger notre économie et le public contre les pratiques commerciales malhonnêtes, justifie la tenue d'enquêtes d'une portée restreinte. Une enquête du genre de celle dont il est question en l'espèce contraint légitimement une personne à témoigner puisque la Loi vise la réalisation d'un objectif d'une grande importance pour le public, à savoir, recueillir des témoignages pour régler le secteur des valeurs mobilières. L'enquête est du genre autorisé par notre droit puisqu'elle a une utilité sociale évidente. En l'espèce, l'enquête de la Commission a pour objet prédominant de recueillir le témoignage pertinent aux fins des présentes procédures et non dans le but d'incriminer les appelants, et à ce stade, il n'y a rien dans le dossier qui porte à croire autre chose. En conséquence, le témoignage proposé se trouve régi par la règle générale applicable en vertu de la *Charte*, selon laquelle un témoin est contraint à témoigner et bénéficie en retour d'une immunité relative à la preuve. Les appelants ont également le droit de réclamer l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Il s'agit là d'une protection accordée aux témoins même s'il se peut que leur témoignage tire sa source des activités d'une personne morale.

La contrainte à produire des documents peut aussi comporter un danger dans la mesure où elle met en cause le droit à la liberté garanti aux appelants par l'art. 7. Les appelants, en tant que représentants de la société en cause, peuvent bénéficier de cette protection dans la mesure où ils sont personnellement compromis par leur propre témoignage. Lorsqu'il y a contraignabilité, la production des documents, à l'instar du témoignage oral, peut être forcée sous réserve d'un recours possible contre leur utilisation ultérieure en vertu du critère du «n'eût été». Ce critère ne saurait s'appliquer pour déterminer si on peut en contraindre la production. On peut contraindre régulièrement la production des documents, sauf s'ils sont écartés en application des principes applicables à la contrainte à témoigner. La raison d'être de ces principes, tant en common law qu'en vertu de l'art. 7, est que, dans certains cas, la contraignabilité empiéterait sur le droit de garder le silence. Cependant, ce droit se rattache aux communications faites par suite de la contrainte exercée par l'État, mais non aux documents qui renferment des communications faites avant cette contrainte et de façon indépendante de celle-ci. Si, comme en l'espèce, la personne assignée est contrainte à témoigner, alors elle sera contrainte relativement à toutes les communications, y compris celles liées à la production de documents. Si elle ne l'est pas, les com-

stage at which the witness seeks to exclude all evidence which would not have been obtained but for the compelled testimony.

*Per Gonthier J.:* The reasons of Sopinka and Iacobucci JJ., and the additional comments of L'Heureux-Dubé J. relating to evidence in a regulatory context, were agreed with.

*Per L'Heureux-Dubé J.:* As expressed in the concurring reasons given in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, the possibility of imprisonment flowing from a failure to testify is sufficient to trigger s. 7 protection at the subpoena stage. Where the witness can demonstrate at that stage that, under the circumstances, it would be fundamentally unfair to require that he testify, then the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* require that he not be compellable. Where, however, there is no possibility that the individual may be deprived of liberty at the subsequent proceeding, he cannot claim that it would be fundamentally unfair to compel his testimony. As a corollary, the less proximate the possibility of a deprivation of liberty in the subsequent proceeding, the less likely it is that the fact of testimonial compulsion will, itself, be fundamentally unfair. A subpoena will only be quashed at the subpoena stage in the clearest of cases.

It is generally a satisfactory proxy for the existence of fundamentally unfair conduct on the part of the Crown, in violation of s. 7, to inquire into whether the predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the witness, rather than to further some legitimate public purpose. The regulatory context of the present appeal, however, requires that this test be applied with somewhat greater deference than might otherwise be the case. Conduct which may be fundamentally unfair in a traditional criminal context may not be so in the context of administrative proceedings in a highly complex and tightly regulated field, such as the securities industry. Activity in that industry is of immense economic value to society generally and, in order to safeguard the public welfare and trust, securities market participants, who are engaged in this licensed activity of their own volition, must conform with the extensive requirements set out by the provincial securities commissions and should expect to be questioned occasionally by regulators as to their market activities. Further, in view of the complex nature of the

communications liées à la production de documents ne seront pas admissibles non plus. Les aspects de communication que comporte la production de documents peuvent cependant être importants à l'étape de l'examen de la preuve dérivée au cours de laquelle le témoin cherche à faire écarter tous les éléments de preuve qui n'auraient pas été obtenus n'eût été le témoignage forcé.

*Le juge Gonthier:* Les motifs des juges Sopinka et Iacobucci ainsi que les commentaires additionnels du juge L'Heureux-Dubé, concernant la preuve dans un contexte de réglementation, sont acceptés.

*Le juge L'Heureux-Dubé:* Tel qu'exprimé dans les motifs concordants rédigés dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, le risque d'emprisonnement découlant de l'omission de témoigner suffit à déclencher l'application de la garantie de l'art. 7 de la *Charte* à l'étape du subpoena. Si le témoin peut, à cette étape, démontrer qu'il serait, en l'occurrence, fondamentalement inéquitable de l'obliger à témoigner, alors, selon les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7, il ne doit pas être contraint de le faire. S'il n'y a aucun risque que la personne subisse une atteinte à sa liberté au cours des procédures subséquentes, elle ne peut soutenir qu'il serait fondamentalement inéquitable de la contraindre à témoigner. Comme corollaire, moins le risque d'atteinte à la liberté dans les procédures subséquentes est immédiat, moins il est probable que la contrainte à témoigner sera fondamentalement inéquitable en soi. Ce n'est que dans les cas les plus manifestes qu'il y aura annulation du subpoena à l'étape du subpoena.

Un moyen satisfaisant d'établir que le ministère public s'est conduit d'une façon fondamentalement inéquitable, en violation de l'art. 7, consiste habituellement à vérifier si la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre le témoin, ou si elle vise plutôt la réalisation d'une fin publique légitime. Cependant, le contexte de réglementation du présent pourvoi exige que ce critère soit appliqué avec davantage de retenue qu'il le serait dans un autre contexte. Il se peut qu'une conduite qui peut être fondamentalement inéquitable dans le contexte criminel traditionnel ne le soit pas dans le contexte de procédures administratives dans un domaine fort complexe et réglementé comme le secteur des valeurs mobilières. L'activité dans ce secteur a une valeur économique considérable pour l'ensemble de la société et, dans le but d'assurer le bien-être et la confiance du public, les participants au marché des valeurs mobilières, qui s'adonnent de leur propre gré à cette activité requérant un permis, doivent respecter le vaste ensemble de règlements et d'exigences établis par les commis-

securities industry, the investigatory powers in s. 128(1) are the primary vehicle, and often the only tool, for the effective investigation and deterrence of trading practices contrary to the public interest. Finally, consideration must be given to the other *Charter* rights at stake. It would be ironic to conclude that a proceeding involving testimonial compulsion is contrary to the principles of fundamental justice if the only equally effective alternative, reasonably available to the state to pursue a pressing and substantial objective, would constitute a far more dramatic intrusion into individual rights. Here, notwithstanding that one of the primary purposes of an investigation under s. 128(1) is to engage in a form of civil discovery of the witness as well as of the company to illuminate or investigate irregularities, the appellants have not demonstrated that, in the present context and under the circumstances, it would violate their s. 7 rights to be compelled to testify at the Commission's inquiry. Courts must differentiate between unlicensed fishing expeditions that are intended to unearth and prosecute criminal conduct, and actions undertaken by a regulatory agency, legitimately within its powers and jurisdiction and in furtherance of important public purposes that cannot realistically be achieved in a less intrusive manner. Whereas the former may run afoul of s. 7, the latter do not.

A person compelled to testify in a s. 128 inquiry shall enjoy, under s. 13 of the *Charter*, full testimonial immunity in any subsequent proceedings undertaken by the state. Even if the "but for" standard is an appropriate level of s. 7 protection in a purely criminal context, it may not be equally suited for use in predominantly regulatory contexts. Many of the interests underlying the principle against self-incrimination are simply not engaged as dramatically in situations in which an individual voluntarily participates, for his own profit, in a licensed activity, the effective regulation of which is essential to pressing and substantial societal interests. The existence of derivative evidence immunity could significantly undermine the Commission's ability to administer and enforce securities regulations effectively. Without the benefit of a closer examination of the specific contexts in which imprisonment may arise as a

sions provinciales des valeurs mobilières et devraient s'attendre à être interrogés à l'occasion par un organisme de réglementation relativement à leurs activités sur le marché. En outre, compte tenu de la nature complexe du secteur des valeurs mobilières, les pouvoirs d'enquête visés au par. 128(1) constituent le principal moyen efficace, et souvent le seul, d'enquêter et d'avoir un effet de dissuasion sur les opérations sur valeurs mobilières contraires à l'intérêt public. Enfin, il faut tenir compte des autres droits garantis par la *Charte* qui sont en jeu. Il serait ironique de conclure qu'une procédure touchant la contrainte à témoigner est contraire aux principes de justice fondamentale si la seule autre solution tout aussi efficace, à laquelle l'État pourrait raisonnablement recourir dans la poursuite d'un objectif réel et urgent, constituerait une atteinte beaucoup plus spectaculaire aux droits de particuliers. En l'espèce, nonobstant le fait que l'un des principaux objectifs d'une enquête fondée sur le par. 128(1) soit de procéder à une forme d'interrogatoire civil préalable du témoin et de la société dans le but d'obtenir des éclaircissements ou d'enquêter sur des irrégularités, les appelants n'ont pas démontré que, dans le présent contexte et les présentes circonstances, il serait contraire aux droits qui leur sont garantis par l'art. 7 de les contraindre à témoigner à l'enquête de la Commission. Les tribunaux doivent différencier les expéditions de pêche non autorisées, qui visent à découvrir une conduite criminelle et à intenter des poursuites y reliées, des mesures que prend un organisme de réglementation, à l'intérieur de sa sphère de compétence légitime, dans le but de réaliser d'importants objectifs d'intérêt public qui ne peuvent, de façon réaliste, l'être d'une manière moins envahissante. Alors que, dans le premier cas, il risque d'y avoir violation de l'art. 7, dans le second, ce risque n'existe pas.

Une personne contrainte à témoigner à une enquête fondée sur l'art. 128 doit, en vertu de l'art. 13 de la *Charte*, jouir d'une immunité testimoniale complète dans toutes procédures subséquentes engagées par l'État. Même si le critère du «n'eût été» offre une protection appropriée, en vertu de l'art. 7, dans un contexte purement criminel, il se peut qu'il ne convienne pas également aux contextes surtout de nature réglementaire. Nombre d'intérêts sous-jacents au principe interdisant l'auto-incrimination n'entrent tout simplement pas en jeu de façon aussi spectaculaire dans les cas où une personne participe de son propre gré et pour son propre profit, à une activité assujettie à l'obtention de permis, dont la réglementation efficace est essentielle aux intérêts réels et urgents de la société. L'existence d'une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée pourrait miner sensiblement la capacité de la Commission

possible eventual consequence under the *Securities Act*, it is inappropriate for this Court, at the subpoena stage, to define the exact parameters of appropriate derivative evidence immunity to come into effect at the trial stage. Although Sopinka and Iacobucci JJ. recognize some derivative evidence immunity at the trial stage, their reasons are taken to leave open the possibility that this protection may vary according to context.

As a practical matter, particularly in the regulatory context, authorities often seek a substantial fine rather than imprisonment upon conviction, notwithstanding that the legislation provides for the possibility of imprisonment. In such cases, agreement between all parties and the trial judge at the outset of the trial proceedings that imprisonment will not be sought as a sanction upon conviction will negate the need for a s. 7-based derivative evidence immunity, since the individual accused will not face the possibility of a deprivation of liberty.

The compulsion to produce pre-existing documents in s. 128(1)(c) does not violate s. 7 if it is found that the person subpoenaed is compellable to testify. The compelled production of pre-existing documents does not engage self-incriminatory concerns since they have not been generated subject to state compulsion. There is thus nothing fundamentally unfair in requiring the production of such documents and in the possibility that they may subsequently be relied upon by the state in a proceeding against the individual who has been compelled to produce them. The “but for” standard does not apply at the trial stage to pre-existing documents.

## (2) Section 8

Section 128(1) of the *Securities Act* does not violate s. 8 of the *Charter*. The Act is essentially regulatory legislation designed to protect the public, including the investors, and discourage detrimental forms of commercial behaviour. Persons involved in the securities market, a highly regulated industry, do not have a high expectation of privacy with respect to regulatory needs that have been generally expressed in securities legislation. They know or are deemed to know the rules of the game. The effective implementation of securities legislation, which has obvious implications for the nation's

d'administrer efficacement la réglementation sur les valeurs mobilières et de la faire respecter. Sans avoir eu le bénéfice d'une étude plus poussée des contextes spécifiques dans lesquels l'emprisonnement peut représenter une conséquence éventuelle en vertu de la *Securities Act*, il ne convient pas que notre Cour définisse, à l'étape du subpoena, les paramètres exacts de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée applicable à l'étape du procès. Bien que les juges Sopinka et Iacobucci reconnaissent une certaine immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée à l'étape du procès, leurs motifs sont interprétés comme laissant ouverte la possibilité que cette protection varie dépendant du contexte.

En pratique, particulièrement dans le contexte de la réglementation, les autorités réclament souvent, en cas de déclaration de culpabilité, l'imposition d'une amende considérable plutôt que l'emprisonnement, même si la loi en cause prévoit la possibilité d'un emprisonnement. En pareils cas, si toutes les parties et le juge du procès conviennent, au début du procès, qu'on ne réclamera pas une peine d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité, il ne sera plus nécessaire d'offrir l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée en vertu de l'art. 7, puisqu'il n'y aura plus aucun risque de privation de liberté pour l'accusé.

La contrainte à produire des documents préexistants, prévue à l'al. 128(1)c), ne contrevient pas à l'art. 7 si on décide que le témoin assigné est contraignable. La production forcée de documents préexistants ne soulève aucune crainte d'auto-incrimination étant donné qu'ils n'ont pas été constitués sous la contrainte de l'État. Il n'y a donc rien de fondamentalement inéquitable dans le fait d'exiger la production de ces dossiers et dans le risque que ceux-ci soient subséquemment invoqués par l'État dans des procédures engagées contre la personne qui a été contrainte à les produire. Le critère du «n'eût été» ne s'applique pas, à l'étape du procès, aux documents préexistants.

## (2) L'article 8

Le paragraphe 128(1) de la *Securities Act* ne porte pas atteinte à l'art. 8 de la *Charte*. La Loi est essentiellement un régime de réglementation destiné à protéger le public, y compris les investisseurs, et à décourager les formes préjudiciables de comportement commercial. Les participants au marché des valeurs mobilières, qui est un secteur fortement réglementé, n'ont pas des attentes élevées en matière de vie privée relativement au besoin de réglementation généralement exprimé dans les lois sur les valeurs mobilières. Ils connaissent ou sont réputés connaître les règles du jeu. L'efficacité de la

material prosperity, depends on the willingness of those who choose to engage in the securities trade to comply with the defined standards of conduct. The provisions of the Act are pragmatic sanctions designed to induce such compliance. The Act thus serves an important social purpose and the social utility of such legislation justifies the minimal intrusion that the appellants may face. The demand for the production of documents contained in the summonses is one of the least intrusive of the possible methods which might be employed to obtain documentary evidence. Moreover, documents produced in the course of a business which is regulated have a lesser privacy right attaching to them than do documents that are, strictly speaking, personal. Those who are ordered under s. 128(1) "to produce records and things" can claim only a limited expectation of privacy in respect of business records. Section 128(1) does not unreasonably infringe on this limited expectation of privacy. The *Hunter* criteria were not appropriate in the present context to determine the applicable standard of reasonableness.

### Cases Cited

By Sopinka and Iacobucci JJ.

**Applied:** *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; **distinguished:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; **considered:** *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; **referred to:** *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Re Robinson and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 489; *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *Bishop v. College of Physicians & Surgeons of British Columbia* (1985), 22 D.L.R. (4th) 185; *College of Physicians & Surgeons of British Columbia v. Bishop* (1989), 56 D.L.R. (4th) 164; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission*, [1961] S.C.R. 584; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60; *R. v. Jobin*, [1995] 2

mise en œuvre des lois en matière de valeurs mobilières, qui a des répercussions évidentes sur la prospérité matérielle de la nation, dépend de la volonté qu'ont les gens qui choisissent d'effectuer des opérations sur ce marché de respecter les normes de conduite établies. Les dispositions de la Loi sont des sanctions pragmatiques destinées à encourager ce respect. La Loi sert donc une fin sociale importante et l'utilité sociale d'une telle mesure législative justifie l'atteinte minimale dont peuvent être victimes les appelants. La demande de production de documents contenue dans les assignations est l'une des méthodes les moins envahissantes auxquelles on puisse recourir pour obtenir une preuve documentaire. De plus, les documents constitués dans le cadre d'une entreprise réglementée sont assortis d'un droit à la vie privée moindre que les documents qui sont strictement personnels. Les personnes qui se voient ordonner, en vertu du par. 128(1), de «produire des dossiers et des objets» ne peuvent faire valoir que des attentes restreintes en matière de vie privée relativement aux dossiers d'entreprise. Le paragraphe 128(1) n'empiète pas de façon abusive sur ces attentes limitées en matière de vie privée. Les critères formulés dans l'arrêt *Hunter* ne sont pas appropriés, dans le présent contexte, pour déterminer la norme du caractère raisonnable applicable.

### Jurisprudence

Citée par les juges Sopinka et Iacobucci

**Arrêt appliqué:** *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; **distinction d'avec l'arrêt:** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; **arrêts examinés:** *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; **arrêts mentionnés:** *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Re Robinson and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 489; *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202; *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *Bishop c. College of Physicians & Surgeons of British Columbia* (1985), 22 D.L.R. (4th) 185; *College of Physicians & Surgeons of British Columbia c. Bishop* (1989), 56 D.L.R. (4th) 164; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Gregory & Co. c. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *R. c. Pri-*



S.C.R. 78; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; *R. v. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293; *R. v. Famous Players*, [1932] O.R. 307; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *Ventouris v. Mountain*, [1991] 3 All E.R. 472; *R. v. Wurm* (1979), 24 A.R. 380; *Dubai Bank Ltd. v. Galadari*, [1989] 3 All E.R. 769.

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Director of Serious Fraud Office, Ex parte Smith*, [1993] A.C. 1; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Ellis-Don Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 840; *Roper v. Royal Victoria Hospital*, [1975] 2 S.C.R. 62; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *Ontario Securities Commission v. Biscotti* (1988), 40 B.L.R. 160; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5(2).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 13, 15(1).  
*Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, ss. 126(1) [rep. & sub. 1988, c. 58, s. 16], 127, 128(1), (3), 144(1) [am. *idem*, s. 21], (2).

#### Authors Cited

Reid, Alan D., and Alison Harvison Young. "Administrative Search and Seizure Under the Charter" (1985), 10 *Queen's L.J.* 392.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 331, 88 D.L.R. (4th) 381, [1992] 3 W.W.R. 165, dismissing the appellants' appeal from a judgment of Wood J. (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 286, 68 D.L.R. (4th) 347, allowing the respondent's application for an order that the appellants be committed for contempt for failure to attend in answer to sum-

meau, [1995] 2 R.C.S. 60; *R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; *R. c. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293; *R. c. Famous Players*, [1932] O.R. 307; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Ventouris c. Mountain*, [1991] 3 All E.R. 472; *R. c. Wurm* (1979), 24 A.R. 380; *Dubai Bank Ltd. c. Galadari*, [1989] 3 All E.R. 769.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Director of Serious Fraud Office, Ex parte Smith*, [1993] A.C. 1; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Ellis-Don Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 840; *Roper c. Royal Victoria Hospital*, [1975] 2 R.C.S. 62; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *Ontario Securities Commission c. Biscotti* (1988), 40 B.L.R. 160; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 9, 10, 13, 15(1).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5(2).  
*Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83, art. 126(1) [abr. & rempl. 1988, ch. 58, art. 16], 127, 128(1), (3), 144(1) [mod. *idem*, art. 21], (2).

#### Doctrine citée

Reid, Alan D., and Alison Harvison Young. «Administrative Search and Seizure Under the Charter» (1985), 10 *Queen's L.J.* 392.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 331, 88 D.L.R. (4th) 381, [1992] 3 W.W.R. 165, qui a rejeté l'appel des appelants contre un jugement du juge Wood (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 286, 68 D.L.R. (4th) 347, qui avait accueilli la demande de l'intimée visant à obtenir une ordonnance condamnant les appelants pour outrage pour avoir omis d'obtempérer à des assignations à comparaître délivrées en vertu de l'art. 128 de la *Securi-*

mons issued under s. 128 of the British Columbia *Securities Act*. Appeal dismissed.

*Alastair Rees-Thomas*, for the appellants.

*Mark L. Skwarok*, for the respondent.

*Michael R. Dambrot, Q.C.*, and *John S. Tyhurst*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Leah Price* and *Michel Hélie*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jacques Gauvin* and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Louise Walsh Poirier*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*Marva J. Smith*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*George H. Copley*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Graeme G. Mitchell*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Richard F. Taylor*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA AND IACOBUCCI JJ. — This appeal raises issues also dealt with in three other appeals heard at the same time: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60, and *R. v. Jobin*, [1995] 2 S.C.R. 78. In particular, it asks whether individuals who might subsequently be charged with a criminal or quasi-criminal offence can be compelled to give evidence and produce documents. However, unlike those other appeals, this appeal asks questions about compellability outside of the criminal justice system. In that respect, the importance of this context and consequential issues regarding search and seizure are the focus of this appeal. Before turning to the

*ties Act* de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté.

*Alastair Rees-Thomas*, pour les appelants.

*Mark L. Skwarok*, pour l'intimée.

*Michael R. Dambrot, c.r.*, et *John S. Tyhurst*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Leah Price* et *Michel Hélie*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jacques Gauvin* et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Louise Walsh Poirier*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Marva J. Smith*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*George H. Copley*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Graeme G. Mitchell*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Richard F. Taylor*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LES JUGES SOPINKA ET IACOBUCCI — La présente affaire soulève des questions également examinées dans trois autres pourvois entendus en même temps: *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60, et *R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si une personne susceptible d'être ultérieurement accusée d'avoir commis une infraction criminelle ou quasi criminelle peut être contrainte à témoigner et à produire des documents. Cependant, à la différence de ces autres pourvois, on s'interroge ici sur la contraignabilité d'une personne en dehors du système de justice criminelle. À cet égard, le présent pourvoi est axé sur l'import-

facts of this appeal, however, we wish to consider the Court's decision in *S. (R.J.)*.

In *S. (R.J.)*, a majority of this Court held that the principle against self-incrimination, one of the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, requires that persons compelled to testify be provided with subsequent "derivative use immunity" in addition to the "use immunity" guaranteed by s. 13 of the *Charter*. In addition, a majority of the members of the Court (albeit a different majority) were of the view that courts could, in certain circumstances, grant exemptions from compulsion to testify.

This appeal presents the opportunity to build on the consensus reflected in *S. (R.J.)*, and achieve greater clarity and guidance on the rules to be applied in this area. Specifically, we offer additional comments on derivative use immunity and the circumstances relating to exemptions from compulsion to testify.

With respect to derivative use immunity, it should be remembered that what was discussed by Iacobucci J. on the subject was intended to be comments of general application only and that further refinement will have to await development that can only take place through the consideration of cases as they arise.

At pages 565-66 of *S. (R.J.)*, Iacobucci J. discussed the burden of proof on the accused regarding derivative use immunity. He stated that the general *Charter* rule would operate, namely, the party claiming a *Charter* breach must establish it on a balance of probabilities. Iacobucci J. went on to state that as a practical matter the Crown will likely bear the burden of responding because it is the Crown which can be expected to know how evidence was, or would have been, obtained. This

tance de ce contexte et de questions qui s'ensuivent en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies. Avant de passer aux faits de la présente affaire, nous tenons, cependant, à examiner l'arrêt *S. (R.J.)* de notre Cour.

Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, notre Cour, à la majorité, a statué que le principe interdisant l'auto-incrimination, l'un des principes de justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, exige que les personnes contraintes à témoigner bénéficient d'une «immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée», qui vient s'ajouter à l'«immunité contre l'utilisation de la preuve» reconnue à l'art. 13 de la *Charte*. En outre, notre Cour à la majorité (quoique la composition de cette majorité fut différente) était d'avis que les tribunaux pouvaient, dans certaines circonstances, exempter une personne de l'obligation de témoigner.

Le présent pourvoi offre l'occasion de faire fond sur le consensus reflété dans l'arrêt *S. (R.J.)*, et de clarifier davantage les règles applicables en cette matière. Nous ferons, plus particulièrement, des commentaires additionnels sur l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée et les circonstances relatives à l'exemption de l'obligation de témoigner.

En ce qui concerne l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, il y a lieu de se rappeler que les commentaires du juge Iacobucci à ce sujet se voulaient d'application générale uniquement, et que toute précision additionnelle devra attendre la suite des événements qui ne pourra survenir que lors de l'examen de cas au fur et à mesure qu'ils se présenteront.

Aux pages 565 et 566 de l'arrêt *S. (R.J.)*, le juge Iacobucci a examiné le fardeau de la preuve imposé à l'accusé en matière d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Il a affirmé qu'il y aurait alors application de la règle générale de la *Charte* selon laquelle la partie qui allègue une violation de la *Charte* doit en prouver l'existence selon la prépondérance des probabilités. Le juge Iacobucci a ensuite affirmé qu'en pratique ce fardeau risquera d'être assumé par le ministère public

means that the accused has the evidentiary burden of showing a plausible connection between the compelled testimony and the evidence sought to be adduced. Once this is established, in order to have the evidence admitted, the Crown will have to satisfy the court on a balance of probabilities that the authorities would have discovered the impugned derivative evidence absent the compelled testimony. This is explained in more detail in the reasons of Iacobucci J. in *S. (R.J.)* (at p. 562). Finally, it goes without saying that in order to trigger the derivative use immunity, the former witness may only claim such protection in a subsequent proceeding where he or she is an accused subject to penal sanctions or in any proceeding which engages s. 7 of the *Charter*. We also refer to our further discussion on this matter below.

puisque l'on peut s'attendre à ce que ce soit lui qui sache comment les éléments de preuve ont été ou auraient pu être obtenus. Cela signifie que l'accusé a la charge de démontrer l'existence plausible d'un lien entre le témoignage forcé et les éléments de preuve que l'on cherche à présenter. Une fois cela établi, le ministère public devra, pour que ces éléments de preuve soient admis, convaincre le tribunal, selon la prépondérance des probabilités, que les autorités auraient, en l'absence du témoignage forcé, découvert la preuve dérivée que l'on conteste. Ce point est expliqué plus en détail dans les motifs du juge Iacobucci dans l'arrêt *S. (R.J.)* (à la p. 562). Enfin, il va sans dire que, pour que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée s'applique, le premier témoin ne peut revendiquer cette protection que dans des procédures ultérieures où il est un accusé passible de sanctions pénales ou dans toutes procédures qui déclenchent l'application de l'art. 7 de la *Charte*. Nous renvoyons également à l'analyse supplémentaire de cette question que nous faisons plus loin.

<sup>6</sup> Regarding exemptions from compulsion, Iacobucci J., writing for the majority on "derivative use immunity", recognized that a colourable attempt to compel the evidence of a witness could in certain circumstances be objectionable. In *S. (R.J.)* it was not necessary to determine conclusively when such exemptions were available and there was no agreement on the precise test to be applied. There was, however, sufficient consensus to form the basis for a more precise and acceptable test which can be applied to resolve this appeal and the companion appeals of *Primeau* and *Jobin*.

En ce qui concerne les exemptions de la contrainte à témoigner, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la majorité relativement à la question de l'«immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée», a reconnu qu'une tentative déguisée de contraindre une personne à témoigner pourrait, dans certaines circonstances, être répréhensible. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, il n'était pas nécessaire de déterminer de façon concluante dans quels cas ces exemptions pouvaient être invoquées et l'on ne s'est pas entendu sur le critère précis à appliquer. Cependant, il y avait un consensus suffisant pour constituer le fondement d'un critère plus précis et acceptable qui peut être appliqué pour résoudre le présent pourvoi et les pourvois connexes *Primeau* et *Jobin*.

<sup>7</sup> In view of the conclusions reached in *S. (R.J.)*, any test to determine compellability must take into account that if the witness is compelled, he or she will be entitled to claim effective subsequent derivative use immunity with respect to the compelled testimony or other appropriate protection. The common feature of the respective compellability tests proposed in the reasons in *S. (R.J.)* is that the

Vu les conclusions de l'arrêt *S. (R.J.)*, tout critère visant à déterminer la contraignabilité doit tenir compte du fait que, si la personne est contrainte à témoigner, elle pourra invoquer efficacement l'immunité contre l'utilisation subséquente de la preuve dérivée relativement à ce témoignage forcé, ou une autre garantie appropriée. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, les divers critères proposés en matière

crucial question is whether the predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the person compelled to testify or rather some legitimate public purpose. This test strikes the appropriate balance between the interests of the state in obtaining the evidence for a valid public purpose on the one hand, and the right to silence of the person compelled to testify on the other.

In applying this test, the Court must first determine the predominant purpose for which the evidence is sought. To qualify as a valid public purpose, compelled testimony in a criminal prosecution or prosecution under a provincial statute must be for the purpose of obtaining evidence in furtherance of that prosecution. In *S. (R.J.)*, Sopinka J. suggested some guidelines for determining whether this is the predominant purpose. In other proceedings, discerning the purpose is more complex. Where evidence is sought for the purpose of an inquiry, we must first look to the statute under which the inquiry is authorized. The fact that the purpose of inquiries under the statute may be for legitimate public purposes is not determinative. The terms of reference may reveal an inadmissible purpose notwithstanding that the statute did not so intend: see *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366. Indeed, even if the terms of reference authorize an inquiry for a legitimate purpose in some circumstances, the object of compelling a particular witness may still be for the purpose of obtaining incriminating evidence.

It would be rare indeed that the evidence sought cannot be shown to have some relevance other than to incriminate the witness. In a prosecution, such evidence would simply be irrelevant. There may, however, be inquiries of this type and it would be difficult to justify compellability in such a case. In the vast majority of cases, including this case, the evidence has other relevance. In such cases, if it is established that the predominant purpose is not to obtain the relevant evidence for the purpose of the instant proceeding, but rather to

de contraignabilité ont ceci de commun que la question cruciale y est de savoir si la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, ou si elle vise une autre fin publique légitime. Ce critère établit l'équilibre approprié, d'une part, entre l'intérêt qu'a l'État à obtenir des éléments de preuve pour une fin publique valide et, d'autre part, le droit de garder le silence que possède la personne contrainte à témoigner.

En appliquant ce critère, la Cour doit d'abord déterminer l'objet prédominant pour lequel le témoignage est demandé. Pour répondre à une fin publique valide, le témoignage forcé, au cours de poursuites criminelles ou de poursuites intentées en vertu d'une loi provinciale, doit viser à obtenir une preuve utile à ces poursuites. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, le juge Sopinka a proposé certaines lignes directrices applicables pour déterminer si c'est là l'objet prédominant. Dans d'autres poursuites, discerner l'objet visé s'avère plus complexe. Lorsque le témoignage est demandé aux fins d'une enquête, nous devons d'abord examiner la loi qui autorise la tenue de cette enquête. Le fait que les enquêtes tenues en vertu de la loi puissent viser des fins publiques légitimes n'est pas déterminant. Le mandat peut révéler un objet inacceptable, même si cela n'était pas voulu dans la loi: voir *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366. En fait, même si le mandat prévoit la tenue d'une enquête à une fin légitime dans certaines circonstances, la contrainte à témoigner exercée contre une personne donnée peut quand même viser à obtenir des éléments de preuve incriminants.

Il est vraiment rare qu'il soit impossible d'établir que le témoignage recherché est pertinent à d'autres fins que d'incriminer le témoin. Dans des poursuites, pareil témoignage ne serait tout simplement pas pertinent. Cependant, il peut y avoir des enquêtes de ce genre et il serait difficile de justifier la contraignabilité dans un tel cas. Dans la grande majorité des cas, y compris la présente affaire, le témoignage est pertinent à une autre fin. Dans de tels cas, s'il est établi que l'objet prédominant est non pas l'obtention d'éléments de preuve perti-

incriminate the witness, the party seeking to compel the witness must justify the potential prejudice to the right of the witness against self-incrimination. If it is shown that the only prejudice is the possible subsequent derivative use of the testimony then the compulsion to testify will occasion no prejudice for that witness. The witness will be protected against such use. Further, if the witness can show any other significant prejudice that may arise from the testimony such that his right to a fair trial will be jeopardized, then the witness should not be compellable.

nents aux fins des poursuites en cause, mais plutôt l'incrimination du témoin, la partie qui cherche à contraindre la personne à témoigner doit justifier le préjudice qui risque d'être causé au droit du témoin de ne pas s'incriminer. S'il est établi que le seul préjudice est la possibilité que les éléments de preuve dérivée, obtenus grâce au témoignage, soient utilisés ultérieurement, alors la contrainte à témoigner ne causera aucun préjudice au témoin en question. Celui-ci sera protégé contre une telle utilisation. De plus, le témoin qui peut établir que son témoignage risque de causer un autre préjudice important susceptible de compromettre son droit à un procès équitable ne devrait pas être contrain-

10 We recognize that the purpose of calling a particular witness will not be readily apparent and that such purpose must be inferred in many cases from the overall effect of the evidence proposed to be called. If the overall effect is that it is of slight importance to the proceeding in which it is compelled but of great importance in a subsequent proceeding against the witness in which the witness is incriminated, then an inference may be drawn as to the real purpose of the compelled evidence. If that relationship is reversed then no such inference may be drawn. As stated in *S. (R.J.)*, the issue of compellability may arise at the time when the witness is called to testify (the subpoena stage) and at a subsequent penal proceeding against the witness (the trial stage). By reason of the foregoing, the true purpose of the evidence will often not be apparent until the latter stage.

Nous reconnaissons que le but poursuivi en assignant une personne particulière à témoigner ne sera pas si évident et que, dans bien des cas, il doit s'inférer de l'effet global du témoignage que l'on se propose de recueillir. Si, de par son effet global, le témoignage a peu d'importance aux fins des poursuites au cours desquelles la personne est contrainte à témoigner, mais revêt une grande importance dans des procédures ultérieures engagées contre le témoin qui est alors incriminé, une déduction peut alors être faite quant à l'objet réel du témoignage forcé. Dans la situation inverse, on ne peut pas faire une telle déduction. Tel que mentionné dans l'arrêt *S. (R.J.)*, la question de la contraignabilité peut se présenter au moment où la personne est assignée à témoigner (l'étape de l'assignation) et au cours de poursuites pénales ultérieures intentées contre le témoin (l'étape du procès). Compte tenu de ce qui précède, l'objet véritable du témoignage ne deviendra souvent évident qu'à l'étape ultérieure.

11 As in the case of any breach of *Charter* rights, the burden of establishing a breach is on the party alleging it. In this context, the burden of proof with respect to the predominant purpose of the compelled testimony will be on the witness who asserts that it is not sought for a legitimate purpose. If this is established, the witness should not be compelled unless the party seeking to compel the witness justifies the compulsion as referred to above.

Comme dans le cas d'une violation de droits garantis par la *Charte*, c'est la partie qui allègue la violation qui a le fardeau d'en établir l'existence. Dans ce contexte, c'est le témoin qui soutient que le témoignage forcé ne vise pas une fin légitime qui doit faire la preuve de l'objet prédominant de ce témoignage forcé. S'il fait cette preuve, le témoin ne devrait pas être contraint, sauf si la partie qui veut le contraindre justifie cette contrainte, tel que mentionné plus haut.

In light of the foregoing elaboration of the principles enumerated in *S. (R.J.)* we now turn to the facts and issues raised in this appeal.

### I. Facts

Terra Nova Energy Inc. is a British Columbia company listed on the Vancouver Stock Exchange (the company is now called Sato Science International Inc., and it was formerly called Wesgold Resources Inc.). The appellants, Bruce Douglas Branch and Pal Arthur Levitt, were directors of Terra Nova from the time of its incorporation until December 1988.

In July 1987, Terra Nova published its annual financial statements. Included was a report from its auditors which disclosed that the auditors were unable to express an opinion as to whether the financial statements were fairly presented in accordance with generally accepted accounting principles. References were made to serious deficiencies in the control, documentation, and approval procedures of Terra Nova. Questionable expenditures exceeded \$1.3 million. Ten days after the appearance of the statements, the Vancouver Stock Exchange halted trading in Terra Nova's shares, and soon after suspended trading pending clarification of the obvious concern.

On October 23, 1987, the respondent British Columbia Securities Commission made an order under s. 144(2) of the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, requiring Branch and Levitt, along with other former officers of Terra Nova, to cease trading in Terra Nova's securities for 15 days (on November 3, 1987, the Commission ordered that the cease-trading order persist until the conclusion of a hearing held pursuant to s. 144(1) of the Act). Four days later, acting under s. 126(1) of the Act, the

Compte tenu des principes énumérés dans l'arrêt *S. (R.J.)* que nous venons d'exposer, nous allons maintenant examiner les faits du présent pourvoi et les questions qui y sont soulevées.

### I. Les faits

Terra Nova Energy Inc. est une société de la Colombie-Britannique, cotée à la Bourse de Vancouver (auparavant connue sous le nom de Wesgold Resources Inc., cette société s'appelle maintenant Sato Science International Inc.). Les appelants, Bruce Douglas Branch et Pal Arthur Levitt, ont été administrateurs de Terra Nova depuis sa constitution en société jusqu'en décembre 1988.

En juillet 1987, Terra Nova a publié ses états financiers annuels. Ceux-ci étaient accompagnés d'un rapport dans lequel les vérificateurs indiquaient ne pas être en mesure d'affirmer que ces états financiers étaient régulièrement présentés conformément aux principes comptables généralement acceptés. On mentionnait de sérieuses lacunes dans les procédures de contrôle, de documentation et d'approbation de Terra Nova. Des dépenses discutables de plus de 1,3 million de dollars étaient relevées. Dix jours après la publication de ces états financiers, la Bourse de Vancouver a arrêté les opérations sur les actions de Terra Nova et les a peu après interrompues en attendant la clarification de cette situation inquiétante.

Le 23 octobre 1987, l'intimée, la British Columbia Securities Commission, a rendu, en vertu du par. 144(2) de la *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83, une ordonnance enjoignant à Branch et à Levitt, ainsi qu'à d'autres anciens dirigeants de Terra Nova, de cesser toute opération sur les valeurs mobilières de Terra Nova pendant 15 jours (le 3 novembre 1987, la Commission a ordonné le maintien de l'ordonnance d'interdiction d'opération jusqu'à la fin d'une audience tenue conformément au par. 144(1) de la Loi). Quatre jours plus tard, la Commission a, conformément au par.

12

13

14

15

Commission appointed three individuals to conduct an investigation.

126(1) de la Loi, nommé trois personnes pour faire enquête.

16 On June 27, 1988, summonses were served on Branch and Levitt compelling their attendance for examination. The summonses also required production of all information and records in the possession of Branch and Levitt relating directly or indirectly to Terra Nova and other named companies. The statutory authority for these orders can be found in s. 128(1) of the Act.

Le 27 juin 1988, Branch et Levitt se sont vu signifier des assignations à comparaître pour subir un interrogatoire. Les assignations leur enjoignaient également de produire tous les renseignements et dossiers qui étaient en leur possession et qui concernaient directement ou indirectement Terra Nova et d'autres sociétés nommées. C'est le par. 128(1) de la Loi qui confère le pouvoir de rendre ces ordonnances.

17 On June 30, 1988, Branch and Levitt attended at the Commission with their counsel, Mr. Hamilton. Hamilton stated on their behalf that the investigation appeared to be preliminary to possible criminal or *quasi*-criminal charges, and he indicated that Branch and Levitt would rely upon their right to remain silent. Hamilton indicated that Branch and Levitt would not submit to an investigation without further particulars or disclosure. On July 13, 1988, the Commission informed Branch and Levitt that such requests would not be honoured.

Le 30 juin 1988, Branch et Levitt se sont rendus devant la Commission en compagnie de leur avocat, M<sup>e</sup> Hamilton. Ce dernier a affirmé, en leur nom, que l'enquête semblait être le prélude d'éventuelles accusations criminelles ou quasi criminelles, et il a indiqué que Branch et Levitt allaient se prévaloir de leur droit de garder le silence. Hamilton a indiqué que Branch et Levitt ne se soumettraient pas à une enquête sans disposer d'autres détails ou renseignements. Le 13 juillet 1988, la Commission a informé Branch et Levitt qu'elle ne ferait pas droit à ces demandes.

18 On July 14 and 15, 1988, respectively, Branch and Levitt were served with fresh summonses. On August 5, 1988, the Commission petitioned the Supreme Court of British Columbia for an order committing Branch and Levitt in contempt. In response, Branch and Levitt asked for a declaration to the effect that s. 128(1) of the *Securities Act* violates ss. 7, 8, 9 and 15(1) of the *Charter*.

Les 14 et 15 juillet 1988 respectivement, de nouvelles assignations ont été signifiées à Branch et à Levitt. Le 5 août 1988, la Commission a, par voie de requête, demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre une ordonnance condamnant Branch et Levitt pour outrage. Branch et Levitt ont réagi en demandant un jugement déclarant que le par. 128(1) de la *Securities Act* violait les art. 7, 8 et 9 et le par. 15(1) de la *Charte*.

19 The application for a declaration was dismissed: (1990), 68 D.L.R. (4th) 347, 43 B.C.L.R. (2d) 286. Wood J. ordered Branch and Levitt to comply with the summonses, or, in default, to show cause or be held in contempt. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed: (1992), 88 D.L.R. (4th) 381, 63 B.C.L.R. (2d) 331, [1992] 3 W.W.R. 165. This Court granted leave to appeal: [1992] 2 S.C.R. v.

La demande de jugement déclaratoire a été rejetée: (1990), 68 D.L.R. (4th) 347, 43 B.C.L.R. (2d) 286. Le juge Wood a ordonné à Branch et à Levitt de se conformer aux assignations ou, à défaut, d'exposer les raisons de leur refus, sinon ils seraient déclarés coupables d'outrage. Un appel interjeté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté: (1992), 88 D.L.R. (4th) 381, 63 B.C.L.R. (2d) 331, [1992] 3 W.W.R. 165. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi: [1992] 2 R.C.S. v.



## II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

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

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.

### *Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83*

126. (1) The commission may, by order, appoint a person to make an investigation the commission considers expedient

- (a) for the administration of this Act,
- (b) to assist in the administration of the securities laws of another jurisdiction,
- (c) in respect of matters relating to trading in securities in the Province, or
- (d) in respect of matters in the Province relating to trading in securities in another jurisdiction.

127. (1) An investigator appointed under section 126 or 131 may, with respect to the person who is the subject of the investigation, investigate, inquire into and examine

- (a) the affairs of that person,
- (b) any records, negotiations, investigations, loans, borrowings and payments to, by, on behalf of, in relation to or connected with that person,
- (c) any property, assets or things owned, acquired or disposed of in whole or in part by that person or by a person acting on behalf of or as agent for that person,
- (d) the assets at any time held by, the liabilities, debts, undertakings and obligations at any time existing and the financial or other conditions at

## II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

### *Charte canadienne des droits et libertés*

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

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

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.

### *Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83*

[TRADUCTION] 126. (1) La Commission peut, par ordonnance, nommer une personne pour faire l'enquête qu'elle juge opportune

- a) pour appliquer dûment la présente loi,
- b) pour aider à appliquer les lois sur les valeurs mobilières d'un autre ressort,
- c) sur des questions relatives à des opérations sur valeurs mobilières dans la province, ou
- d) sur des questions relatives à des opérations sur valeurs mobilières dans un autre ressort.

127. (1) Un enquêteur nommé en vertu des articles 126 ou 131 peut, relativement à la personne qui fait l'objet de l'enquête, examiner

- a) les affaires de cette personne,
- b) les dossiers, les négociations, les enquêtes, les prêts, les emprunts et les paiements qui ont un rapport direct ou indirect avec cette personne ou ont été effectués par celle-ci ou en son nom,
- c) les biens, éléments d'actif ou objets qui appartiennent, en totalité ou en partie, à cette personne ou à une personne agissant en son nom ou à titre de mandataire de celle-ci, ou qui ont été acquis ou aliénés, en totalité ou en partie, par celles-ci,
- d) l'actif que cette personne a pu détenir à un moment quelconque, les dettes, les engagements et les obligations qu'elle a pu avoir, la situation

any time prevailing in respect of that person, and

(e) the relationship that may at any time exist or have existed between that person and any other person by reason of

(i) investments made,

(ii) commissions promised, secured or paid,

(iii) interests held or acquired,

(iv) the lending or borrowing of money, securities or other property,

(v) the transfer, negotiation or holding of securities,

(vi) interlocking directorates,

(vii) common control,

(viii) undue influence or control, or

(ix) any other relationship.

(2) An investigator may, for purposes of subsection (1),

(a) enter in or on the land or premises of a person at any reasonable time without a warrant for the purpose of carrying out an inspection or examination,

(b) require the production of any records, property, assets or things for inspection or examination, and

(c) on giving a receipt, remove any records or property inspected or examined under paragraph (b) for the purpose of making copies or extracts of the records or property.

(3) Any copying or making of extracts under subsection (2) shall be completed as soon as possible and the records or property shall be promptly returned to the person who produced or finished them.

(4) No investigator shall enter any room or place actually being used as a residence without the consent of the occupant, except under the authority of a warrant issued under the *Offence Act*.

(5) No person shall withhold, destroy, conceal or refuse to give or produce any information, record, property, asset or thing reasonably required for an investigation, inquiry or examination under this section.

financière ou les autres situations dans lesquelles elle a pu se trouver, et

e) les rapports qui peuvent ou qui ont pu à quelque moment exister entre cette personne et toute autre personne à cause:

(i) d'investissements,

(ii) de commissions promises, garanties ou payées,

(iii) d'intérêts détenus ou acquis,

(iv) de prêts ou d'emprunts d'argent, de valeurs mobilières ou d'autres biens,

(v) du transfert, de la négociation ou de la détention de valeurs mobilières,

(vi) de conseils d'administration interdépendants,

(vii) d'un contrôle commun,

(viii) d'un abus d'influence ou de contrôle, ou

(ix) de tout autre rapport.

(2) Pour les fins du paragraphe (1), un enquêteur peut:

a) entrer sans mandat sur le bien-fonds ou dans les lieux appartenant à une personne, à toute heure raisonnable, pour y effectuer une inspection ou un examen,

b) exiger la production de dossiers, de biens, d'éléments d'actif ou d'objets pour fins d'inspection ou d'examen, et

c) en donnant un reçu, enlever tout dossier ou bien inspecté ou examiné en vertu de l'alinéa b) pour en faire des copies ou en tirer des extraits.

(3) Il faut dès que possible procéder à la réalisation des copies ou des extraits visés au paragraphe (2) et les dossiers ou biens doivent être retournés promptement à la personne qui les a produits ou fournis.

(4) Il est interdit à un enquêteur d'entrer dans une pièce ou un endroit servant de résidence sans avoir obtenu le consentement de l'occupant, sauf en exécution d'un mandat décerné en vertu de l'*Offence Act*.

(5) Il est interdit à quiconque de retenir, de détruire, de dissimuler ou de refuser de fournir ou de produire des renseignements, dossiers, biens, éléments d'actif ou objets qui sont raisonnablement nécessaires à une enquête ou à un examen en vertu du présent article.

128. (1) An investigator appointed under section 126 or 131 has the same power

- (a) to summon and enforce the attendance of witnesses,
- (b) to compel witnesses to give evidence on oath or in any other manner, and
- (c) to compel witnesses to produce records and things

as the Supreme Court has for the trial of civil actions, and the failure or refusal of a witness

- (d) to attend,
- (e) to take an oath,
- (f) to answer questions, or
- (g) to produce the records and things in his custody or possession

makes the witness, on application to the Supreme Court, liable to be committed for contempt as if in breach of an order or judgment of the Supreme Court.

(3) A witness giving evidence at an investigation conducted under section 126 or 131 may be represented by counsel.

### III. Judgments

*Supreme Court of British Columbia* (1990), 68 D.L.R. (4th) 347

Wood J. noted that Branch and Levitt claimed a right against self-incrimination and a right to remain silent under s. 7 of the *Charter* "at the investigative stage of any true penal consequence proceeding" (p. 355). He quickly made two points in respect of these claims. First, he said, it is wrong to suppose that s. 7 protects rights in the abstract; there must first be a deprivation of life, liberty, or security of the person. Second, he said that the applicants wrongly confused or equated the right to remain silent and the privilege against self-incrimination.

128. (1) Un enquêteur nommé en vertu des articles 126 ou 131 est investi du même pouvoir

- a) d'assigner des témoins et de les obliger à comparaître,
- b) d'obliger des personnes à témoigner sous serment ou autrement, et
- c) d'obliger des témoins à produire des dossiers et des objets

que celui qui est conféré à la Cour suprême en matière d'actions civiles, et toute personne qui omet ou refuse

- d) de comparaître,
- e) de prêter serment,
- f) de répondre à des questions, ou
- g) de produire les dossiers et objets dont elle a la garde ou la possession

peut, sur requête à la Cour suprême, être condamnée pour outrage au même titre que si elle avait omis de se conformer à une ordonnance ou à un jugement de cette cour.

(3) Une personne qui témoigne à une enquête tenue en vertu des articles 126 ou 131 peut être représentée par un avocat.

### III. Les juridictions inférieures

*Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1990), 68 D.L.R. (4th) 347

Le juge Wood a fait remarquer que Branch et Levitt avaient invoqué un droit de ne pas s'incriminer ainsi qu'un droit de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, [TRADUCTION] «à l'étape de l'enquête relative à toute procédure entraînant de véritables conséquences pénales» (p. 355). Il s'est empressé de faire deux remarques au sujet de ces revendications. Premièrement, il a dit qu'il est erroné de supposer que l'art. 7 protège des droits dans l'abstrait; il doit d'abord y avoir atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Deuxièmement, il a affirmé que les requérants avaient par erreur assimilé le droit de garder le silence au privilège de ne pas s'incriminer.

21

Wood J. apparently did not accept that a Commission investigation leads to “true penal consequences”, in so far as the investigators are only empowered to report. Following *Re Robinson and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 489 (B.C.S.C.), Wood J. held that the investigation could not result in a deprivation of life, liberty, or security of the person. For two reasons, however, Wood J. proceeded to assume that s. 7 was engaged: (1) because of the risk of imprisonment if the summonses were ignored; and (2) because the testimony of the applicants could generate derivative evidence which could later be used against them. However, he expressed “grave doubts” about whether s. 7 was actually engaged on the facts before him.

22

Wood J. proceeded to deal with the argument that a compulsion to testify violates a constitutionalized privilege against self-incrimination, and he followed *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202 (B.C.S.C.), in that regard. Wood J. stated that he was bound by *Re Transpacific*, and he rejected the privilege-against-self-incrimination argument.

23

On the question whether the applicants could claim a right to silence, Wood J. accepted such a right could exist in s. 7 of the *Charter* as a principle of fundamental justice (his decision being rendered before *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151). To define its scope, he considered the pre-*Charter* context, reviewed case law, and then concluded in these terms (at p. 367):

Apart from the judgment of Munroe J. in *Re Wilson Inquest*, which was overruled on appeal, I have not been able to find any Canadian case where the right of a suspect to remain silent in the face of a statutory compulsion to testify under oath, has been recognized.

Furthermore ... both federal and provincial statute books are replete with laws which provide inquiry pow-

Le juge Wood n'a apparemment pas accepté qu'une enquête de la Commission entraîne «de véritables conséquences pénales», dans la mesure où les enquêteurs ne sont habilités qu'à faire rapport. Se fondant sur la décision *Re Robinson and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 489 (C.S.C.-B.), le juge Wood a conclu que l'enquête ne pouvait donner lieu à une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité d'une personne. Cependant, il a supposé, pour deux raisons, que l'art. 7 s'appliquait: (1) en raison du risque d'emprisonnement auquel on était exposé si on ne se conformait pas aux assignations, et (2) parce que le témoignage des requérants était susceptible de générer des éléments de preuve dérivée qui pourraient être utilisés contre eux par la suite. Cependant, il a exprimé de [TRADUCTION] «sérieux doutes» quant à savoir si l'art. 7 s'appliquait d'après les faits qui lui avaient été soumis.

Le juge Wood a ensuite examiné l'argument selon lequel la contrainte à témoigner va à l'encontre d'un privilège constitutionnalisé de ne pas s'incriminer et il a suivi, à cet égard, la décision *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202 (C.S.C.-B.). Le juge Wood a affirmé qu'il était lié par cette décision et il a rejeté l'argument du privilège de ne pas s'incriminer.

Quant à la question de savoir si les requérants pouvaient invoquer un droit de garder le silence, le juge Wood a reconnu qu'un tel droit pouvait exister, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, en tant que principe de justice fondamentale (sa décision étant antérieure à l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151). Pour définir la portée de ce droit, il a examiné le contexte antérieur à l'adoption de la *Charte* ainsi que la jurisprudence et il a ensuite tiré la conclusion suivante (à la p. 367):

[TRADUCTION] À l'exception de la décision du juge Munroe dans *Re Wilson Inquest*, renversée en appel, je n'ai pu trouver aucune décision canadienne dans laquelle on a reconnu le droit d'un suspect de garder le silence lorsqu'une loi le contraint à témoigner sous serment.

Par ailleurs, [...] les recueils de lois fédérales et provinciales sont remplis de textes qui confèrent des pou-

ers similar to those found in s. 128(1) of the *Securities Act* . . . [which suggests] that Canadian law has not heretofore recognized, as a principle of fundamental justice, the right of such persons to stand silent in the face of a statutory compulsion to speak.

Wood J. then turned to the post-*Charter* context. He cited *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.), in which Macfarlane J.A. stated (at pp. 748-49):

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.

Wood J. characterized this passage as correctly reflecting the limit of the post-*Charter* right to remain silent. He stated (at p. 369), "it cannot be said that the statutory compulsion to testify found in s. 128(1) of the Act comes even close to meeting" the *Haywood Securities* test. Accordingly, Wood J. rejected the claims in respect of a right to silence.

Finally, Wood J. considered whether s. 128(1)(c) of the *Securities Act* authorizes an unreasonable search or seizure contrary to s. 8 of the *Charter*. He considered himself bound by British Columbia authority to find that s. 128(1)(c) authorizes a "seizure": *Bishop v. College of Physicians & Surgeons of British Columbia* (1985), 22 D.L.R. (4th) 185 (B.C.S.C.), and *College of Physicians & Surgeons of British Columbia v. Bishop* (1989), 56 D.L.R. (4th) 164 (B.C.S.C.). Turning to the ques-

voirs d'enquête semblables à ceux que l'on trouve au par. 128(1) de la *Securities Act* [. . .] [ce qui laisse entendre] que l'on n'a pas encore reconnu comme principe de justice fondamentale, en droit canadien, le droit de ces personnes de garder le silence lorsque la loi les contraint à témoigner.

Le juge Wood a ensuite examiné le contexte postérieur à l'adoption de la *Charte*. Il a cité l'arrêt *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.), dans lequel le juge Macfarlane affirme (aux pp. 748 et 749):

[TRADUCTION] Je suis d'accord pour dire 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 fait 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.

Le juge Wood était d'avis que ce passage reflétait fidèlement la limite du droit de garder le silence depuis l'adoption de la *Charte*. Il a affirmé (à la p. 369) qu'[TRADUCTION] «on ne saurait même pas affirmer que la contrainte à témoigner imposée par le par. 128(1) de la Loi vient près de respecter» le critère de l'arrêt *Haywood Securities*. En conséquence, le juge Wood a rejeté les revendications relatives à un droit de garder le silence.

Enfin, le juge Wood a examiné si l'al. 128(1)(c) de la *Securities Act* autorise une fouille, perquisition ou saisie abusive contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. Il s'est estimé tenu, en vertu de la jurisprudence de la Colombie-Britannique, de conclure que cet alinéa autorise une «saisie»: *Bishop c. College of Physicians & Surgeons of British Columbia* (1985), 22 D.L.R. (4th) 185 (C.S.C.-B.), et *College of Physicians & Surgeons of British Columbia c. Bishop* (1989), 56 D.L.R. (4th) 164 (C.S.C.-B.). En

tion of the seizure's reasonableness, Wood J. followed the same authority and scrutinized the statute. First, he stated at p. 371 that the purpose of the *Securities Act* is "to protect the general public from being defrauded as a result of the dishonest activities of those who trade in securities", and he further suggested that this purpose is "regulatory and administrative, not criminal or quasi-criminal". Second, he stated that the targets of seizure were records and things which would provide "highly relevant" or even "crucial" evidence. Third, he discussed the character of the premises where the seizure might occur, and noted that "[t]here is no intrusion into the homes, offices or privacy of those who are the subject of an order" (p. 372). Finally, in terms of the legitimate expectations of the public and the individuals involved, he stated (at p. 372):

... the public has a legitimate expectation that the commission will discharge the regulatory duties entrusted to it, by effectively investigating those activities from which the trading public require protection, and by exercising its regulatory powers so as to ensure that the purpose of the legislation, namely, the protection of the public, is achieved.

On the other hand, the individual who is the object of such an investigation has from the outset known that he or she is participating in a highly regulated and controlled activity, namely, trading in securities. To apply to be licensed, which is a prerequisite to such participation, is to accept the expectation of constant and vigilant supervision. . . .

For these reasons, Wood J. concluded that the seizure authorized by s. 128(1)(c) of the *Securities Act* is not "unreasonable" within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

Wood J. summarily disposed of other arguments based on ss. 7, 9 and 10 of the *Charter*. He ordered Branch and Levitt to attend the investigation and to answer questions put to them. Alternatively, he held that they would be required to show cause "why they should not be committed to jail, or

ce qui concerne la question du caractère raisonnable de la saisie, le juge Wood a suivi ces mêmes décisions et a examiné minutieusement la loi en cause. Premièrement, il a affirmé, à la p. 371, que l'objet de la *Securities Act* est de [TRADUCTION] «protéger le grand public contre la fraude résultant d'activités malhonnêtes de personnes qui font des opérations sur valeurs mobilières», laissant de plus entendre que cet objet est [TRADUCTION] «de nature réglementaire et administrative, et non criminelle ou quasi criminelle». Deuxièmement, il a mentionné que les articles que l'on cherchait à saisir étaient des dossiers et des objets qui constitueraient des éléments de preuve [TRADUCTION] «fort pertinents», voire «cruciaux». Troisièmement, il a examiné la nature des lieux où la saisie pourrait avoir lieu, et a précisé que [TRADUCTION] «[i]l n'y a pas d'intrusion dans la demeure ou les bureaux de ceux qui font l'objet de l'ordonnance, ni d'atteinte à leur vie privée» (p. 372). Enfin, en ce qui concerne les attentes légitimes du public et des particuliers en cause, il dit (à la p. 372):

[TRADUCTION] . . . le public peut légitimement s'attendre à ce que la commission s'acquitte des fonctions réglementaires qui lui sont confiées, en enquêtant efficacement sur les activités contre lesquelles le public qui effectue des opérations doit être protégé, et en exerçant ses pouvoirs réglementaires de façon à assurer la réalisation de l'objet de la Loi, soit la protection du public.

Par contre, le particulier qui fait l'objet d'une telle enquête savait au départ qu'il participait à une activité fort réglementée et contrôlée, à savoir les opérations sur valeurs mobilières. Demander le permis nécessaire à une telle participation revient à accepter de s'attendre à faire l'objet d'une surveillance constante et vigilante . . .

Pour ces motifs, le juge Wood a conclu que la saisie autorisée par l'al. 128(1)(c) de la *Securities Act* n'est pas «abusive» au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Le juge Wood a sommairement tranché les autres arguments fondés sur les art. 7, 9 et 10 de la *Charte*. Il a enjoint à Branch et Levitt de comparaître à l'enquête et de répondre aux questions qui leur seraient posées. Subsidiairement, il a conclu qu'ils auraient à exposer les raisons [TRADUCTION] «pour lesquelles ils ne devraient pas être con-

finéd, or both, for their contempt in wilfully disobeying the order of this court" (p. 374).

*British Columbia Court of Appeal* (1992), 88 D.L.R. (4th) 381

Southin J.A., for the court, stated that she "could find no error" in the reasons of Wood J. The only real question on appeal, she indicated, was whether the intervening decision of this Court in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, cast doubt upon his judgment. As regards s. 7 of the *Charter*, Southin J.A. adopted the approach of L'Heureux-Dubé J. in *Thomson Newspapers*, and so she effectively affirmed Wood J. on this point. With respect to s. 8 of the *Charter*, Southin J.A. suggested that Sopinka J.'s reasons in *Thomson Newspapers* were "compelling", such an order under s. 128(1)(c) might not constitute a seizure at all. But she held that Wood J. was correct to state that he was bound to find a seizure, and she concluded that if, in fact, a seizure was authorized, it was, "as both Mr. Justice La Forest and Madam Justice L'Heureux-Dubé held [in *Thomson Newspapers*], reasonable" (p. 384).

Southin J.A. dismissed the appeal.

#### IV. Issues

The following constitutional questions were stated on February 25, 1993:

1. [Does] s. 128(1) of the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, infringe[] ss. 7 or 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

damnés à l'emprisonnement ou à une peine d'amende, ou aux deux à la fois, pour l'outrage qu'ils avaient commis en désobéissant volontairement à l'ordonnance de notre cour» (p. 374).

*Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1992), 88 D.L.R. (4th) 381

Le juge Southin a précisé, au nom de la cour, qu'elle ne [TRADUCTION] «pouvait trouver aucune erreur» dans les motifs du juge Wood. À son avis, la seule véritable question en appel est de savoir si l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, rendu entre-temps par notre Cour, jette un doute sur la décision du juge Wood. En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, le juge Southin a adopté le point de vue du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, et a donc confirmé les propos du juge Wood sur ce point. En ce qui concerne l'art. 8 de la *Charte*, le juge Southin a laissé entendre que les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Thomson Newspapers* étaient [TRADUCTION] «fort convaincants», de sorte qu'une ordonnance fondée sur l'al. 128(1)c) pourrait ne pas constituer du tout une saisie. Toutefois, elle a conclu que le juge Wood avait raison de se dire tenu de conclure qu'il y avait eu saisie, et elle a décidé que si, en fait, une saisie était autorisée, elle était [TRADUCTION] «raisonnable, comme les juges La Forest et L'Heureux-Dubé l'ont affirmé [dans l'arrêt *Thomson Newspapers*]» (p. 384).

Le juge Southin a rejeté l'appel.

#### IV. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 25 février 1993:

1. Le paragraphe 128(1) de la *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83, porte-t-il atteinte aux art. 7 ou 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

## V. Analysis

### 1. Section 7 of the Charter

This case is unlike *S. (R.J.)* in two respects. First, it is outside the criminal realm, and is within a regulatory regime. Secondly, since Bruce Branch and Pal Arthur Levitt are directors of Terra Nova, it must be discerned whether corporate officers may raise *Charter* violations.

The s. 7 *Charter* challenge against s. 128(1) of the *Securities Act* involves two issues:

- (a) testimonial compulsion; and
- (b) documentary compulsion.

#### (a) Testimonial Compulsion

In light of the four sets of reasons of this Court in *S. (R.J.)*, *supra*, the trial judge erred as to when the liberty interest is engaged. The liberty interest is engaged at the point of testimonial compulsion. Once it is engaged, the investigation then becomes whether or not there has been a deprivation of this interest in accordance with the principles of fundamental justice.

The portion of s. 128(1) of the *Securities Act* which is relevant to testimonial compulsion reads as follows:

**128. (1)** An investigator appointed under section 126 or 131 has the same power

- (b) to compel witnesses to give evidence on oath or in any other manner. . . .

We must determine the predominant purpose of such an inquiry at which a witness is compelled to attend. In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, Iacobucci J., writing for the Court referred to the regulatory nature of the *Securities Act* (at p. 589):

It is important to note from the outset that the [*Securities Act*] is regulatory in nature. In fact, it is part of a

## V. Analyse

### 1. L'article 7 de la Charte

La présente affaire diffère, à deux égards, du pourvoi *S. (R.J.)*. Premièrement, elle ne relève pas du domaine criminel et se situe à l'intérieur d'un régime de réglementation. Deuxièmement, puisque Bruce Branch et Pal Arthur Levitt sont des administrateurs de Terra Nova, il faut déterminer si les dirigeants d'une société sont habilités à soulever des violations de la *Charte*.

La contestation du par. 128(1) de la *Securities Act*, fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, soulève deux questions:

- a) la contrainte à témoigner et
- b) la contrainte à produire des documents.

#### a) La contrainte à témoigner

Compte tenu des quatre ensembles de motifs dans l'arrêt de notre Cour *S. (R.J.)*, précité, le juge du procès a commis une erreur quant au moment où le droit à la liberté s'applique. Ce droit s'applique au moment où est exercée la contrainte à témoigner. Dès qu'il s'applique, il s'agit alors de déterminer s'il y a eu privation de ce droit qui soit conforme aux principes de justice fondamentale.

Voici la partie du par. 128(1) de la *Securities Act* qui est pertinente en matière de contrainte à témoigner:

[TRADUCTION] **128. (1)** Un enquêteur nommé en vertu des articles 126 ou 131 est investi du même pouvoir

- b) d'obliger des personnes à témoigner sous serment ou autrement. . . .

Il nous faut déterminer l'objet prédominant d'une telle enquête à laquelle un témoin est forcé de comparaître. Dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, le juge Iacobucci parle, au nom de notre Cour, de la nature réglementaire de la *Securities Act* (à la p. 589):

Il importe tout d'abord de faire remarquer que la [*Securities Act*] est une loi de nature réglementaire. En



much larger framework which regulates the securities industry throughout Canada. Its primary goal is the protection of the investor but other goals include capital market efficiency and ensuring public confidence in the system: David L. Johnston, *Canadian Securities Regulation* (1977), at p. 1. [Emphasis added.]

The goal of protecting our economy is a goal of paramount importance. In *Pezim*, the preeminence of securities regulation in our economic system was emphasized (at pp. 593 and 595):

This protective role, common to all securities commissions, gives a special character to such bodies which must be recognized when assessing the way in which their functions are carried out under their Acts.

The breadth of the [British Columbia Securities] Commission's expertise and specialisation is reflected in the provisions of the [*Securities Act*]. Section 4 of the Act identifies the Commission as being responsible for the administration of the Act. The Commission also has broad powers with respect to investigations, audits, hearings and orders.

In reading these powerful provisions, it is clear that it was the legislature's intention to give the Commission a very broad discretion to determine what is in the public's interest. . . .

It must also be noted that the definitions in the [*Securities Act*] exist in a factual or regulatory context. They are part of the larger regulatory framework discussed above. They are not to be analyzed in isolation but rather in their regulatory context.

Clearly, this purpose of the Act justifies inquiries of limited scope. The Act aims to protect the public from unscrupulous trading practices which may result in investors being defrauded. It is designed to ensure that the public may rely on honest traders of good repute able to carry out their business in a manner that does not harm the market or society generally. An inquiry of this kind legitimately compels testimony as the Act is con-

fait, elle s'inscrit dans le cadre d'un régime de réglementation beaucoup plus vaste de l'industrie des valeurs mobilières au Canada. Elle vise avant tout à protéger l'investisseur, mais aussi à assurer le rendement du marché des capitaux et la confiance du public dans le système: David L. Johnston, *Canadian Securities Regulation* (1977), à la p. 1. [Nous soulignons.]

La protection de notre économie constitue un objectif de première importance. Dans l'arrêt *Pezim*, on souligne la prééminence de la réglementation des valeurs mobilières dans notre système économique (aux pp. 593 et 595):

Ce rôle protecteur, qui est commun à toutes les commissions des valeurs mobilières, donne à ces organismes un caractère particulier qui doit être reconnu lorsqu'on examine la manière dont leurs fonctions sont exercées aux termes des lois qui leur sont applicables.

La [*Securities Act*] fait bien ressortir l'étendue de l'expertise et de la spécialisation de la [British Columbia Securities Commission]. Son article 4 précise que la Commission est responsable de son application. La Commission possède également de vastes pouvoirs en matière d'enquêtes, de vérifications, d'audiences et d'ordonnances.

En lisant ces dispositions éloquentes, on se rend compte que la législature avait l'intention de conférer à la Commission un très vaste pouvoir discrétionnaire dans la détermination de ce qui constitue l'intérêt public. . . .

On doit aussi se rappeler que les définitions dans la [*Securities Act*] sont présentées dans un contexte de nature factuelle ou réglementaire. Elles font partie de l'ensemble du régime de réglementation qui a déjà été examiné. Elles ne doivent pas être analysées séparément, mais plutôt dans leur contexte de réglementation.

De toute évidence, cet objet de la Loi justifie la tenue d'enquêtes d'une portée restreinte. La Loi vise à protéger le public contre les pratiques commerciales malhonnêtes susceptibles de frauder les investisseurs. Elle vise à assurer que le public puisse se fier à des négociateurs honnêtes de bonne réputation qui sont en mesure d'exploiter leur entreprise d'une façon non préjudiciable au marché ou à l'ensemble de la société. Une enquête de ce

cerned with the furtherance of a goal which is of substantial public importance, namely, obtaining evidence to regulate the securities industry. Often such inquiries result in proceedings which are essentially of a civil nature. The inquiry is of the type permitted by our law as it serves an obvious social utility. Hence, the predominant purpose of the inquiry is to obtain the relevant evidence for the purpose of the instant proceedings, and not to incriminate Branch and Levitt. More specifically, there is nothing in the record at this stage to suggest that the purpose of the summonses in this case is to obtain incriminating evidence against Branch and Levitt. Both orders of the Commission and the summonses are in furtherance of the predominant purpose of the inquiry to which we refer above. The proposed testimony thus falls to be governed by the general rule applicable under the *Charter*, pursuant to which a witness is compelled to testify, yet receives evidentiary immunity in return: *S. (R.J.), supra*.

genre contraint légitimement une personne à témoigner puisque la Loi vise la réalisation d'un objectif d'une grande importance pour le public, à savoir, recueillir des témoignages pour réglementer le secteur des valeurs mobilières. Pareilles enquêtes aboutissent souvent à des procédures de nature essentiellement civile. L'enquête est du genre autorisé par notre droit puisqu'elle a une utilité sociale évidente. L'enquête a ainsi pour objet prédominant de recueillir le témoignage pertinent aux fins des présentes procédures et non dans le but d'incriminer Branch et Levitt. Plus précisément, il n'y a rien, à ce stade, dans le dossier qui porte à croire que les assignations en l'espèce ont pour objet d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre Branch et Levitt. Les ordonnances de la Commission et les assignations visent la réalisation de l'objet prédominant de l'enquête mentionné plus haut. En conséquence, le témoignage proposé se trouve régi par la règle générale applicable en vertu de la *Charte*, selon laquelle un témoin est contraint à témoigner et bénéficie en retour d'une immunité relative à la preuve: *S. (R.J.), précité*.

36

An issue may arise in subsequent proceedings as to who can claim the benefit of derivative use immunity, the individuals or the corporation or both. While this issue might be left to be determined when it arises in such proceedings, in view of the fact that the test for compellability is premised on the availability of subsequent derivative use immunity on the basis of the "but for" concept, we believe it should be addressed.

Dans des procédures ultérieures, il peut se poser une question quant à savoir qui peut réclamer l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée: les particuliers, la personne morale, ou les deux à la fois. Même si on pourrait attendre de trancher cette question seulement lorsqu'elle se présentera dans de telles procédures, nous croyons qu'il y a lieu de l'aborder compte tenu du fait que le critère de contraignabilité repose sur la possibilité de bénéficier de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée en fonction du concept du «n'eût été».

37

Clearly, the individuals Branch and Levitt are entitled to claim the protection of subsequent derivative use. This is a protection that is afforded to witnesses notwithstanding that the source of their evidence may derive from corporate activity. See *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21. On the other hand, the protection depends on the applicability of s. 7 of the *Charter*. This Court has held that s. 7 does not apply to a corporation. See *Thomson Newspapers, supra*. It should be remembered that it will be up to the judge hearing

De toute évidence, Branch et Levitt ont le droit, en leur qualité personnelle, de réclamer l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Il s'agit là d'une protection accordée aux témoins même s'il se peut que leur témoignage tire sa source des activités d'une personne morale. Voir *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21. Par contre, la protection dépend de l'applicabilité de l'art. 7 de la *Charte*. Notre Cour a conclu que l'art. 7 ne s'applique pas à une personne morale. Voir *Thomson Newspapers, précité*. Il y a lieu de se rappeler qu'il appartiendra

the matter to decide the specific application of subsequent derivative use immunity having regard to all the circumstances.

(b) Documentary Compulsion

This appeal raises the possibility of documentary compulsion, which entails jeopardy in so far as it engages the appellants' liberty interest. Specifically, the likelihood of a self-incriminatory result is what is to be avoided. There are two main issues:

- (i) the identity of the person facing the prospect of self-incrimination; and
- (ii) most significantly, the nature of the compulsion, that is, whether the documents contain a compelled answer merely reduced to writing, or exist separately and apart from the compelled person.

(i) *Identity of the Person Facing the Prospect of Self-Incrimination*

The right against self-incrimination is a personal right that serves to protect an individual's liberty interest. Is a corporation or its officer(s) eligible for *Charter* protection against self-incriminatory effects? We do not believe that a right against self-incrimination can be applied to artificial entities in any meaningful way. It is the self-conscriptive effect of compulsion which the *Charter* guards against. This is a flesh and bone protection which cannot be easily extended to corporations. The following passage of Sopinka J. in *Amway, supra*, is pertinent (at p. 40):

Applying a purposive interpretation to s. 11(c), I am of the opinion that it was intended to protect the individual against 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. Although disagreement exists as to the basis of the principle against self-incrimination, in my view, this factor plays a dominant role.

In the United States it was this factor which was largely responsible for denying Fifth Amendment protection to corporations. The American situation is

au juge qui entend l'affaire de décider de l'application précise de l'immunité contre l'utilisation sub-séquente de la preuve dérivée eu égard aux circonstances.

b) La contrainte à produire des documents

Le présent pourvoi soulève la possibilité de contraindre à produire des documents, qui comporte un danger dans la mesure où elle met en cause le droit à la liberté des appelants. Ce qu'il faut plus précisément éviter est la probabilité d'un résultat auto-incriminant. Deux questions principales sont soulevées:

- (i) l'identité de la personne exposée au risque d'auto-incrimination et,
- (ii) qui plus est, la nature de la contrainte, à savoir si les documents contiennent une réponse forcée simplement par écrit, ou si elle existe séparément de la personne contrainte à s'exécuter.

(i) *Identité de la personne exposée au risque d'auto-incrimination*

Le droit de ne pas s'incriminer est un droit personnel qui sert à protéger le droit à la liberté d'un particulier. Une personne morale ou ses dirigeants ont-ils droit à la protection de la *Charte* contre des effets auto-incriminants? Nous ne croyons pas qu'un droit de ne pas s'incriminer puisse s'appliquer utilement à des entités morales. C'est contre l'effet auto-incriminant de la contrainte que la *Charte* protège. C'est une protection physique qui ne peut pas aisément être étendue aux personnes morales. Les propos que tient le juge Sopinka dans l'arrêt *Amway*, précité, à la p. 40, sont pertinents:

Appliquant à l'al. 11c) une interprétation fondée sur l'objet visé, je suis d'avis que cette disposition vise à protéger l'individu contre toute 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. Bien qu'il y ait mésentente quant au fondement du principe interdisant l'auto-incrimination, j'estime que ce facteur joue un rôle dominant.

Aux États-Unis, c'est ce facteur qui explique en grande partie le refus d'appliquer la protection du Cinquième amendement aux sociétés. La situation améri-

38

39

summed up in the following statement from Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, at p. 459:

Apart from this substantial obstacle, it appears that the most sensible way of resolving issues about the application of *Charter* provisions to corporations is to interpret them purposively. Even on this basis, section 13 should not be held to extend to corporations through the expedient of considering certain corporate officers to be the corporation for the purpose of testifying. This is because the principle that an accused should never be conscripted by his opponent to defeat him does not extend to corporations in a meaningful way. As stated in *Wigmore on Evidence* in recounting the American position which holds the privilege against self-incrimination to be inapplicable to corporations, "(t)his sentiment . . . is almost entirely confined to flesh-and-bone individuals." Why? Because it has to do with the intrinsic value of human beings and the necessity of according them a meaningful right to privacy until the real prospect of their guilt is raised so that they will truly be free. "(A) corporation, unlike an individual, cannot suffer the indignities prohibited by the amendment's protection of the accused's person and thoughts". [Emphasis added.]

caine est résumée dans le passage suivant de Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, à la p. 459:

[TRADUCTION] Sous réserve de cet obstacle de taille, il appert que la façon la plus logique de régler les litiges que soulève l'application des dispositions de la *Charte* aux sociétés est de les interpréter en fonction de leur objet. Même si l'on procède ainsi, on ne devrait pas conclure que l'article 13 s'applique aux sociétés en considérant que certains de leurs dirigeants sont la société aux fins de témoigner. Et ce, parce que le principe qu'un accusé ne devrait jamais être conscrit contre lui-même par son adversaire pour le vaincre ne s'étend pas aux sociétés d'une manière significative. Comme on l'affirme dans *Wigmore on Evidence* en rappelant la position américaine selon laquelle le privilège de ne pas s'incriminer ne s'applique pas aux sociétés «(c)e sentiment [. . .] est presque entièrement réservé aux personnes physiques.» Pourquoi? Parce qu'il se rapporte à la valeur intrinsèque des êtres humains et à la nécessité de leur accorder un droit significatif à la vie privée jusqu'à ce que soit soulevée la perspective réelle de leur culpabilité afin qu'ils soient véritablement libres. «(U)ne société, contrairement à un individu, ne peut subir les affronts qui sont interdits par la protection qu'offre l'amendement à la personne de l'accusé et à ses pensées». [Nous soulignons.]

40 It is now well settled that a corporation cannot avail itself of the protection afforded by s. 7 of the *Charter*. In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court stated that the word "Everyone" in s. 7 excludes corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of person, and includes only human beings. However, as was stated above in our analysis of testimonial compulsion, Branch and Levitt, as representatives of the corporation may receive the benefit of immunity protection in so far as they are personally implicated by their own evidence. Hence, the issue turns to the nature of the compulsion.

#### (ii) *Nature of the Compulsion*

41 As a preliminary matter, the issue in respect of these documents is whether their production can be

Il est maintenant bien établi qu'une société ne peut se prévaloir de la protection offerte par l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour affirme que le terme «Chacun», à l'art. 7, exclut les sociétés et toute autre entité morale qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et ne comprend que les êtres humains. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné dans notre analyse de la contrainte à témoigner, Branch et Levitt, en tant que représentants de la société en cause, peuvent bénéficier d'une immunité dans la mesure où ils sont personnellement compromis par leur propre témoignage. En conséquence, tout dépend de la nature de la contrainte.

#### (ii) *Nature de la contrainte*

À titre préliminaire, la question qui se pose relativement à ces documents est celle de savoir si leur

compelled in the investigative proceeding being conducted by the Commission and not their subsequent use. In *S. (R.J.)* the Court decided that with respect to oral testimony a witness who is subpoenaed to testify is entitled to raise compellability at the subpoena stage and, if compelled, to raise the matter again in subsequent proceedings against the witness in which the previous testimony may be used. In addition, if the subsequent proceeding is not stayed, the witness can object to any use of his or her previous testimony on the basis of the "but for" test. The "but for" test in *S. (R.J.)* does not apply to the subpoena stage. The "but for" test assumes that the witness has been compelled to testify and seeks to offer protection against self-incrimination by restricting the scope of subsequent use. The inquiry in issue in this appeal is not a subsequent proceeding necessitating resort to the "but for" test.

At the stage of compellability, therefore, like the oral testimony, the documents are compellable subject to a possible claim against their subsequent use under the "but for" test. That test is not applicable to determining their compellability. Moreover, the documents are not sought in a proceeding against the witness. Put another way, the "but for" test is a variant of the use immunity which is provided in s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. It takes over where that section leaves off providing greater use immunity. The circumstances under which they are applied, however, are the same. The witness must provide the evidence and rely on a prohibition with respect to its subsequent use for protection. To use the "but for" test when it is sought to introduce the document in the first instance would be analogous to using s. 5(2) to exclude a document in the same circumstances. In fact its purpose is the opposite.

production peut être forcée lors de l'enquête menée par la Commission, et non pas celle de leur utilisation subséquente. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, la Cour a décidé qu'en matière de témoignage oral la personne assignée à témoigner a le droit de soulever la question de la contraignabilité à l'étape de l'assignation et, si elle est contrainte de témoigner, à la soulever de nouveau lors de procédures ultérieures engagées contre elle, au cours desquelles le témoignage antérieur peut être utilisé. De plus, si les procédures ultérieures ne sont pas arrêtées, le témoin peut s'opposer à toute utilisation de son témoignage antérieur en se fondant sur le critère du «n'eût été». Le critère du «n'eût été», dont il est question dans l'arrêt *S. (R.J.)*, ne s'applique pas à l'étape de l'assignation. Ce critère tient pour acquis que le témoin a été contraint de témoigner et cherche à protéger contre l'auto-incrimination en restreignant la portée de l'utilisation subséquente de ce témoignage. L'enquête ici en cause n'est pas une procédure subséquente qui exige de recourir au critère du «n'eût été».

Donc lorsqu'il y a contraignabilité, la production des documents, à l'instar du témoignage oral, peut être forcée sous réserve d'un recours possible contre leur utilisation ultérieure en vertu du critère du «n'eût été». Ce critère ne saurait s'appliquer pour déterminer si on peut en forcer la production. De plus, on ne cherche pas à obtenir la production de documents dans des procédures engagées contre le témoin. En d'autres termes, le critère du «n'eût été» constitue une variante de l'immunité contre l'utilisation des éléments de preuve prévue au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Ce critère prend la relève là où ce paragraphe cesse de fournir une immunité contre l'utilisation plus grande de la preuve. Cependant, les circonstances dans lesquelles ils s'appliquent sont les mêmes. La personne doit témoigner et s'en remettre, pour sa protection, à une interdiction d'utilisation ultérieure de ce témoignage. Se servir du critère du «n'eût été» lorsque l'on cherche à produire un document au départ reviendrait à se servir du par. 5(2) pour écarter un document dans les mêmes circonstances. En fait, son objet est l'inverse.

Accordingly, so far as *S. (R.J.)* bears on this issue, the documents are properly compellable unless they are excluded on the basis of the principles mentioned above. The rationale both at common law and under s. 7 of the *Charter* for these principles is that in certain circumstances compellability would impinge on the right to silence. This right, however, attaches to communications that are brought into existence by the exercise of compulsion by the state and not to documents that contain communications made before such compulsion and independently thereof. The participation of the compelled witness in the process of production is a relevant consideration, in so far as the state may lack alternate means of acquiring of the information. This is a distinction that is well recognized in our law and is applied generally in the rules of privilege. For example, a solicitor-client privilege cannot be claimed for all documents that have passed between solicitor and client for the purpose of obtaining legal advice unless the documents were brought into existence for this purpose. If a document is not privileged when the party to litigation receives it, merely depositing a copy of the document with a party's solicitor or making a copy of that document by the solicitor for litigious purposes would not make it privileged: *Ventouris v. Mountain*, [1991] 3 All E.R. 472 (C.A.); *R. v. Wurm* (1979), 24 A.R. 380 (Alta. S.C.T.D.); and *Dubai Bank Ltd. v. Galadari*, [1989] 3 All E.R. 769 (C.A.).

In *Thomson Newspapers*, *supra*, Sopinka J. illustrated this distinction between communications brought into existence by the exercise of state compulsion, versus documents that contain communications made before and independently of such compulsion, by reference to the law relating to the execution of search warrants. At page 608, Sopinka J. stated:

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

En conséquence, dans la mesure où l'arrêt *S. (R.J.)* se rapporte à la présente question, on peut contraindre régulièrement la production des documents, sauf s'ils sont écartés en application des principes susmentionnés. La raison d'être de ces principes, tant en common law qu'en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, est que, dans certains cas, la contraignabilité empiéterait sur le droit de garder le silence. Cependant, ce droit se rattache aux communications faites par suite de la contrainte exercée par l'État, mais non aux documents qui renferment des communications faites avant cette contrainte et de façon indépendante de celle-ci. La participation du témoin forcé à la production est un facteur pertinent dans la mesure où il se peut que l'État n'ait pas d'autres moyens d'obtenir les renseignements. Il s'agit là d'une distinction bien reconnue dans notre droit et qui s'applique généralement dans les règles en matière de privilège. Par exemple, le secret professionnel de l'avocat ne saurait être invoqué pour tous les documents qui sont passés entre les mains de l'avocat et du client aux fins d'obtenir des conseils juridiques, sauf si ces documents ont été créés à cette fin. Si un document n'est pas privilégié lorsque la partie au litige le reçoit, le simple fait d'en déposer une copie auprès de l'avocat d'une partie ou que l'avocat en fasse une copie aux fins du litige ne le rendrait pas privilégié: *Ventouris c. Mountain*, [1991] 3 All E.R. 472 (C.A.), *R. c. Wurm* (1979), 24 A.R. 380 (C.S. 1<sup>re</sup> inst. Alb.), et *Dubai Bank Ltd. c. Galadari*, [1989] 3 All E.R. 769 (C.A.).

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, le juge Sopinka illustre, en fonction du droit applicable à l'exécution de mandats de perquisition, cette distinction entre les communications faites par suite de contrainte exercée par l'État et les documents qui renferment des communications faites avant cette contrainte et de façon indépendante de celle-ci. Le juge Sopinka affirme, à la p. 608:

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

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.)

We know of no instance in which it was suggested that the common law right to silence which protected communications by a suspect to the police extended to documents of a suspect.

This distinction is one that was made by Lamer J. (as he then was), in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, in relation to the admissibility of evidence obtained in a manner that violated the *Charter* under s. 24(2). That is a distinction which we have continued to make.

In some cases, the production of documents from the possession of a person may have communicative aspects. Possession of a document may permit an inference of knowledge of the contents of the document. See *R. v. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293 (Ont. S.C.). Furthermore, if the party in possession has recognized, adopted or acted on the document an admission of acceptance of its contents as true may be inferred. See *R. v. Famous Players*, [1932] O.R. 307 (S.C.).

This aspect of the matter is, however, not of concern at the compellability stage. If the person subpoenaed is compelled to testify, then all communications including those arising from the production of documents will be compelled. If not compelled, the communications arising from production of documents would also not be compelled. The communicative aspects of the production of documents may, however, be of significance at the derivative evidence stage at which the witness seeks to exclude all evidence which would not have been obtained but for the compelled testimony. We are not, however, at that stage in this case and it would not be useful to try to elaborate on this aspect of the matter until it arises. We also leave for future consideration the relevance of the regulatory context in determining

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.)

Nous ne connaissons aucun cas où on a laissé entendre que le droit de garder silence, reconnu en common law, qui protégeait les communications d'un suspect à la police, visait aussi les documents d'un suspect.

Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a fait cette distinction dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, relativement à l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus d'une façon qui contrevenait à la *Charte* en vertu du par. 24(2). C'est une distinction que nous avons continué de faire.

Dans certains cas, la production de documents dont une personne a la possession peut comporter des aspects de communication. On peut déduire que la personne qui est en possession d'un document en connaît le contenu. Voir *R. c. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293 (C.S. Ont.). De plus, si la partie qui en a la possession a reconnu ou accepté le document, ou encore agi sur la foi de celui-ci, on peut déduire qu'elle reconnaît l'exactitude de son contenu. Voir *R. c. Famous Players*, [1932] O.R. 307 (C.S.).

Cependant, cet aspect ne présente aucun intérêt à l'étape de la contraignabilité. Si la personne assignée est contrainte à témoigner, alors elle sera contrainte relativement à toutes les communications, y compris celles liées à la production de documents. Si elle ne l'est pas, elle ne sera pas non plus contrainte à l'égard des communications liées à la production de documents. Les aspects de communication que comporte la production de documents peuvent, cependant, être importants à l'étape de l'examen de la preuve dérivée, au cours de laquelle le témoin cherche à faire écarter tous les éléments de preuve qui n'auraient pas été obtenus n'eût été le témoignage forcé. Cependant, nous n'en sommes pas encore à cette étape en l'espèce et il ne serait pas utile de tenter de s'étendre davantage sur cet aspect de la question avant qu'il ne soit

45

46

47

48

the scope of s. 7 protection against self-incrimination in a case where the documents do not pre-exist the statutory compulsion to produce, but rather have been created by statutory compulsion.

## 2. Section 8 of the Charter

To reiterate, the issue raised by this portion of the appeal is whether s. 128(1) of the *Securities Act* infringes s. 8 of the *Charter*. The foundation for a s. 8 analysis was laid by Dickson J. (as he then was) in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. As Dickson J. stated, at pp. 159-60, one of the clear purposes of the *Charter* is the protection of the individual's reasonable expectation of privacy:

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.]

Dickson J. set forth several criteria which had to be met in order that a search be reasonable. These criteria were summarized by Wilson J. at p. 499 of *Thomson Newspapers*:

- (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

soulevé. Nous remettons également à plus tard l'examen de la pertinence du contexte réglementaire pour déterminer la portée de la garantie de l'art. 7 contre l'auto-incrimination dans un cas où les documents n'existent pas avant la contrainte légale à les produire, mais sont plutôt le fruit de cette contrainte.

## 2. L'article 8 de la Charte

De nouveau, nous précisons que la question soulevée dans cette partie du pourvoi est de savoir si le par. 128(1) de la *Securities Act* porte atteinte à l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a jeté les bases d'une analyse fondée sur l'art. 8. Comme il l'affirme aux pp. 159 et 160, l'un des objectifs clairs de la *Charte* est la protection des attentes raisonnables que le particulier a en matière de vie privée:

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.]

Le juge Dickson énonce plusieurs critères qu'il faut respecter pour qu'une perquisition soit raisonnable et non abusive. Le juge Wilson les résume, à la p. 499 de l'arrêt *Thomson Newspapers*:

- 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 rai-



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.

It is important to note, however, that these criteria were articulated in the context of an appeal concerning the validity of a section which was, in essence, criminal or *quasi*-criminal. It is clear that the context within which the alleged violation takes place must be considered, for it is the context which determines the expectation of privacy that is legitimately expected. The following comments of Wilson J. in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 645, are instructive:

Since individuals have different expectations of privacy in different contexts and with regard to different kinds of information and documents, it follows that the standard of review of what is "reasonable" in a given context must be flexible if it is to be realistic and meaningful.

Therefore, it is clear that the standard of reasonableness which prevails in the case of a search and seizure made in the course of enforcement in the criminal context will not usually be the appropriate standard for a determination made in an administrative or regulatory context: *per* La Forest J. in *Thomson Newspapers*. The greater the departure from the realm of criminal law, the more flexible will be the approach to the standard of reasonableness. The application of a less strenuous approach to regulatory or administrative searches and seizures is consistent with a purposive approach to the elaboration of s. 8: *Thomson Newspapers*.

While the expectation of privacy with respect to criminal matters seems certain, the standard of reasonableness to be applied in the regulatory and administrative realm is less well defined. Wilson J. found in *McKinlay Transport*, at pp. 645-46, that the point was aptly made by A. D. Reid and A. H. Young in "Administrative Search and Seizure

sonnables 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.

Cependant, il importe de signaler que ces critères ont été formulés dans le contexte d'un pourvoi concernant la validité d'une disposition essentiellement de nature criminelle ou quasi criminelle. Il est clair qu'il faut examiner le contexte dans lequel aurait eu lieu la violation reprochée, car c'est lui qui détermine les attentes légitimes en matière de vie privée. Les commentaires suivants que le juge Wilson fait, dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, à la p. 645, sont intéressants:

Puisque les attentes des gens en matière de protection de leur vie privée varient selon les circonstances et les différents genres de renseignements et de documents exigés, il s'ensuit que la norme d'examen de ce qui est «raisonnable» dans un contexte donné doit être souple si on veut qu'elle soit réaliste et ait du sens.

En conséquence, il est clair que la norme du caractère raisonnable applicable dans le cas des fouilles, perquisitions et saisies effectuées dans le cadre de la mise en application du droit criminel ne sera généralement pas appropriée pour déterminer le caractère raisonnable dans un contexte administratif ou réglementaire: le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers*. Plus l'on s'éloignera du domaine du droit criminel, plus la façon d'aborder la norme du caractère raisonnable sera souple. Le recours à une façon moins rigide d'aborder les fouilles, perquisitions et saisies dans le contexte administratif ou réglementaire est conforme à une interprétation fondée sur l'objet de l'art. 8: *Thomson Newspapers*.

Bien que les attentes en matière de vie privée dans le cas d'affaires criminelles semblent certaines, la norme du caractère raisonnable à appliquer dans le contexte administratif ou réglementaire est moins bien définie. Dans l'arrêt *McKinlay Transport*, le juge Wilson conclut, aux pp. 645 et 646, que A. D. Reid et A. H. Young ont bien

51

52

53

Under the Charter" (1985), 10 *Queen's L.J.* 392, at pp. 398-99:

There are facets of state authority, generically associated with search or seizure, that are so intertwined with the regulated activity as to raise virtually no expectation of privacy whatsoever. . . . Other activities are regulated so routinely that there is virtually no expectation of privacy from state intrusion. Annual filing requirements for banks, corporations, trust companies, loan companies, and the like are inextricably associated with carrying on business under state licence.

There are other situations in which government intrusion cannot be as confidently predicted, yet the range of discretion extended to state officials is so wide as to create in the regulatee an expectation that he may be inspected or requested to provide information at some point in the future. This may arise in the form of an inspection carried out either on a "spot check" basis, or on the strength of suspected non-compliance. The search may be in the form of a request for information that is not prescribed as an annual filing requirement, but is required to be produced on a demand basis. For the most part, there is no requirement that these powers be exercised on belief or suspicion of non-compliance. Rather, they are based on the common sense assumption that the threat of unannounced inspection may be the most effective way to induce compliance. They are based on a view that inspection may be the only means of detecting non-compliance, and that its detection serves an important public purpose.

54 Thus, it is incumbent that an examination of the nature of the securities context be undertaken. As mentioned above, the primary goal of securities legislation is the protection of the investor, but other goals include capital market efficiency and ensuring public confidence in the system. In *Pezim, supra*, the Court noted that the British Columbia *Securities Act* is regulatory in nature and stated at p. 589 that it forms part of a much larger

exposé ce point de vue dans leur article intitulé «Administrative Search and Seizure Under the Charter» (1985), 10 *Queen's L.J.* 392, aux pp. 398 et 399:

[TRADUCTION] Il y a des aspects de l'autorité de l'État, communément associée aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies, qui sont si étroitement liés à l'activité réglementée que ceux qui en font l'objet ne s'attendent pratiquement pas au respect de leur vie privée. [...] D'autres activités sont réglementées de façon si courante qu'on ne s'attend pratiquement pas à ce qu'elles soient protégées contre l'immixtion de l'État. L'obligation faite aux banques, aux sociétés, aux compagnies de fiducie et aux compagnies de prêt et autres organismes semblables de produire des déclarations annuelles fait inextricablement partie de l'exploitation de l'entreprise en vertu d'un permis de l'État.

Il existe d'autres situations où il n'est pas possible de prédire avec autant d'assurance l'immixtion de l'État et pourtant le pouvoir discrétionnaire accordé aux fonctionnaires est si étendu que ceux qui sont visés par un règlement s'attendent à faire l'objet d'une inspection ou à ce qu'on leur demande de fournir des renseignements à un moment donné. Il peut s'agir d'une inspection qui prend la forme d'un contrôle ponctuel ou qui a lieu parce qu'on soupçonne l'existence d'une violation. La fouille ou perquisition peut revêtir la forme d'une demande de renseignements qui n'ont pas à être fournis annuellement mais qui doivent être produits sur demande. Dans la plupart des cas, rien n'exige que ces pouvoirs soient exercés sur la foi d'une croyance ou d'un soupçon qu'il y a eu violation. Ils se fondent plutôt sur l'hypothèse logique que la menace d'une inspection imprévue peut constituer l'incitation la plus efficace au respect de la loi. Ces pouvoirs se fondent sur l'opinion que l'inspection peut être le seul moyen de découvrir les violations et que cette découverte répond à un objectif public important.

Ainsi, il faut procéder à un examen de la nature du contexte des valeurs mobilières. Comme nous l'avons déjà mentionné, la législation sur les valeurs mobilières vise avant tout à protéger l'investisseur, mais aussi, notamment, à assurer le rendement du marché des capitaux et la confiance du public dans le système. Dans l'arrêt *Pezim*, précité, notre Cour souligne, à la p. 589, que la *Securities Act* de la Colombie-Britannique est une loi de

framework which regulates the securities industry throughout Canada:

Within this large framework of securities regulation, there are various government administrative agencies which are responsible for the securities legislation within their respective jurisdictions. The [British Columbia Securities] Commission is one such agency. Also within this large framework are self-regulatory organizations which possess the power to admit and discipline members and issuers. The [Vancouver Stock Exchange] falls under this head. Having regard to this rather elaborate framework, it is not surprising that securities regulation is a highly specialized activity which requires specific knowledge and expertise in what have become complex and essential capital and financial markets.

With this in mind, the obvious question becomes what degree of privacy can those subject to investigation under the British Columbia *Securities Act* reasonably expect in respect of activities and matters with which such investigations may be concerned. The relevant provisions of the Act are reproduced below for ease of analysis.

**128.** (1) An investigator appointed under section 126 or 131 has the same power

- (a) to summon and enforce the attendance of witnesses,
- (b) to compel witnesses to give evidence on oath or in any other manner, and
- (c) to compel witnesses to produce records and things

as the Supreme Court has for the trial of civil actions, and the failure or refusal of a witness

- (d) to attend,
- (e) to take an oath,
- (f) to answer questions, or
- (g) to produce the records and things in his custody or possession

makes the witness, on application to the Supreme Court, liable to be committed for contempt as if in breach of an order or judgment of the Supreme Court.

nature réglementaire et qu'elle s'inscrit dans un régime beaucoup plus général de réglementation du secteur des valeurs mobilières au Canada:

À l'intérieur de ce grand régime de réglementation des valeurs mobilières, il existe divers organismes gouvernementaux responsables de l'application des lois sur les valeurs mobilières dans leur ressort respectif. C'est la fonction de la [British Columbia Securities] Commission. Il y a également des organismes autonomes qui possèdent le pouvoir d'inscrire des membres et des émetteurs et d'assurer la discipline. C'est le rôle de la [Bourse de Vancouver]. Compte tenu de cette toile de fond plutôt compliquée, il n'est pas étonnant que la réglementation des valeurs mobilières soit une activité fort spécialisée qui exige des connaissances et une expertise particulières du domaine complexe et essentiel des marchés financiers.

Ceci dit, la question évidente est de savoir quel est le degré de vie privée auquel les personnes qui font l'objet d'une enquête en vertu de la *Securities Act* de la Colombie-Britannique peuvent raisonnablement s'attendre relativement aux activités et aux questions sur lesquelles peuvent porter ces enquêtes. Pour faciliter l'analyse, nous reproduisons ci-après les dispositions pertinentes de la Loi:

[TRADUCTION] **128.** (1) Un enquêteur nommé en vertu des articles 126 ou 131 est investi du même pouvoir

- a) d'assigner des témoins et de les obliger à comparaître,
- b) d'obliger des personnes à témoigner sous serment ou autrement, et
- c) d'obliger des témoins à produire des dossiers et des objets

que celui qui est conféré à la Cour suprême en matière d'actions civiles, et toute personne qui omet ou refuse

- d) de comparaître,
- e) de prêter serment,
- f) de répondre à des questions, ou
- g) de produire les dossiers et objets dont elle a la garde ou la possession

peut, sur requête à la Cour suprême, être condamnée pour outrage au même titre que si elle avait omis de se conformer à une ordonnance ou à un jugement de cette cour.

56 It is clear that in numerous instances a regulatory regime will be needed in order to act as a check on an individual's self-interest. There are surely times when one's own motivations and objective are not of benefit to society on a wider scale. As we have already mentioned, the primary goal of securities regulation is the protection of the investing public. The importance of this goal, as against the reasonable expectation of privacy of securities traders, is what we are considering here. At this intersection, the words of our colleague, La Forest J., in *Thomson Newspapers, supra*, at pp. 506-7, ring particularly true:

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 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.

57 There are areas of business, for example, that are subject to regulation as a matter of course. Persons who carry on the business of trading in securities realize that the industry is heavily regulated and for good reason. It is a crucial part of our economy that is at stake. In *Pezim, supra*, at pp. 592-93, this Court relied on the following position articulated by Fauteux J. in *Gregory & Co. v. Que-*

Il est évident que dans de nombreux cas, un régime de réglementation sera nécessaire pour réprimer les intérêts des particuliers. Il arrive sûrement que la motivation et l'objectif de quelqu'un ne bénéficient pas à l'ensemble de la société. Comme nous l'avons déjà mentionné, la réglementation des valeurs mobilières vise avant tout la protection du public investisseur. Ce qui nous intéresse en l'espèce c'est l'importance de cet objectif par rapport aux attentes raisonnables que les négociateurs de valeurs mobilières ont en matière de vie privée. À ce stade, les propos que notre collègue le juge La Forest tient, aux pp. 506 et 507 de l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, sonnent particulièrement juste:

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 industrielle moderne, on reconnaît généralement que de nombreuses activités auxquelles peuvent se livrer des particuliers doivent malgré tout être plus 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. 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.

Par exemple, il y a des secteurs d'activités qui sont bien entendu réglementés. Les personnes qui effectuent des opérations sur valeurs mobilières comprennent que ce secteur est fortement réglementé, et ce, pour de bonnes raisons. C'est un secteur crucial de notre économie qui est en jeu. Aux pages 592 et 593 de l'arrêt *Pezim*, précité, notre Cour se fonde sur le point de vue formulé par le

*bec Securities Commission*, [1961] S.C.R. 584, at p. 588:

The paramount object of the Act is to ensure that persons who, in the province, carry on the business of trading in securities or acting as investment counsel, shall be honest and of good repute and, in this way, to protect the public, in the province or elsewhere, from being defrauded as a result of certain activities initiated in the province by persons therein carrying on such a business.

In our opinion, persons involved in the business of trading securities do not have a high expectation of privacy with respect to regulatory needs that have been generally expressed in securities legislation. It is widely known and accepted that the industry is well regulated. Similarly, it is well known why the industry is so regulated. The appellants in this case were well aware of the dictates of the *Securities Act*. Once again, we rely on the words of La Forest J. at p. 507 of *Thomson Newspapers*:

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".

Hence, the *Securities Act* is essentially a scheme of economic regulation which is designed to discourage detrimental forms of commercial behaviour. The provisions provided by the legislature are pragmatic sanctions designed to induce compli-

je Fautoux dans l'arrêt *Gregory & Co. c. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584, à la p. 588:

[TRADUCTION] L'objet prépondérant de la loi est d'assurer que les personnes qui, dans la province, exercent le commerce des valeurs mobilières ou qui agissent comme conseillers en placement, sont honnêtes et de bonne réputation et, ainsi, de protéger le public, dans la province ou ailleurs, contre toute fraude consécutive à certaines activités amorcées dans la province par des personnes qui y exercent ce commerce.

À notre avis, les personnes qui effectuent des opérations sur valeurs mobilières n'ont pas des attentes élevées en matière de vie privée relativement au besoin de réglementation généralement exprimé dans les lois sur les valeurs mobilières. Il est généralement reconnu que ce secteur est bien réglementé. De même, on sait bien pourquoi il est ainsi réglementé. Les appelants en l'espèce sont bien au courant des préceptes de la *Securities Act*. De nouveau, nous nous fondons sur les propos tenus par le juge La Forest, à la p. 507 de l'arrêt *Thomson Newspapers*:

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 conséquence, la *Securities Act* est essentiellement un régime de réglementation économique destiné à décourager les formes préjudiciables de comportement commercial. Les dispositions adoptées par la legislature sont des sanctions pragma-

ance with the Act. After all, the Act is really aimed at regulating certain facets of the economy and business. This has obvious implications for the nation's material prosperity: *Thomson Newspapers*. As such, the effective implementation of securities legislation depends on the willingness of those who choose to engage in the securities trade to comply with the defined standards of conduct. In this respect, we fully agree with Wilson J.'s comments that "[a]t some point the individual's interest in privacy must give way to the broader state interest in having the information or document disclosed": *Thomson Newspapers*, at p. 495.

tiques destinées à inciter au respect de la Loi. Après tout, la Loi vise vraiment à réglementer certaines facettes de l'économie et des affaires. Cela a des répercussions évidentes sur la prospérité matérielle de la nation: *Thomson Newspapers*. Alors, l'efficacité de la mise en œuvre des lois en matière de valeurs mobilières dépend de la volonté qu'ont les gens qui choisissent d'effectuer des opérations sur ce marché de respecter les normes de conduite établies. À cet égard, nous sommes tout à fait d'accord avec le commentaire du juge Wilson, selon lequel «[i] 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'a l'État à ce que soient communiqués des renseignements ou un document»: *Thomson Newspapers*, à la p. 495.

60 Of equal importance is the nature of the seizure authorized by the *Securities Act*. The demand for the production of documents contained in the summonses is one of the least intrusive of the possible methods which might be employed to obtain documentary evidence. The importance of this distinction was stressed in *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416. At page 443, the Court adopted the following statement from the reasons of Wilson J. *McKinlay Transport, supra*, at pp. 649-50:

Tout aussi importante est la nature de la saisie autorisée par la *Securities Act*. La demande de production de documents contenue dans les assignations est l'une des méthodes les moins envahissantes auxquelles on puisse recourir pour obtenir une preuve documentaire. L'importance de cette distinction a été soulignée dans *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416. À la page 443, la Cour adopte l'énoncé suivant tiré des motifs du juge Wilson dans *McKinlay Transport*, précité, aux pp. 649 et 650:

In my opinion, s. 231(3) provides the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the *Income Tax Act* can be effected. It involves no invasion of a taxpayer's home or business premises. It simply calls for the production of records which may be relevant to the filing of an income tax return.

À mon sens, le par. 231(3) prescrit la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elle n'entraîne pas la visite du domicile ni des locaux commerciaux du contribuable, elle exige simplement la production de documents qui peuvent être utiles au dépôt des déclarations d'impôt sur le revenu.

61 In *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, it was stated that, "[t]he question of whether the seizure was unreasonable can be disposed of simply. In the absence of prior judicial authorization, a search or seizure will be unreasonable unless it is authorized by law, the law itself is reasonable and the manner in which the search was carried out is reasonable" (p. 165). In this case, the outstanding issue is whether the law is reasonable: *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, *R. v. Collins, supra*, and *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263. As we have indicated above, the *Securities Act* serves an important social

Dans l'arrêt *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, on affirme que «[l]a réponse à la question de savoir si la saisie était abusive est simple. En l'absence d'une autorisation judiciaire préalable, une fouille, perquisition ou saisie sera abusive sauf si elle est permise par la loi, si la loi est elle-même raisonnable et si la façon dont la fouille ou la perquisition a été effectuée est raisonnable» (p. 165). En l'espèce, la question à trancher est de savoir si la loi est raisonnable: *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, *R. c. Collins*, précité, et *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263. Comme nous l'avons déjà

purpose and the social utility of such legislation justifies the minimal intrusion that the appellants may face. The law in question, is therefore, reasonable.

As our final point, we note the distinction between business records and personal papers. We are of the view that in order to determine the relative privacy rights that attach, the type of document at issue is important. Documents produced in the course of a business which is regulated have a lesser privacy right attaching to them than do documents that are, strictly speaking, personal. Again, the words of La Forest J. in *Thomson Newspapers*, at pp. 517-18, are helpful:

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. . . . 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 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 would be a very high expectation of privacy in respect of records and documents in which this information is contained.

Therefore, we conclude that those who are ordered under s. 128(1) of the *Securities Act* "to produce records and things" can claim only a limited expectation of privacy in respect of these

indiqué, la *Securities Act* sert une fin sociale importante et l'utilité sociale d'une telle loi justifie l'atteinte minimale dont peuvent être victimes les appelants. La loi en question est donc raisonnable.

Enfin, nous soulignons la distinction qui existe entre les dossiers d'entreprise et les documents personnels. Nous sommes d'avis que le genre de document en cause est important pour déterminer les droits relatifs en matière de vie privée qui s'y rattachent. Les documents constitués dans le cadre d'une entreprise réglementée sont assortis d'un droit à la vie privée moindre que les documents qui sont strictement personnels. Encore une fois, les propos que le juge La Forest tient, aux pp. 517 et 518 de l'arrêt *Thomson Newspapers*, sont utiles:

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. [ . . . ] 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 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.

En conséquence, nous concluons que les personnes qui se voient ordonner, en vertu du par. 128(1) de la *Securities Act*, de [TRADUCTION] «produire des dossiers et des objets» ne peuvent faire

materials. The operative question becomes whether s. 128(1) unreasonably infringes on this limited expectation of privacy.

valoir que des attentes restreintes en matière de vie privée relativement à ceux-ci. La question utile est alors de savoir si le par. 128(1) empiète de façon abusive sur ces attentes limitées en matière de vie privée.

64 In our view it does not. We have already mentioned that in a highly regulated industry, such as the securities market, the individual is aware, and accepts, justifiable state intrusions. All those who enter into this market know or are deemed to know the rules of the game. As such, an individual engaging in such activity has a low expectation of privacy in business records. In fact, "there will be instances in which an individual will have no privacy interest or expectation in a particular document or article required by the state to be disclosed": *McKinlay Transport, supra*, at pp. 641-42. Under such circumstances, the state authorized inspection of documents under s. 128(1) of the *Securities Act* does not violate s. 8 of the *Charter*.

Nous sommes d'avis que non. Nous avons déjà mentionné que, dans un secteur fortement réglementé comme le marché des valeurs mobilières, le particulier est conscient qu'une certaine ingérence de l'État est justifiable et accepte cet état de choses. Toutes les personnes qui gagnent ce marché connaissent ou sont réputées connaître les règles du jeu. Alors, une personne qui se livre à une telle activité a peu d'attentes en matière de vie privée pour ce qui est de ses dossiers d'entreprise. En fait, «[i]l arrive sans aucun doute qu'un particulier n'a aucun intérêt ni aucune attente à ce que soit protégé un document ou un article particulier dont l'État réclame la production»: *McKinlay Transport, précité*, à la p. 642. Dans ces circonstances, l'inspection de documents, autorisée par l'État en vertu du par. 128(1) de la *Securities Act*, ne porte pas atteinte à l'art. 8 de la *Charte*.

## VI. Disposition

## VI. Dispositif

65 We thus answer the constitutional questions as follows:

En conséquence, nous répondons ainsi aux questions constitutionnelles:

1. [Does] s. 128(1) of the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, infringe[] ss. 7 or 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

1. Le paragraphe 128(1) de la *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83, porte-t-il atteinte aux art. 7 ou 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer: No.

Réponse: Non.

2. If the answer is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

66 We would dismiss the appeal with costs.

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

67 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I agree with Sopinka and Iacobucci JJ. that this appeal should be dismissed and I would answer the constitutional ques-

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis d'accord avec les juges Sopinka et Iacobucci pour dire qu'il y a lieu de rejeter le présent pourvoi, et je répon-



tion in the manner they propose. I agree with their analysis and conclusions regarding s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, given my concurring reasons in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, I feel bound to make the following additional comments with respect to the application of s. 7 of the *Charter*.

#### A. Self-Incrimination and Section 7 of the Charter

The English House of Lords in *R. v. Director of Serious Fraud Office, Ex parte Smith*, [1993] A.C. 1, at pp. 31-32, recently identified the following four rationales as underlying the immunities stemming from the principle against self-incrimination:

1. An assertion of personal liberty and privacy;
2. A long history of reaction against abuses of judicial interrogation, notably by the Star Chamber and the Council;
3. Instincts about rules of fair play; and
4. The desire to minimize the risk that an accused will be convicted on the strength of an extra-judicial confession.

In my reasons in *S. (R.J.)*, *supra*, I also explored the first principles underlying much of the *Charter* and common law, including the right to silence and the principle against self-incrimination. I concluded that the main rationale in Canada for the devout protection at common law against self-incrimination was concern over the reliability of the compelled evidence, and its potential to mislead a trier of fact. Although notions of individual dignity, fairness and privacy were also relevant to the inquiry, I preferred to treat these notions separately, within the rubric of fundamental fairness. As such, I sought to elaborate upon an approach to self-incrimination that was tailored to the type of rationale engaged by the impugned conduct (i.e.,

drais à la question constitutionnelle de la même façon qu'ils le font. Je souscris à leur analyse et à leurs conclusions concernant l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, à la lumière de mes motifs concordants dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, je me sens obligée de faire les commentaires additionnels qui suivent relativement à l'application de l'art. 7 de la *Charte*.

#### A. L'auto-incrimination et l'art. 7 de la Charte

La Chambre des lords d'Angleterre, dans *R. c. Director of Serious Fraud Office, Ex parte Smith*, [1993] A.C. 1, aux pp. 31 et 32, a récemment identifié les quatre principes suivants qui sous-tendent les immunités découlant du principe interdisant l'auto-incrimination:

1. Une affirmation de la liberté et de la vie privée de la personne;
2. Le long historique de réactions contre les abus de l'interrogation judiciaire, notamment par la Chambre Étoilée et le Conseil;
3. Ce qui constitue instinctivement les règles du franc-jeu; et
4. Le désir de minimiser le risque qu'un accusé soit déclaré coupable sur la foi d'aveux extrajudiciaires.

Dans mes motifs dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, j'ai aussi examiné les principes de base qui sous-tendent une bonne partie de la *Charte* et de la common law, dont le droit de garder le silence et le principe interdisant l'auto-incrimination. J'ai conclu que la principale justification, en common law au Canada, de la protection sacrée contre l'auto-incrimination est une préoccupation quant à la fiabilité d'un témoignage fait sous la contrainte, et le risque qu'il induise en erreur le juge des faits. Malgré que les notions de dignité, d'équité et de vie privée de la personne soient également pertinentes à cet égard, j'ai préféré les traiter séparément, sous la rubrique de l'équité fondamentale. J'ai donc cherché à élaborer une approche à l'auto-incrimi-

reliability considerations as opposed to fairness considerations). Given the importance of balancing societal and individual interests as carefully as possible within s. 7 of the *Charter*, I preferred to steer clear of any universal application of the principle against self-incrimination that might, as a consequence, be overbroad.

69

I then analyzed derivative evidence against the underlying rationales of reliability and fairness. I concluded that where evidence is conscripted by the state yet is not communicative in nature, concerns about the use of that evidence at trial relate not to the reliability of that evidence or its potential to mislead, but rather to notions of privacy, dignity and fairness to the individual. Since compelled testimony may not, by virtue of s. 13 of the *Charter*, be used to prove the relevance at trial of evidence derived from the compelled testimony, it follows that derivative evidence will only be admissible if it can be independently and reliably connected to the individual accused. As such, although derivative evidence is incriminating, it is not self-incriminating in the sense envisioned by our common law and our principles of fundamental justice, because it does not potentially engage reliability interests.

70

Since derivative evidence is not *per se* in violation of the principles of fundamental justice, I concluded that any objection to its use at trial must relate to the manner in which it was obtained rather than to the fact that it exists. Thus, any residual s. 7 protections governing the use of such evidence at trial should develop in a manner consistent with the underlying notions of dignity and fairness rather than out of any abstract and potentially overbroad principle against self-incrimination.

71

In my reasons in *S. (R.J.)*, I identified two stages at which s. 7 concerns might be addressed. The first stage is the subpoena stage (the time the wit-

nation qui soit adaptée au type de justification qu'implique la conduite attaquée (soit des considérations de fiabilité par rapport à des considérations d'équité). Compte tenu de l'importance de soupeser les intérêts de la société et ceux des individus de façon aussi minutieuse que possible en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, j'ai préféré éviter toute application universelle du principe interdisant l'auto-incrimination qui pourrait autrement être trop large.

J'ai ensuite analysé les éléments de preuve dérivée par rapport aux principes sous-jacents de fiabilité et d'équité. J'ai conclu que, dans les cas où la preuve est conscrite par l'État mais n'est pas de nature communicative, les préoccupations quant à son utilisation au procès n'ont pas trait à la fiabilité de cette preuve ni au risque qu'elle induise en erreur, mais plutôt aux notions de vie privée, de dignité et d'équité pour la personne. Puisqu'en vertu de l'art. 13 de la *Charte*, le témoignage fait sous la contrainte ne peut être utilisé au procès pour établir la pertinence d'éléments de preuve découlant de ce témoignage, il s'ensuit que la preuve dérivée ne sera admissible que si elle peut être reliée de façon indépendante et fiable à la personne accusée. C'est pourquoi, bien que la preuve dérivée soit incriminante, elle n'est pas auto-incriminante au sens envisagé par notre common law et nos principes de justice fondamentale, parce qu'elle ne risque pas de faire intervenir la notion de fiabilité.

Puisque la preuve dérivée ne viole pas en soi les principes de justice fondamentale, j'ai conclu que toute objection quant à son utilisation au procès doit se rapporter à la façon dont elle a été obtenue plutôt qu'au fait qu'elle existe. En conséquence, toute garantie résiduelle fondée sur l'art. 7 qui régit l'utilisation d'une telle preuve au procès devrait se faire d'une façon compatible avec les notions sous-jacentes de dignité et d'équité plutôt qu'en fonction de quelque principe abstrait interdisant l'auto-incrimination qui risque d'être trop général.

Dans mes motifs dans l'arrêt *S. (R.J.)*, j'ai identifié deux étapes au cours desquelles il serait possible d'examiner des préoccupations fondées sur

ness is compelled). At this stage, the possibility of imprisonment flowing from a failure to testify is sufficient to trigger s. 7 protection. Where the witness can demonstrate at that time that, under the circumstances, it would be fundamentally unfair to require that he testify at all, then the principles of fundamental justice under s. 7 require that he not be compellable. The second stage that I identified in *S. (R.J.)* was the trial stage (the time the witness is tried). Again, at this stage, protections under s. 7 will only be triggered if the witness can demonstrate that he or she faces the possibility of a deprivation of life, liberty or security of the person as a result of the proceeding. In *S. (R.J.)*, I noted that it would be open to an individual at the trial stage under such circumstances to demonstrate fundamentally unfair conduct by the Crown in its prior examinations of the witness.

The determination of whether there is a s. 7 violation at the subpoena stage is necessarily interrelated with the applicability of s. 7 at the trial stage. As I observed in *S. (R.J.)*, since the fairness concerns underlying self-incrimination and the right to silence ultimately relate to the proceeding at which the individual is to be tried (see also *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at pp. 362-63), it necessarily follows that the likelihood that an individual will actually face a charge involving a deprivation of liberty must be an important factor in the determination of compellability at the subpoena stage. Where there is no possibility that the individual may be deprived of liberty at the subsequent proceeding, then this individual cannot claim on the basis of s. 7 of the *Charter* that it would be fundamentally unfair to compel his or her testimony at the subpoena stage. As a corollary, the less proximate the possibility of a deprivation of liberty in the subsequent proceeding, the less likely it is that the fact of testimonial compulsion will, itself, be fundamentally unfair. For these reasons, and in light of my discussion in *S. (R.J.)* on the speculative nature of many of the other considera-

l'art. 7. La première est celle du subpoena (le moment où une contrainte est exercée sur le témoin). À cette étape, le risque d'emprisonnement découlant de l'omission de témoigner suffit à déclencher l'application de la garantie de l'art. 7. Si le témoin peut, à cette étape, démontrer qu'il serait, en l'occurrence, fondamentalement inéquitable de l'obliger à témoigner, alors, selon les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7, il ne doit pas être contraint de le faire. La deuxième étape que j'ai identifiée dans *S. (R.J.)* est celle du procès (le moment où le témoin subit son procès). Encore une fois, à cette étape, les garanties visées à l'art. 7 ne s'appliqueront que si le témoin peut démontrer qu'il risque de subir une atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne en raison des procédures engagées contre lui. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, j'ai fait remarquer qu'il serait loisible à une personne à l'étape du procès, dans de telles circonstances, de démontrer que le ministère public s'est conduit d'une façon fondamentalement inéquitable lors de ses interrogatoires antérieurs du témoin.

La question de savoir s'il y a violation de l'art. 7 à l'étape du subpoena et celle de l'applicabilité de cette disposition à l'étape du procès sont nécessairement interreliées. Comme je l'ai fait remarquer dans *S. (R.J.)*, puisque le souci d'équité qui sous-tend le droit de ne pas s'incriminer et celui de garder le silence se rapporte en fin de compte aux procédures dans le cadre desquelles la personne doit subir son procès (voir aussi l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, aux pp. 362 et 363), il s'ensuit nécessairement que la probabilité qu'une personne fasse l'objet d'une accusation impliquant une atteinte à sa liberté doit jouer un rôle important dans la détermination de la contraignabilité à l'étape du subpoena. S'il n'y a aucun risque que la personne subisse une atteinte à sa liberté au cours des procédures subséquentes, elle ne peut soutenir, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, qu'il serait fondamentalement inéquitable de la contraindre à témoigner à l'étape du subpoena. Comme corollaire, moins le risque d'atteinte à la liberté dans les procédures subséquentes est immédiat, moins il est probable que la contrainte à témoigner sera fondamentalement inéquitable en soi. Pour ces motifs et

tions relating to determinations at the subpoena stage, the subpoena will only be quashed at the subpoena stage in the clearest of cases. I note that this now appears to be the conclusion of my colleagues Sopinka and Iacobucci JJ. as well.

## B. Testimonial Compulsion

### 1. *The "Subpoena Stage"*

The appellants in this case argue that any proceeding under any statute which exposes a person to penal consequences and which denies that person the right to silence and the privilege against self-incrimination violates s. 7 of the *Charter*. They further submit that if a proceeding is designed or can be used to conscript a person against him or herself and true penal consequences can result, then the proceedings are in violation of s. 7. They therefore ask this Court either to recognize a right to silence on the part of the directors sought to be compelled by the British Columbia Securities Commission or to replace this protection with a protection that is co-extensive with that protection — derivative evidence immunity. In many ways, their arguments embody much of what Wilson J. referred to in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, as the "abstract approach" to the *Charter*, for their arguments attach much importance to the abstract values of self-incrimination and right to silence without attempting to relate those values to the context in which they arise. The respondent and the interveners, by contrast, urge a more contextual examination of the question, which focuses on the nature of the securities industry as well as on the methods available to regulators to carry out their mandate of providing effective protection to the public against unscrupulous or misleading practices by market participants.

My colleagues Sopinka and Iacobucci JJ. state that a witness will not be compellable where the

compte tenu de mon analyse dans l'arrêt *S. (R.J.)* concernant le caractère conjectural d'un bon nombre des autres considérations relatives aux décisions à prendre à l'étape du subpoena, ce n'est que dans les cas les plus manifestes qu'il y aura annulation du subpoena à l'étape du subpoena. Je note que ceci paraît maintenant être la conclusion de mes collègues les juges Sopinka et Iacobucci.

## B. La contrainte à témoigner

### 1. *L'«étape du subpoena»*

Les appelants, dans la présente affaire, soutiennent qu'il y a violation de l'art. 7 de la *Charte* lorsque des procédures sont intentées contre une personne en vertu d'une loi qui l'expose à des conséquences pénales et qui la prive du droit de garder le silence et du privilège de ne pas s'incriminer. Ils soutiennent également qu'il y a violation de l'art. 7 lorsque des procédures sont conçues ou peuvent être utilisées pour conscrire une personne contre elle-même et qu'il peut en résulter de véritables conséquences pénales. Ils demandent donc à notre Cour ou bien de reconnaître un droit au silence aux administrateurs que British Columbia Securities Commission cherche à faire témoigner, ou bien de remplacer cette protection par une protection de même étendue: l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Ces arguments englobent, à maints égards, une grande partie de ce que madame le juge Wilson a, dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S 1326, qualifié de «méthode abstraite» relative à la *Charte*, puisqu'ils accordent beaucoup d'importance aux valeurs abstraites de l'auto-incrimination et au droit de garder le silence, sans tenter de relier ces valeurs au contexte dans lequel elles se présentent. Par contre, l'intimée et les intervenants préconisent un examen plus contextuel de la question, examen axé sur la nature du secteur des valeurs mobilières et les méthodes dont dispose l'organisme de réglementation pour s'acquitter de son mandat de protéger efficacement le public contre les pratiques malhonnêtes ou trompeuses des participants au marché.

Mes collègues les juges Sopinka et Iacobucci affirment qu'un témoin ne sera pas contraignable

predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the person compelled to testify, rather than further some legitimate public purpose. For the reasons I set out in *S. (R.J.)*, *supra*, I believe this test generally to be a satisfactory proxy for the existence of fundamentally unfair conduct on the part of the Crown, in violation of s. 7 of the *Charter*. I feel it necessary, however, to make the following additional remarks.

In my respectful view, the regulatory context of the present appeal requires that this s. 7 test be applied with somewhat greater deference than might otherwise be the case. The importance of applying the principles of fundamental justice with sensitivity to the context in which they are applied has been underlined by La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, 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.

(See also *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, and *R. v. Ellis-Don Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 840.) Equally apposite is La Forest J.'s observation in *Lyons*, at p. 362, 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.

In my view, a standard of conduct which may be fundamentally unfair in the context of compelling the testimony of separately charged co-accused may not necessarily be fundamentally unfair in the context of administrative proceedings in a highly complex and tightly regulated field such as the securities industry. This, for several reasons.

First, the argument that fundamental fairness may require different standards in different con-

si le principal objectif est d'obtenir le témoignage en question afin de recueillir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, plutôt que pour une autre fin légitime dans l'intérêt public. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, je suis d'avis que ce critère constitue habituellement un moyen satisfaisant d'établir que le ministère public s'est conduit d'une façon fondamentalement inéquitable en violation de l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, j'estime nécessaire de formuler les observations additionnelles suivantes.

Le contexte de réglementation du présent pour-  
75  
voi exige, selon moi, que ce critère fondé sur l'art. 7 soit appliqué avec davantage de retenue qu'il le serait dans un autre contexte. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361, le juge La Forest fait ressortir l'importance d'appliquer les principes de justice fondamentale en tenant compte du contexte:

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.

(Voir aussi *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, et *R. c. Ellis-Don Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 840.) L'observation du juge La Forest dans l'arrêt *Lyons*, à la p. 362, est également pertinente:

... 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.

À mon avis, il se peut qu'une norme de conduite susceptible d'être fondamentalement inéquitable dans le contexte de la contrainte à témoigner dont font l'objet des coaccusés inculpés séparément ne le soit pas dans le contexte de procédures administratives dans un domaine fort complexe et réglementé comme le secteur des valeurs mobilières, et cela, pour plusieurs raisons.

Premièrement, l'argument selon lequel l'équité  
76  
fondamentale peut requérir des normes différentes

texts is evidenced by the different procedural protections that we generally accord to witnesses called to appear at hearings similar to that challenged in the present case. Although those conducting an investigation are always under a duty to act fairly, this Court has held that fairness in the context of such hearings does not require that the persons who are the "subjects" of the investigation participate in the examination of other witnesses, or that they be provided with an opportunity to adduce evidence or make submissions to the investigator: *Roper v. Royal Victoria Hospital*, [1975] 2 S.C.R. 62, and *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181. See also *Ontario Securities Commission v. Biscotti* (1988), 40 B.L.R. 160 (Ont. H.C.).

dans des contextes différents ressort des différentes garanties procédurales qui sont généralement accordées aux témoins assignés à comparaître à des auditions semblables à celle contestée en l'espèce. Quoique les personnes qui procèdent à une enquête soient toujours tenues d'agir équitablement, notre Cour a statué que l'équité dans le contexte de ces enquêtes n'exige pas que les personnes qui font «l'objet» de l'enquête participent à l'interrogatoire d'autres témoins, ou qu'on leur donne l'occasion de présenter une preuve à l'enquêteur ou de lui soumettre des arguments: *Roper c. Royal Victoria Hospital*, [1975] 2 R.C.S. 62, et *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181. Voir aussi *Ontario Securities Commission c. Biscotti* (1988), 40 B.L.R. 160 (H.C. Ont.).

77

Second, although activity in the securities sphere is of immense economic value to society generally, it must be remembered that participants engage in this licensed activity of their own volition and ultimately for their own profit. In return for permitting persons to obtain the fruits of participation in this industry, society requires that market participants also undertake certain corresponding obligations in order to safeguard the public welfare and trust. Participants must conform with the extensive regulations and requirements set out by the provincial securities commissions. Many of these requirements are fundamental to maintaining an efficient, competitive market environment in a context where imperfect information is endemic. They are also essential to prevent and deter abuses of such asymmetries of information, and therefore to maintain the integrity of the securities system and protect the public interest.

Deuxièmement, bien que l'activité dans le secteur des valeurs mobilières ait une valeur économique considérable pour l'ensemble de la société, il faut se rappeler que les participants s'y adonnent de leur propre gré et, en fin de compte, dans un but de profit, et que cette activité requiert un permis. La société permet à des personnes de jouir des fruits de leur participation dans ce secteur, mais elle exige en contrepartie que les participants au marché assument également certaines obligations correspondantes dans le but d'assurer le bien-être et la confiance du public. Les participants doivent respecter le vaste ensemble de règlements et d'exigences établis par les commissions provinciales des valeurs mobilières. Bon nombre de ces exigences sont essentielles au maintien d'un marché rentable et concurrentiel dans un contexte où l'information incomplète est endémique. Elles sont également essentielles pour prévenir et décourager les abus de telles asymétries sur le plan de l'information et, en conséquence, pour préserver l'intégrité du régime des valeurs mobilières et protéger l'intérêt public.

78

Third, given the nature and breadth of this obligation, as well as the important economic stake that the investing public holds in its proper fulfilment, I fail to see how market participants would not expect to be questioned by regulators from time to time as to their market activities, in order

Troisièmement, vu la nature et l'ampleur de cette obligation, ainsi que l'intérêt important que le public investisseur a, sur le plan économique, à ce qu'elle soit bien exécutée, je ne vois pas comment les participants au marché ne devraient pas s'attendre à être interrogés à l'occasion par un organisme

for the securities commissions to be able to ensure that they, or the corporations they represent, have complied with prescribed standards. Although similar comments are more frequently made in relation to the notion of "reasonable expectation of privacy" under s. 8 of the *Charter*, I believe such considerations to be equally relevant to the application of the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* in the context of securities regulation. Indeed, as La Forest J. observed in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 539, referring to his reasons in *Lyons*, *supra*, and *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, one must "consider (the impugned legislation) against the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field".

A fourth consideration is the nature and complexity of the securities industry and the difficulties faced by regulators in ensuring the continued protection of the public. The Attorney General for Ontario identifies the three types of market players regulated by the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83: market professionals and traders, issuers of securities, and owners and/or holders of securities. She argues, convincingly in my mind, that the investigatory powers impugned in the present case are the primary vehicle for the effective investigation and deterrence of insider trading, stock manipulation, and other trading practices contrary to the public interest that may be engaged in by any or all of these three types of players. Moreover, she argues that such powers are the only investigative vehicle currently available in respect of owners and holders of securities.

Finally, the fundamental fairness of the powers of testimonial compulsion and document production in s. 128(1) of the Act must be evaluated in

de réglementation relativement à leurs activités sur le marché, de façon à ce que les commissions des valeurs mobilières puissent s'assurer qu'ils se sont eux-mêmes conformés aux normes prescrites, ou que les sociétés qu'ils représentent l'ont fait. Bien que des commentaires similaires soient plus fréquents relativement à la notion des «attentes raisonnables en matière de vie privée» au sens de l'art. 8 de la *Charte*, ces considérations sont, à mon avis, tout aussi pertinentes relativement à l'application des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte* dans le contexte de la réglementation des valeurs mobilières. En réalité, comme le fait remarquer le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 539, s'en rapportant à ses motifs dans les arrêts *Lyons*, précité, et *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, il faut «examiner (la mesure contestée) en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine».

Une quatrième considération est la nature et la complexité du secteur des valeurs mobilières ainsi que les difficultés que les organismes de réglementation ont à garantir la protection continue du public. Selon le procureur général de l'Ontario, les trois types de participants au marché que réglemente la *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83, sont les suivants: les professionnels du marché et les courtiers, les émetteurs de valeurs mobilières et les propriétaires ou détenteurs de valeurs mobilières. Il soutient, de façon convaincante, à mon avis, que les pouvoirs d'enquête ici contestés constituent le principal moyen efficace d'enquêter et d'avoir un effet de dissuasion sur les opérations d'initiés, la manipulation de cours et les autres opérations sur valeurs mobilières contraires à l'intérêt public, auxquelles peuvent se livrer ces trois types de participants. Par ailleurs, il fait valoir que ces pouvoirs sont le seul mécanisme d'enquête auquel on peut actuellement recourir relativement aux propriétaires et détenteurs de valeurs mobilières.

Enfin, l'équité fondamentale des pouvoirs de contraindre à témoigner et à produire des documents, en vertu du par. 128(1) de la Loi, doit être

light of all other rights equally guaranteed under the *Charter*. Where a company officer is summoned to attend a hearing before investigators, he knows what the subject of the inquiry is. He can prepare himself for the questions. He will generally be accompanied by his lawyers. At the hearing itself, he will be treated with courtesy and will be given every opportunity to consult his lawyers and consider his answers. He will produce those documents requested by the investigators. It would be ironic to conclude that such a proceeding is, itself, contrary to the principles of fundamental justice if the only equally effective alternative reasonably available to the state to pursue a pressing and substantial objective would constitute a far more dramatic intrusion into individual rights. Given the profound asymmetries of information between market players and market regulators in the securities industry, such a reasonable alternative might very well require conferring upon securities regulators broad, intrusive and sweeping search and seizure powers. I raise this point to demonstrate why it is important not to contemplate *Charter* rights and principles in the abstract, without regard for the potential repercussions of certain conclusions on the enjoyment of other equally important *Charter* rights: see *Wholesale Travel*, *supra*, at p. 247, *per* Cory J.

évaluée en fonction de tous les autres droits qui sont également garantis par la *Charte*. Lorsqu'un dirigeant de société est assigné à témoigner à une audition devant des enquêteurs, il connaît l'objet de l'enquête. Il peut se préparer à répondre aux questions. Il sera généralement accompagné de ses avocats. À l'audition elle-même, il sera traité avec courtoisie et aura toutes les chances de consulter ses avocats et de réfléchir à ses réponses. Il produira les documents demandés par les enquêteurs. Il serait ironique de conclure qu'une telle procédure est en soi contraire aux principes de justice fondamentale si la seule autre solution tout aussi efficace, à laquelle l'État pourrait raisonnablement recourir dans la poursuite d'un objectif réel et urgent, constituerait une atteinte beaucoup plus spectaculaire aux droits de particuliers. Vu qu'il existe, dans le secteur des valeurs mobilières, une asymétrie importante entre les renseignements dont disposent les participants au marché et ceux dont disposent les organismes de réglementation du marché, une telle solution de rechange raisonnable pourrait bien nécessiter l'attribution à l'organisme de réglementation de vastes pouvoirs généraux et envahissants en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies. Je soulève ce point pour démontrer pourquoi il importe de ne pas envisager dans l'abstrait les droits et principes consacrés dans la *Charte*, sans tenir compte des répercussions possibles de certaines conclusions sur la jouissance d'autres droits tout aussi importants garantis par la *Charte*; voir *Wholesale Travel*, précité, à la p. 247, le juge Cory.

81 To recapitulate, although the distinction may often be difficult to draw, courts must try to differentiate between unlicensed fishing expeditions that are intended to unearth and prosecute criminal conduct, and actions undertaken by a regulatory agency, legitimately within its powers and jurisdiction and in furtherance of important public purposes that cannot realistically be achieved in a less intrusive manner. Whereas the former may run afoul of s. 7 of the *Charter*, the latter do not.

En résumé, malgré la difficulté que puisse souvent représenter cette distinction, les tribunaux doivent tenter de différencier les expéditions de pêche non autorisées, qui visent à découvrir une conduite criminelle et à intenter des poursuites y reliées, des mesures que prend un organisme de réglementation, à l'intérieur de sa sphère de compétence légitime, dans le but de réaliser d'importants objectifs d'intérêt public qui ne peuvent, de façon réaliste, l'être d'une manière moins envahissante. Alors que, dans le premier cas, il risque d'y avoir violation de l'art. 7 de la *Charte*, dans le second, ce risque n'existe pas.



As such, notwithstanding that one of the primary purposes of an investigation under s. 128(1) of the *Securities Act* is to engage in a form of civil discovery of the witness as well as of the company to illuminate or investigate irregularities or suspicious conduct, I agree with Sopinka and Iacobucci JJ. that it has not been demonstrated that testimonial compulsion at these proceedings would be fundamentally unfair to the witnesses. As I recognized in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 578, “[c]ompelling the attendance of witnesses is an established investigatory tool in this age of governmental regulation of the economy.” Although such powers of investigation may not always be necessary in regulatory contexts, I conclude that they are indeed necessary in the present instance, given the profound asymmetry of information facing securities regulators, the close relationship between such investigatory powers and the obligations voluntarily undertaken by those participating in this regulated activity, and the lack of a less intrusive alternative means to investigate and deter market irregularities and improper conduct by market players.

I find additional support for this conclusion in the following four considerations: (1) these kinds of inquiries are purely administrative in nature and do not adjudicate upon the guilt or innocence of the subject of the investigation; (2) it is generally a matter of speculation at the time of the testimony to know whether the compelled witness is speaking for himself or for the company, and whether the information disclosed could lead the state to take action against the individual or the company; (3) at the outset of an investigation, it is often uncertain whether any breach of the law has even occurred and, if so, whether any persons summoned may be implicated in this breach; and (4) even if the individual is shown by the investigation to be implicated in a breach and the state decides to take further action, it is far from certain that this action will entail the possibility of a deprivation of liberty, thereby bringing the state action within the purview of s. 7 of the *Charter*. As I noted earlier,

Ainsi, nonobstant le fait que l'un des principaux objectifs d'une enquête fondée sur le par. 128(1) de la *Securities Act* soit de procéder à une forme d'interrogatoire civil préalable du témoin et de la société dans le but d'obtenir des éclaircissements ou d'enquêter sur des irrégularités ou une conduite suspecte, je conviens avec les juges Sopinka et Iacobucci qu'il n'a pas été démontré qu'il serait fondamentalement inéquitable pour les témoins de les obliger à témoigner en l'espèce. Comme je l'ai reconnu dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 578, «[l]a comparution forcée de témoins est un outil d'enquête reconnu en cette ère de réglementation gouvernementale de l'économie.» Bien que de tels pouvoirs d'enquête ne soient peut-être pas toujours nécessaires dans des contextes de réglementation, je conclus qu'ils le sont vraiment ici, compte tenu de l'asymétrie profonde sur le plan des renseignements à laquelle font face les organismes de réglementation des valeurs mobilières, de la relation étroite entre ces pouvoirs d'enquête et les obligations assumées volontairement par les participants à cette activité réglementée, de l'absence d'un autre moyen moins envahissant d'enquêter et d'avoir un effet de dissuasion sur les irrégularités du marché et la conduite abusive de participants au marché.

En outre, les quatre considérations suivantes viennent aussi étayer ma conclusion: (1) les enquêtes de ce genre sont de nature purement administrative et ne servent pas à déterminer la culpabilité ou l'innocence de la personne qui en fait l'objet, (2) on ne sait généralement pas, au moment du témoignage, si la personne contrainte à témoigner parle en son propre nom ou en celui de la compagnie et si les renseignements divulgués sont susceptibles d'amener l'État à prendre des mesures contre la personne ou la compagnie en cause, (3) souvent, au début d'une enquête, on n'est pas certain s'il y a eu violation de la loi et, le cas échéant, si l'une ou l'autre des personnes assignées peut avoir participé à cette violation, et (4), lorsque l'enquête révèle que l'individu a participé à une violation et que l'État décide de prendre d'autres mesures, on est loin d'être certain que ces mesures risqueront de porter atteinte à sa liberté, de manière à ce que l'art. 7 de la *Charte* soit appli-

the more remote or speculative the possibility of imprisonment at the trial stage, the less likely that relief against testifying will be offered at the subpoena stage. The witnesses in this case have not demonstrated how any of these considerations are inapplicable to the present circumstances.

cable à la mesure prise par l'État. Comme je l'ai déjà mentionné, plus le risque d'emprisonnement à l'étape du procès est éloigné ou conjectural, moins grandes sont les chances qu'une réparation pour avoir contraint le témoin à témoigner soit accordée à l'étape du subpoena. Les témoins en l'espèce n'ont pas démontré en quoi ces considérations ne seraient pas applicables aux présentes circonstances.

84 Finally, I reiterate that the principles of fundamental justice are derived from our common law tradition. What is or is not fundamentally unfair can be informed by examining these traditions. In the traditional criminal law domain, it has generally been seen as fundamentally unfair for the state to seek as its predominant purpose to compel an individual, subject to possible imprisonment for failure to answer, to respond to questions on matters that will incriminate that person, even if this power were accompanied by testimonial use immunity. I do not think that the same can necessarily be said with respect to the necessary regulation of complex industries, in which the information required for effective regulation is generally in the hands of private actors, and where no less intrusive alternative means of obtaining that information exists.

Enfin, je réitère que les principes de justice fondamentale ont leur origine dans notre tradition de common law. Ce qui est ou n'est pas fondamentalement inéquitable peut être déterminé par ce que nous enseignent ces traditions. Dans le domaine du droit criminel traditionnel, on a généralement considéré qu'il était fondamentalement inéquitable que l'État ait comme but prédominant de contraindre, sous peine d'emprisonnement, une personne à répondre à des questions susceptibles de l'incriminer, même si ce pouvoir était assorti d'une immunité contre l'utilisation de la preuve testimoniale. Je ne crois pas qu'on puisse forcément en dire autant de la réglementation nécessaire de secteurs complexes, dans lesquels les renseignements requis aux fins d'une réglementation efficace sont généralement entre les mains de particuliers, et où il n'existe aucun autre moyen moins envahissant de les obtenir.

85 As such, I conclude that the directors have not demonstrated that, in these circumstances, it would violate their rights under s. 7 of the *Charter* for them to be compelled to testify at the inquiry under s. 128(1) of the Act.

C'est pourquoi je conclus que les dirigeants n'ont pas démontré que, dans ces circonstances, les contraindre à témoigner à l'enquête en vertu du par. 128(1) de la Loi violerait les droits que leur garantit l'art. 7 de la *Charte*.

86 At this juncture, I must add one last proviso. Having recognized that witnesses are entitled to challenge on substantive grounds the subpoena issued under s. 128(1) of the Act, we must be cognizant of the fact that the securities industry is acutely "time sensitive". The longer improper market activities are permitted to continue unabated, the greater the potential adverse impact on the investing public. In order to address this danger, the Commission is empowered with the ability, amongst other things, to suspend all trading of particular securities and to suspend particular individuals from trading securities without a hearing in

Il me faut ici formuler une dernière réserve. Après avoir reconnu que le témoin a le droit de contester pour des motifs de fond le subpoena délivré en vertu du par. 128(1) de la Loi, nous devons être conscients du fait que le temps revêt une importance névralgique dans le secteur des valeurs mobilières. Plus des activités irrégulières sur le marché se poursuivront avec la même intensité, plus le risque de répercussions négatives sur le public investisseur sera élevé. Afin de contrer ce danger, la Commission est, dans des circonstances appropriées, habilitée, notamment, à suspendre toutes les opérations sur certaines valeurs mobi-

appropriate circumstances. Expeditious investigation into irregularities and suspected market misconduct is an important way by which to minimize the severity of such orders. I would therefore urge that challenges to the subpoena, should they be made, be heard as expeditiously as possible.

## 2. The "Trial Stage"

It goes without saying that s. 13 of the *Charter* mandates that the compelled witnesses shall enjoy full testimonial immunity in any subsequent proceedings undertaken by the state. My colleagues, however, would also appear to allow those who have been compelled to testify in a s. 128 inquiry to enjoy an additional derivative evidence immunity at the trial stage, along the lines of the "but for" approach outlined by Iacobucci J. in *S. (R.J.)*. With all due respect, I cannot agree with this conclusion for two reasons. First, as I stated in *S. (R.J.)*, I am opposed in principle to such immunity, for the significant practical and theoretical problems that it raises. I see no point in reviving that discussion again.

Second, even if the "but for" standard is an appropriate level of s. 7 protection in a purely criminal context, this does not mean that it is equally suited for use in predominantly regulatory contexts. As I have already noted, this Court has on many occasions recognized that the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* may vary in their application, depending upon the context. Many of the interests underlying the principle against self-incrimination, such as elements of fairness, basic human dignity and privacy, are simply not engaged as dramatically in situations in which an individual voluntarily participates, for his own profit, in a licensed activity, the effective regulation of which is essential to pressing and substantial societal interests. In this respect, I think it

lières et à empêcher certaines personnes d'effectuer des opérations sur valeurs mobilières sans la tenue d'une audition. L'enquête sommaire sur des irrégularités et des soupçons d'inconduite sur le marché constitue une façon importante de minimiser la sévérité de telles ordonnances. En conséquence, je recommanderais vivement que toute contestation d'un subpoena, si tant est qu'elle soit faite, soit entendue le plus rapidement possible.

## 2. L'«étape du procès»

Il va sans dire que l'art. 13 de la *Charte* exige que les personnes contraintes à témoigner jouissent d'une immunité testimoniale complète dans toutes procédures subséquentes engagées par l'État. Cependant, mes collègues sembleraient également permettre aux personnes qui ont été contraintes à témoigner au cours d'une enquête fondée sur l'art. 128 de bénéficier d'une immunité additionnelle contre l'utilisation de la preuve dérivée à l'étape du procès, semblable à la méthode du «n'eût été» que le juge Iacobucci expose dans *S. (R.J.)*. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion pour deux raisons. Premièrement, comme je l'ai dit dans *S. (R.J.)*, je suis en principe opposée à une telle immunité en raison des problèmes importants qu'elle soulève sur les plans pratique et théorique. Je ne vois aucune raison de reprendre cette analyse.

Deuxièmement, même si le critère du «n'eût été» offre une protection appropriée en vertu de l'art. 7 dans un contexte purement criminel, cela ne signifie pas qu'il convient également aux contextes surtout de nature réglementaire. Comme je l'ai déjà fait remarquer, notre Cour a, à maintes reprises, reconnu que l'application des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* peut varier selon le contexte. Nombre d'intérêts sous-jacents au principe interdisant l'auto-incrimination, comme les éléments d'équité, de dignité humaine fondamentale et de vie privée, n'entrent tout simplement pas en jeu de façon aussi spectaculaire dans les cas où une personne participe de son propre gré et pour son propre profit, à une activité assujettie à l'obtention de permis, dont la réglementation efficace est essentielle aux intérêts réels et urgents de la société. À cet égard, j'estime

87

88

important to heed the admonition of Wilson J. in *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1353-54:

One thing seems clear and that is that one should not balance one value at large and the conflicting value in its context. To do so could well be to pre-judge the issue by placing more weight on the value developed at large than is appropriate in the context of the case. [Emphasis added.]

In my respectful view, employing the identical "but for" standard in circumstances in which the underlying rationales of the principles against self-incrimination are not significantly engaged may elevate that principle to an exalted position that is not balanced, necessary or appropriate in many regulatory situations.

89 The potential difficulties of using such a rigid s. 7 standard within the ambit of the *Securities Act* is evident. Many of the interveners argue strenuously that it would significantly undermine their ability to administer and enforce securities regulations effectively if this Court were to grant blanket derivative evidence immunity to those who are subject to s. 128 investigations. I agree. Regulation is impotent unless it can also be effectively enforced, and information is of limited use unless it can be acted upon.

90 It is all very well to say that we are permitting the state to pursue certain important regulatory purposes by holding individuals to be compellable to testify at *Securities Act* investigations. At the same time, however, we must be careful not to defeat those very purposes by unconditionally granting derivative evidence immunity to those under investigation. The existence of such an immunity could neutralize in large part the regulators' ability to enforce the Act. As such, it would also frustrate one of the main purposes of the investigatory powers conferred under s. 128 of the Act.

qu'il est important de se rappeler la mise en garde formulée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, aux pp. 1353 et 1354:

Une chose semble claire et c'est qu'il ne faut pas évaluer une valeur selon la méthode générale et l'autre valeur en conflit avec elle selon la méthode contextuelle. Agir ainsi pourrait fort bien revenir à préjuger de l'issue du litige en donnant à la valeur examinée de manière générale plus d'importance que ne l'exige le contexte de l'affaire. [Je souligne.]

L'emploi du critère identique du «n'eût été» dans des circonstances où la philosophie sous-jacente au principe interdisant l'auto-incrimination n'entre pas en jeu de façon significative risque, à mon avis, d'élever ce principe à un rang hors de proportion qui n'est ni nécessaire ni approprié dans bien des contextes de réglementation.

Les difficultés que peut soulever l'utilisation d'un critère rigide fondé sur l'art. 7 dans le contexte de la *Securities Act* sont évidentes. Plusieurs intervenants soutiennent avec vigueur que si notre Cour devait accorder une immunité générale contre l'utilisation de la preuve dérivée aux personnes qui font l'objet d'une enquête fondée sur l'art. 128, elle minerait sensiblement leur capacité d'administrer efficacement la réglementation sur les valeurs mobilières et de la faire respecter. Je suis d'accord. Un règlement est inutile à moins de pouvoir également être appliqué efficacement, et une information est d'une utilité limitée à moins que l'on puisse agir sur la foi de celle-ci.

Il est facile d'affirmer que nous permettons à l'État de poursuivre certaines fins importantes en matière réglementaire, en concluant à la contraignabilité de certaines personnes à témoigner à des enquêtes fondées sur la *Securities Act*, mais il faut prendre soin de ne pas contrecarrer ces mêmes fins en accordant inconditionnellement aux personnes visées par ces enquêtes une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. L'existence d'une telle immunité pourrait neutraliser en grande partie la capacité des organismes de réglementation d'appliquer la Loi. Ce serait, en outre, contrecarrer l'un des principaux objets des pouvoirs d'enquête conférés en vertu de l'art. 128 de la Loi.

I must emphasize again that, unlike the traditional criminal law domain, the very nature of the securities industry is such that the information necessary for effective enforcement will generally be in the hands of private parties. Compelling the testimony of certain individuals may be the only reasonable means by which regulators can obtain evidence or gain a full appreciation of important information. The alternative, which I believe to be far less palatable, is for investigators to resort to highly intrusive search and seizure powers. This Court has previously recognized and taken into consideration the difficulties involved in regulating activities in a licensed sphere, where important information is generally only in the possession of the private individuals whose activity is the focus of the regulation: *Wholesale Travel*, *supra*, and *Ellis-Don*, *supra*. I believe that it is indisputable that the present case calls for a similarly contextualized application of s. 7 principles.

As always, a delicate balance must be forged. On one hand, of course, we must not deny individuals the fullest possible *Charter* protections where a reasonable and less intrusive alternative measure exists by which to address the pressing and substantial desired objective. Moreover, federalism concerns already dictate that provincial securities statutes not confer upon administrative or enforcement agencies powers that would trench upon the federal jurisdiction over criminal law and procedure. On the other hand, however, we must not so handcuff securities enforcement agencies within the Constitution as to prevent them from being able to perform their jobs effectively, and fulfil their mandate of protecting the public interest.

I accept the interveners' submission that the *Securities Act* provides for both civil and criminal penalties in order to address the full range of behaviour that may be involved. I further accept that

Je dois réitérer que, contrairement au droit criminel traditionnel, la nature même du secteur des valeurs mobilières est telle que les renseignements nécessaires à son exécution efficace seront généralement entre les mains de particuliers. Il se peut que contraindre certaines personnes à témoigner soit le seul moyen raisonnable de permettre à un organisme de réglementation d'obtenir des éléments de preuve ou de procéder à une appréciation complète de renseignements importants. L'alternative qui, selon moi, est beaucoup moins acceptable consiste, pour les enquêteurs, à recourir à des pouvoirs fort envahissants en matière de fouilles, perquisitions et saisies. Notre Cour a déjà reconnu et pris en considération les difficultés liées à la réglementation d'activités dans un domaine assujéti à l'obtention de permis, où ce ne sont généralement que les particuliers dont l'activité est visée par cette réglementation qui possèdent d'importants renseignements: *Wholesale Travel* et *Ellis-Don*, précités. Il me semble incontestable que le présent pourvoi exige une application contextuelle semblable des principes de l'art. 7.

Comme toujours, un équilibre délicat doit être respecté. D'une part, il va sans dire que nous ne devons pas refuser à des personnes les garanties les plus complètes possibles qu'offre la *Charte*, lorsqu'il existe un autre moyen raisonnable et moins envahissant de répondre à l'objectif urgent et réel poursuivi. De plus, les intérêts du fédéralisme interdisent déjà que les lois provinciales en matière de valeurs mobilières confèrent aux organismes administratifs ou chargés de l'application de la loi des pouvoirs qui empièteraient sur la compétence que le Parlement fédéral possède relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle. D'autre part, cependant, nous ne devons pas emprisonner à ce point dans la Constitution les organismes chargés d'appliquer la loi en matière de valeurs mobilières de manière à les empêcher de faire leur travail efficacement et de s'acquitter de leur mandat de protection de l'intérêt public.

Je souscris à l'argument des intervenants, selon lequel la *Securities Act* prévoit des peines de nature civile et criminelle, de manière à viser tous les comportements possibles. Je reconnais égale-

imprisonment will generally be an exceptional remedy, saved for exceptional circumstances. Without the benefit of a closer examination of the specific contexts in which imprisonment may arise as a possible eventual consequence, I do not think that it is appropriate for this Court, at the subpoena stage, to define the exact parameters of appropriate derivative evidence immunity to come into effect at the trial stage. To the extent that my colleagues recognize that individuals will enjoy some s. 7 derivative evidence immunity protection at the trial stage, I take them to leave open the possibility that this protection may vary according to context, and in particular according to the extent to which the various purposes underlying the principle against self-incrimination (e.g., reliability, privacy, dignity, fairness) are engaged in a given situation.

ment que l'emprisonnement sera généralement une réparation exceptionnelle réservée à des circonstances exceptionnelles. Sans avoir eu le bénéfice d'une étude plus poussée des contextes spécifiques dans lesquels l'emprisonnement peut représenter une conséquence éventuelle, il ne convient pas, à mon avis, que notre Cour définisse, à l'étape du subpoena, les paramètres exacts de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée applicable à l'étape du procès. Dans la mesure où mes collègues reconnaissent que des personnes bénéficieront, en vertu de l'art. 7, d'une certaine immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée à l'étape du procès, je considère qu'ils laissent ouverte la possibilité que cette protection varie dépendant du contexte et, notamment, dépendant de la mesure dans laquelle les divers objectifs qui sous-tendent le principe interdisant l'auto-incrimination (p. ex., la fiabilité, la vie privée, la dignité, l'équité) entrent en jeu dans une situation donnée.

94 I would like to remark upon one last practical implication of coping with derivative evidence immunity. Often, particularly in the regulatory context, prosecuting authorities will seek a substantial fine rather than imprisonment upon conviction, notwithstanding that the legislation also provides for the possibility of imprisonment. In my opinion, if the authorities know at the outset of the prosecution that they will not be seeking imprisonment upon conviction, then I see no reason why they cannot apprise both the accused and the trial judge of this fact at the beginning of the trial proceedings. Under such circumstances, since no possibility of a deprivation of liberty would therefore exist, there would consequently be no need for a court to engage in any derivative evidence immunity analysis under s. 7 of the *Charter*. In this way, particularly in complex investigations, the spectre of lengthy *voir dire*s into whether or not the Crown would have had the evidence "but for" the compelled testimony will not be necessary. Both the court and the parties involved will spare themselves considerable time and resources, and only those *Charter* protections consistent with the peril

J'aimerais formuler une observation sur une dernière conséquence pratique de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Souvent, particulièrement dans le contexte de la réglementation, la poursuite réclamera, en cas de déclaration de culpabilité, l'imposition d'une amende considérable plutôt que l'emprisonnement, même si la loi en cause prévoit la possibilité d'un emprisonnement. À mon avis, si la poursuite sait au début des procédures qu'elle ne réclamera pas de peine d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité, alors je ne vois aucune raison de l'empêcher d'informer de ce fait l'accusé et le juge dès l'ouverture du procès. Dans ces circonstances, un tribunal n'aurait pas à procéder à une analyse de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, puisqu'il n'y aurait plus aucun risque de privation de liberté. De même, particulièrement dans des enquêtes complexes, il ne sera plus nécessaire de faire face au spectre de longs voir-dire pour déterminer si le ministère public aurait obtenu les éléments de preuve «n'eût été» la contrainte à témoigner. Et le tribunal et les parties en cause s'épargneront du temps et des ressources considérables, et il n'y aura plus qu'à envisager les garanties de la *Charte*

faced by the individual accused need be contemplated.

### C. Document Production

I agree with Sopinka and Iacobucci JJ. that the compulsion to produce pre-existing documents in s. 128(1)(c) of the *Securities Act* does not violate s. 7 of the *Charter* if it is found that the person subpoenaed is compellable to testify. I believe it necessary to elaborate slightly upon their remarks, however.

Unlike testimonial compulsion, for which special considerations apply, it is not necessary to recognize any additional protections at the trial stage in order for pre-existing documents to be compellable at the subpoena stage. Indeed, as I noted in *Thomson Newspapers, supra*, at p. 588:

... 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. ... Thus, there is no suggestion that the use of such evidence in a subsequent trial would affect the fairness of the proceedings.

A clear line must be drawn between, on one hand, the compelled production of pre-existing documents and, on the other hand, the compelled production of documents which are themselves produced pursuant to statutory compulsion. While the latter may, indeed, engage some self-incriminatory concerns since the individual will have generated them under state compulsion, it is evident that the former should not engage such concerns since they have not been generated subject to any such compulsion.

This conclusion is fortified by some very real and pragmatic concerns. The securities domain is a

compatibles avec le péril auquel est exposée la personne accusée.

### C. La production de documents

Je suis d'accord avec les juges Sopinka et Iacobucci que la contrainte à produire des documents préexistants, prévue à l'al. 128(1)c) de la *Securities Act*, ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte* si on décide que le témoin assigné est contraignable. Cependant, j'estime nécessaire d'apporter quelques précisions au sujet de leurs observations.

Contrairement à la contrainte à témoigner, à laquelle s'appliquent des considérations spéciales, il n'est pas nécessaire de reconnaître des garanties additionnelles à l'étape du procès pour pouvoir, à l'étape du subpoena, forcer la production de documents préexistants. En fait, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 588:

... 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 [...]. 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.

Une ligne de démarcation claire doit être établie entre la production forcée de documents préexistants, d'une part, et la production forcée de documents constitués en vertu d'une obligation légale. Bien que, dans ce dernier cas, la production forcée de documents puisse effectivement susciter des craintes d'auto-incrimination étant donné que la personne les aura constitués sous la contrainte de l'État, il est évident que le premier scénario ne devrait pas susciter de telles craintes puisque les documents en question n'ont alors pas été constitués sous une telle contrainte.

Certaines préoccupations très réelles et pragmatiques viennent renforcer cette conclusion. Le

95

96

97

licensed field, which individuals enter for their own profit. Pre-existing documents are often the focus of investigations under the *Securities Act*. It would render the *Securities Act* virtually unenforceable to preclude the authorities from relying upon such documents at subsequent proceedings against the individuals who produced them. Moreover, given the complexity of securities matters, I suspect that it would also be virtually impossible for the Crown to demonstrate that it did not use the documents to gain an appreciation of the evidence against the individual. Indeed, we must recall that the compelled production of documents is the least intrusive means possible by which the state can obtain the documents, and therefore the most consistent with maintaining the dignity and privacy of the individuals involved. It would be wholly counter-intuitive to conclude that the state could not use such documents, or evidence derived therefrom, to incriminate the individual unless it obtained those documents through a far more invasive search and seizure procedure which would, in turn, be far more likely to affront notions of privacy, dignity and fairness to the individual.

domaine des valeurs mobilières est un secteur assujéti à l'obtention de permis, et les personnes qui s'y engagent le font pour leur propre profit. Les documents préexistants sont souvent au cœur des enquêtes fondées sur la *Securities Act*. Ce serait rendre la *Securities Act* pratiquement inapplicable que d'empêcher la poursuite de se fonder sur ces documents dans des procédures ultérieures intentées contre les personnes qui les produisent. Par ailleurs, compte tenu de la complexité des questions de valeurs mobilières, j'ai le sentiment qu'il serait aussi pratiquement impossible pour le ministère public de démontrer qu'il n'a pas utilisé ces documents pour obtenir une appréciation des éléments de preuve contre cette personne. En fait, il faut nous rappeler que la production forcée de documents constitue le moyen le moins envahissant possible de permettre à l'État de les obtenir et, en conséquence, le moyen le plus compatible avec la préservation de la dignité et de la vie privée des personnes en cause. Il serait tout à fait contraire au bon sens de conclure que l'État ne pourrait pas utiliser ces documents ni les éléments de preuve dérivés tirés de ceux-ci, pour incriminer la personne en cause, à moins qu'il n'ait obtenu ces documents au moyen d'une procédure de fouille, de perquisition et de saisie beaucoup plus envahissante qui, à son tour, serait beaucoup plus susceptible de contrevenir aux notions de vie privée, de dignité et d'équité de la personne.

98 As a result, I am satisfied that there is nothing whatsoever that is fundamentally unfair or otherwise contrary to s. 7 of the *Charter* in requiring the production of such records and in the possibility that such records may subsequently be relied upon by the state in a proceeding against the individual who has been compelled to produce them. The "but for" standard adopted by the majority of this Court in *S. (R.J.)* does not apply at the trial stage to pre-existing documents. I also agree with my colleagues, however, that the question of the compellability of documents produced pursuant to statutory obligation is not raised in this appeal, and therefore remains to be addressed in future cases.

En conséquence, je suis convaincue qu'il n'y a rien de fondamentalement inéquitable ou, par ailleurs, de contraire à l'art. 7 de la *Charte* dans le fait d'exiger la production de ces dossiers et dans le risque que ceux-ci soient subséquentement invoqués par l'État dans des procédures engagées contre la personne qui a été contrainte à les produire. Le critère du «n'eût été» adopté par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *S. (R.J.)* ne s'applique pas, à l'étape du procès, aux documents préexistants. Cependant, je conviens également avec mes collègues que la question de la contrainte à produire des documents constitués en vertu d'une obligation légale n'est pas soulevée en l'espèce, et qu'elle devra donc être tranchée dans le cadre d'autres pourvois.



D. Disposition

Accordingly, I would dismiss the appeal, and answer the constitutional questions in the manner proposed by Sopinka and Iacobucci JJ.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. — I agree with the reasons of Justice Sopinka and Justice Iacobucci. I also agree with the additional comments of Justice L'Heureux-Dubé relating to evidence in a regulatory context.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Rees-Thomas & Company, Richmond, B.C.*

*Solicitor for the respondent: Mark L. Skwarok, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: George Thomson, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.*

D. Dispositif

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon proposée par les juges Sopinka et Iacobucci.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — Je suis d'accord avec les motifs des juges Sopinka et Iacobucci. Je souscris également aux commentaires additionnels du juge L'Heureux-Dubé concernant la preuve dans un contexte de réglementation.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Rees-Thomas & Company, Richmond (C.-B.).*

*Procureur de l'intimée: Mark L. Skwarok, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: George Thomson, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.*