

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Amway Corporation *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. V. AMWAY CORP.

File No.: 20232.

1988: October 5; 1989: January 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Amway Corporation *Intimée*

a

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. C. AMWAY CORP.

b

N° du greffe: 20232.

1988: 5 octobre; 1989: 19 janvier.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Evidence — Compellability — Right of person charged with an offence not be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of that offence — Corporation sued civilly for forfeiture under Customs Act — Application made to examine officer of corporation — Whether or not s. 11(c) applicable — If so, whether or not legislation justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(c).

Evidence — Compellability — Corporation sued civilly for forfeiture under Customs Act — Application made to examine officer of corporation — Whether or not respondent a witness and therefore not compellable pursuant to s. 4(1) of Canada Evidence Act — Whether or not rules of common law and equity prevent respondent's being examined on discovery in forfeiture proceedings — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 4(1), 5 — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 102, 180, 192, 252.

Respondent was convicted under the *Criminal Code* of making false declarations with respect to goods imported into Canada to avoid duty and paid a fine. Appellant, prior to this conviction, commenced an action in Federal Court alleging that the respondent and Amway of Canada Limited incurred a forfeiture pursuant to the ss. 180 and 192 of the *Customs Act*, by making untrue declarations and passing false invoices, and alternatively under s. 192 by undervaluing the goods. Appellant further claimed that the respondent and Amway of Canada Limited were liable for duties

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Preuve — Contraignabilité — Droit de l'inculpé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche — Action civile en confiscation intentée contre la société en application de la Loi sur les douanes — Demande visant à faire subir un interrogatoire préalable à l'un des dirigeants de la société — L'article 11c) est-il applicable? — Dans l'affirmative, la mesure législative est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11c).

Preuve — Contraignabilité — Action civile en confiscation intentée contre la société en application de la Loi sur les douanes — L'intimée est-elle un témoin et donc non contraignable conformément à l'art. 4(1) de la Loi sur la preuve au Canada? — Les règles de common law et d'equity empêchent-elles l'intimée de subir un interrogatoire préalable dans des procédures visant l'exécution d'une confiscation? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(1), 5 — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 102, 180, 192, 252.

L'intimée a été déclarée coupable en vertu du *Code criminel* d'avoir fait de fausses déclarations au sujet de marchandises importées au Canada pour éviter de payer des droits et elle a acquitté une amende. Avant que l'intimée soit ainsi déclarée coupable, l'appelante a intenté une action en Cour fédérale dans laquelle elle alléguait que l'intimée et Amway du Canada Limitée encouraient la confiscation de leurs marchandises conformément aux art. 180 et 192 de la *Loi sur les douanes*, pour avoir fait de fausses déclarations et avoir produit de fausses factures, et subsidiairement, en vertu

and taxes payable on the imported goods pursuant to s. 102 of the Act.

Upon completion of the pleadings in this action and following the examination for discovery of appellant's nominee, appellant brought an application in the Federal Court Trial Division requesting an order pursuant to Rule 465(1) of the *Federal Court Rules* that respondent produce one of its officers for examination for discovery. The Federal Court of Appeal reversed the Trial Division's decision to grant the application. The issue here was whether the respondent may be ordered to produce an officer for examination for discovery pursuant to Rule 465(1). In addition, two constitutional questions were stated for consideration: whether Rule 465 infringed s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by requiring a corporate defendant to be examined for discovery in an action brought pursuant to ss. 180 and 192 of the *Customs Act*, and if so, whether such examination was justified under s. 1.

Held: The appeal should be allowed; the first constitutional question should be answered in the negative.

Any right of respondent to resist an order for discovery of its officer must be determined by reference to its rights at common law and not under s. 4(1) of the *Canada Evidence Act*. At common law an accused was neither competent nor compellable as a witness. Section 4(1) only addresses competence and the common law rule with respect to the non-compellability of an accused person at the instance of the Crown was left intact.

The common law privileges against self-incrimination were assumed, without deciding, not to have been subsumed in the *Charter* provisions.

A defendant in actions for forfeitures and penalties enjoyed three rights at common law: (1) to resist an order for discovery in forfeiture actions; (2) to resist an order for discovery in penalty actions; (3) to remain silent in the face of any question put to the defendant on discovery or at trial which tended to incriminate the defendant or subject the defendant to a forfeiture or penalty. There may also have been a right, comparable to that of an accused in a criminal proceeding not to be

de l'art. 192 pour les avoir sous-évaluées. L'appelante a soutenu en outre que l'intimée et Amway du Canada Limitée étaient tenues de payer des droits et des taxes sur les marchandises importées, conformément à l'art. 102 de la Loi.

Une fois les actes de procédure de cette action déposés et après l'interrogatoire préalable de la personne désignée de l'appelante, cette dernière a présenté, devant la Division de première instance de la Cour fédérale, conformément à la règle 465(1) des *Règles de la Cour fédérale*, une requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant à l'intimée de faire témoigner l'un de ses dirigeants lors d'un interrogatoire préalable. La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Division de première instance qui avait fait droit à la requête. La question en l'espèce est de savoir s'il peut être ordonné à l'intimée de faire témoigner l'un de ses dirigeants lors d'un interrogatoire préalable, conformément à la règle 465(1). De plus, deux questions constitutionnelles ont été formulées: la règle 465 porte-t-elle atteinte à l'al. 11(c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où elle oblige une société défenderesse à subir un interrogatoire préalable dans une action intentée en vertu des art. 180 et 192 de la *Loi sur les douanes* et, dans l'affirmative, cet interrogatoire est-il justifié en vertu de l'article premier?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Le droit de l'intimée de refuser d'obtempérer à l'ordonnance d'interroger au préalable l'un de ses dirigeants doit être établi en fonction de ses droits en *common law* et non en application du par. 4(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. En *common law*, un accusé n'était ni habile à témoigner ni un témoin contraignable. Le paragraphe 4(1) ne porte que sur l'habilité et la règle de *common law* est demeurée intacte en ce qui concerne l'impossibilité de contraindre une personne accusée à témoigner à la demande de la poursuite.

La Cour a tenu pour acquis, toutefois le décider, que les privilèges de *common law* de ne pas s'incriminer n'ont pas été subsumés dans les dispositions de la *Charte*.

Un défendeur dans une action en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation bénéficie de trois droits en *common law*: (1) il peut refuser d'obtempérer à une ordonnance d'interrogatoire préalable dans une action en exécution d'une confiscation; (2) il peut refuser d'obtempérer à une ordonnance d'interrogatoire préalable dans une action en recouvrement d'une amende; (3) il peut garder le silence à l'égard de toute question qui lui est posée à l'interrogatoire préalable ou

compelled at trial to testify at the instance of the party seeking to enforce the penalty or forfeiture, but that right did not extend to officers or employees of a corporation.

The broad discovery provisions of Rule 465 of the *Federal Court Rules* and of s. 5 of the *Canada Evidence Act* ended the existence of these rules. The enforcement of the first two rules against discovery in actions for forfeitures and penalties is out of keeping with the practice in our courts, reflected in Rule 465, to widen all avenues of discovery. Any policy against actions for forfeiture is now contained in various statutory provisions empowering the Court to grant relief from forfeiture and penalties. The third rule, the privilege of a witness against self-incrimination, was replaced by s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

A corporation *per se* cannot be a witness and therefore cannot come within s. 11(c) of the *Charter*. There is only one witness under examination, the officer testifying for the corporation, not the corporation itself. The mere fact that rules of evidence permit greater latitude in the source of the information given by the witness does not transform the source into a witness. It would strain the interpretation of s. 11(c) if an artificial entity were held to be a witness. Section 11(c) 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. Its language is not adequate to overrule the cases denying corporations the common law right against compellability at trial at the instance of the Crown. It was not necessary to consider whether a corporation was a person and it was assumed that the proceedings in question amounted to being charged with an offence.

It was unnecessary to deal with whether the claim should be characterized as being one for duties and taxes.

The place of examination ought to have been fixed after affording the parties an opportunity to make representation and file any additional material required.

au procès et qui vise à l'incriminer ou à l'assujettir au paiement d'une amende ou à l'exécution d'une confiscation. Il a pu également exister un droit comparable à celui que possède un accusé dans des procédures criminelles de ne pas être contraint à témoigner au procès à la demande de la partie qui cherche à obtenir le recouvrement d'une amende ou l'exécution d'une confiscation, mais ce droit n'était pas accordé aux dirigeants ou aux employés d'une société.

Les dispositions générales de la règle 465 des *Règles de la Cour fédérale* et de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* concernant l'interrogatoire préalable ont mis fin à l'existence de ces règles. L'application des deux premières règles interdisant l'interrogatoire préalable dans les actions en exécution d'une confiscation ou en recouvrement d'une amende n'est pas conforme à la pratique de nos tribunaux, reflétée à la règle 465, qui consiste à élargir tous les moyens de procéder à la tenue d'un interrogatoire préalable. Toute politique interdisant les actions en exécution d'une confiscation se trouve maintenant dans diverses dispositions législatives qui permettent au tribunal d'accorder un redressement contre la confiscation et les amendes. Quant à la troisième règle, savoir le privilège d'un témoin de ne pas s'incriminer, elle a été remplacée par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Une société en soi ne peut être un témoin et ne peut donc être visée par l'al. 11c) de la *Charte*. Il n'y a qu'un seul témoin qui subit l'interrogatoire et c'est le dirigeant qui témoigne au nom de la société et non la société elle-même. Le simple fait que les règles de preuve permettent une plus grande latitude concernant la source des renseignements que le témoin communique n'a pas pour effet de transformer cette source en témoin. Ce serait forcer l'interprétation de l'al. 11c) que de conclure qu'une entité artificielle est un témoin. L'alinéa 11c) 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. Sa formulation ne permet pas de rejeter les décisions où on a refusé aux sociétés le droit de *common law* de ne pas être contraintes de témoigner à la demande de la poursuite au procès. Il n'est pas nécessaire de décider si une société est une personne et on a tenu pour acquis que, dans la poursuite intentée en l'espèce, l'intimée était inculpée.

Il n'est pas nécessaire de traiter de la question de savoir si la demande devrait être qualifiée de demande visant le paiement de droits et de taxes.

On aurait dû fixer le lieu de l'interrogatoire préalable après avoir accordé aux parties la possibilité de formuler des observations et de déposer tout autre document

In the absence of agreement as to the place of examination, this aspect of the matter should be remitted to the judge hearing the application to fix the place of examination in accordance with Rule 465(12).

supplémentaire requis. En l'absence d'une entente quant au lieu de l'interrogatoire préalable, cet aspect de l'affaire devrait être renvoyé au juge saisi de la demande pour qu'elle détermine le lieu de cet interrogatoire conformément à la règle 465(12).

Cases Cited

Considered: *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the Court of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 204; *Pyneboard Pty. Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 45 A.L.R. 609; **referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465; *R. v. J. J. Beamish Construction Co.*, [1967] 1 C.C.C. 301; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Attorney-General v. Radloff* (1854), 10 Ex. 84, 156 E.R. 366; *R. v. N. M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 679; *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253; *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] A.C. 547; *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412; *R. v. Fox* (1899), 18 O.P.R. 343; *Malcolm v. Race* (1894), 16 O.P.R. 330; *Pickrel River Improvement Co. v. Moore* (1896), 17 O.P.R. 287; *Rose v. Croden* (1902), 3 O.L.R. 383; *Hodgson and Tait v. Turner* (1937), 51 B.C.R. 308; *Webster v. Solloway, Mills & Co.*, [1931] 1 D.L.R. 831; *Triplex Safety Glass Co. v. Lancegay Safety Glass 1934, Ltd.*, [1939] 2 K.B. 395; *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77; *Re PPG Industries Canada Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 3 C.C.C. (3d) 97; *Rasins v. Foodcorp Ltd.*, [1980] 1 F.C. 729.

Statutes and Regulations Cited

Act to Restrict the Importation and Employment of Aliens, S.C. 1896-97, c. 11.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 2, 4(1), 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(c), 13.
Civil Evidence Act 1968 (U.K.), 1968, c. 64, ss. 14(1), 16(1)(a).
Constitution Act, 1982.
Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, s. 111.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 338(1)(a).
Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 102, 180, 192, 252.
Evidence Act, R.S.B.C. 1948, c. 113, s. 5.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 46(1).
Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, s. 465(1), (7), (12).

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the Court of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 204; *Pyneboard Pty. Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 45 A.L.R. 609; **arrêts mentionnés:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; *R. v. J. J. Beamish Construction Co.*, [1967] 1 C.C.C. 301; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Attorney-General v. Radloff* (1854), 10 Ex. 84, 156 E.R. 366; *R. c. N. M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 679; *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253; *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] A.C. 547; *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412; *R. v. Fox* (1899), 18 O.P.R. 343; *Malcolm v. Race* (1894), 16 O.P.R. 330; *Pickrel River Improvement Co. v. Moore* (1896), 17 O.P.R. 287; *Rose v. Croden* (1902), 3 O.L.R. 383; *Hodgson and Tait v. Turner* (1937), 51 B.C.R. 308; *Webster v. Solloway, Mills & Co.*, [1931] 1 D.L.R. 831; *Triplex Safety Glass Co. v. Lancegay Safety Glass 1934, Ltd.*, [1939] 2 K.B. 395; *Klein v. Bell*, [1955] R.C.S. 309; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77; *Re PPG Industries Canada Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 3 C.C.C. (3d) 97; *Rasins c. Foodcorp Ltd.*, [1980] 1 C.F. 729.

Lois et règlements cités

Acte à l'effet de restreindre l'importation et l'emploi des aubains, S.C. 1896-97, chap. 11.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(c), 13.
Civil Evidence Act 1968 (R.-U.), 1968, chap. 64, art. 14(1), 16(1)(a).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 338(1)(a).
Evidence Act, R.S.B.C. 1948, chap. 113, art. 5.
Loi constitutionnelle de 1982.
Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, chap. 11, art. 111.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 46(1).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 2, 4(1), 5.
Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 102, 180, 192, 252.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 32.

Trade Practices Act 1974, (Australia) 1974, No. 51.

Witness Declaratory Act (U.K.), 46 Geo. III, c. 37.

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswells, 1987.

United Kingdom. Law Reform Committee. Sixteenth Report. *Privilege in Civil Proceedings*. London: H.M.S.O., 1967.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1987] 2 F.C. 133, 34 D.L.R. (4th) 190, allowing an appeal from a judgment of Reed J., [1987] 1 F.C. 3, [1986] 2 C.T.C. 148, 21 C.R.R. 238. Appeal allowed; the first constitutional question should be answered in the negative.

Edward Sojonky, Q.C., and *Michail F. Ciavaglia*, for the appellant.

John Brown, Q.C., *Neil Finkelstein* and *Jeff Galway*, for the respondent.

No one appearing for the intervener the Attorney General for Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The issue in this case is whether the respondent may be ordered to produce an officer for examination for discovery pursuant to Rule 465(1) of the *Federal Court Rules*, C.R.C. 1978, c. 663. The Trial Division of the Federal Court had so ordered. The Federal Court of Appeal reversed this decision. Her Majesty the Queen appeals to this Court from that reversal.

The action in which an examination is sought arose out of the following circumstances. The respondent was convicted on November 10, 1983, under s. 338(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, of making false declarations with respect to certain goods imported into Canada and thereby avoiding the payment of duty

Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, chap. 663, art. 465(1), (7), (12).

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 32.

Trade Practices Act 1974, (Australie) 1974, n° 51.

Witness Declaratory Act (R.-U.), 46 Geo. III, chap. 37.

Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswells, 1987.

United Kingdom. Law Reform Committee. Sixteenth Report. *Privilege in Civil Proceedings*. London: H.M.S.O., 1967.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1987] 2 C.F. 133, 34 D.L.R. (4th) 190, qui a accueilli un appel de la décision du juge Reed, [1987] 1 C.F. 3, [1986] 2 C.T.C. 148, 21 C.R.R. 238. Pourvoi accueilli; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Edward Sojonky, c.r., et *Michail F. Ciavaglia*, pour l'appelante.

John Brown, c.r., *Neil Finkelstein* et *Jeff Galway*, pour l'intimée.

Personne n'a comparu au nom de l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—La question en l'espèce est de savoir s'il peut être ordonné à l'intimée de faire témoigner l'un de ses dirigeants lors d'un interrogatoire préalable, conformément à la règle 465(1) des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C. 1978, chap. 663. La Division de première instance de la Cour fédérale a rendu une ordonnance en ce sens. La Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision. Sa Majesté la Reine se pourvoit devant cette Cour contre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale.

L'action au sujet de laquelle un interrogatoire est demandé découle des circonstances suivantes. Le 10 novembre 1983, l'intimée a été déclarée coupable, en vertu de l'al. 338(1)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 et ses modifications, d'avoir fait de fausses déclarations au sujet de certaines marchandises importées au Canada et

on those goods. It was ordered to pay and did pay a fine in the amount of \$20,000,000.

On January 4, 1980, prior to the conviction under the *Criminal Code*, the appellant commenced, in the Federal Court of Canada, an action alleging that the respondent, together with Amway of Canada Limited, had provided false documentation when importing goods into Canada and had failed to set out the true market value of those goods. The appellant charged that in making untrue declarations and passing false invoices, the companies incurred a forfeiture pursuant to ss. 180 and 192 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, as amended. The appellant alleged in the alternative that the respondent undervalued the goods and thereby incurred a forfeiture pursuant to s. 192 of the Act. In addition to these "deemed forfeitures", the appellant further claimed that the respondent and Amway of Canada Limited were liable for duties and taxes payable on the imported goods pursuant to s. 102 of the Act.

Upon completion of the pleadings in this action and following the examination for discovery of the nominee of the appellant, the appellant brought an application in the Federal Court Trial Division requesting an order that the respondent produce for examination for discovery one of its officers. The application was opposed on two main grounds: (1) that at common law a court would not require a defendant to submit to discovery in an action to enforce a penalty or forfeiture, and (2) that the respondent was not required to produce any person to be examined for discovery in view of s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

On the respondent's first ground, Reed J., in the Trial Division, examined the historical development of the privilege against self-incrimination in actions for forfeitures and penalties. She concluded that the practice of extending immunity from

d'avoir ainsi évité de payer des droits sur ces marchandises. On a ordonné à l'intimée de payer une amende de 20 000 000 \$, qu'elle a acquittée.

Le 4 janvier 1980, avant que l'intimée soit déclarée coupable en application du *Code criminel*, l'appelante a intenté une action en Cour fédérale du Canada dans laquelle elle alléguait que l'intimée et Amway du Canada Limitée avaient produit de faux documents au moment d'importer des marchandises au Canada et qu'elles n'avaient pas indiqué la valeur marchande réelle de ces marchandises. L'appelante a allégué qu'en faisant de fausses déclarations et en produisant de fausses factures, les sociétés encourageaient la confiscation de leurs marchandises conformément aux art. 180 et 192 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40 et ses modifications. L'appelante a allégué subsidiairement que l'intimée avait sous-évalué les marchandises qui étaient donc susceptibles de confiscation conformément à l'art. 192 de la Loi. En plus de ces «confiscations présumées», l'appelante a allégué que l'intimée et Amway du Canada Limitée étaient tenues de payer des droits et des taxes sur les marchandises importées, conformément à l'art. 102 de la Loi.

Une fois les actes de procédure de cette action déposés et après l'interrogatoire préalable de la personne désignée de l'appelante, cette dernière a présenté, devant la Division de première instance de la Cour fédérale, une requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant à l'intimée de faire témoigner l'un de ses dirigeants lors d'un interrogatoire préalable. L'intimée s'y est opposée en invoquant deux moyens principaux: (1) en *common law*, un tribunal ne saurait ordonner à un défendeur de se soumettre à un interrogatoire préalable lorsque l'action porte sur le recouvrement d'une amende ou l'exécution d'une confiscation et (2) l'intimée n'était pas obligée de faire témoigner quelqu'un à l'interrogatoire préalable compte tenu de l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Quant au premier moyen soulevé par l'intimée, le juge Reed de la Division de première instance a examiné l'évolution historique du privilège de ne pas s'incriminer dans les cas de confiscations et d'amendes. Elle a conclu que la pratique qui con-

examinations for discovery and the right not to answer questions as a witness were both abrogated in Canada by the enactment of the *Canada Evidence Act*, S.C. 1893, c. 31. This change is now found in s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as amended. With respect to the second ground, Reed J. concluded that s. 11(c) of the *Charter* applies to a "deemed forfeiture" proceeding in the Federal Court because of the action's "penal" nature. Applying the criteria in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Her Ladyship concluded that Rule 465 is a reasonable limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*. In the result, she ordered that upon an appointment being served upon its solicitors, the respondent produce the requested officers for examination for discovery.

In the Federal Court of Appeal, Mahoney J., speaking for the court, held that by virtue of s. 2 of the *Canada Evidence Act*, that Act applied to the proceedings, and that s. 4(1) of the Act protected the respondent from being compelled to produce an officer for an examination for discovery. His Lordship pointed out that this argument was apparently not made before Reed J. and accordingly was not addressed. Mahoney J. agreed with the application of s. 11(c) as found by Reed J., but disagreed that Rule 465 could constitute a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. His Lordship reasoned that an incompetent or non-compellable witness could not be made competent or compellable by a rule of practice. If Rule 465 purported to achieve this result it would be *ultra vires* the rule-making authority of s. 46(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, which precludes passage of a rule which is inconsistent with the *Canada Evidence Act*. His Lordship also held that, in the circumstances, Reed J. had improperly delegated to the examiner the responsibility of selecting the place at which the examination for discovery was to be conducted.

siste à accorder l'immunité contre les interrogatoires préalables et le droit de ne pas répondre aux questions en qualité de témoin ont tous les deux été abolis par l'adoption de l'*Acte de la preuve en Canada*, S.C. 1893, chap. 31. Ce changement se retrouve maintenant à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10 et ses modifications. Quant au deuxième moyen, le juge Reed a conclu que l'al. 11c) de la *Charte* s'applique à une procédure relative à une «confiscation présumée» en Cour fédérale en raison de la nature «pénale» de l'action. Appliquant le critère de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge a conclu que la règle 465 constituait une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, au sens de l'article premier de la *Charte*. En définitive, elle a ordonné que, suite à une convocation signifiée à ses procureurs, l'intimée fasse témoigner à l'interrogatoire préalable les dirigeants requis.

En Cour d'appel fédérale, le juge Mahoney, s'exprimant au nom de la cour, a conclu que l'art. 2 de la *Loi sur la preuve au Canada* rendait cette loi applicable aux procédures et qu'en vertu du par. 4(1) de la Loi l'intimée ne pouvait être contrainte à faire témoigner l'un de ses dirigeants lors d'un interrogatoire préalable. Il a souligné que le juge Reed n'avait apparemment pas été saisi de cet argument et qu'elle n'en avait donc pas traité. Le juge Mahoney s'est dit d'accord avec l'application de l'al. 11c) retenue par le juge Reed, mais il n'était pas d'avis que la règle 465 pouvait constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Selon le raisonnement du juge Mahoney, une règle de pratique ne pouvait avoir pour effet de rendre habile à témoigner une personne qui ne le serait pas ni de rendre contraignable un témoin non contraignable. Si la règle 465 visait ce résultat, elle outrepasserait le pouvoir de réglementation conféré par le par. 46(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, qui empêche l'adoption d'une règle incompatible avec la *Loi sur la preuve au Canada*. Le juge Mahoney a également conclu que, dans les circonstances, le juge Reed avait eu tort de déléguer à l'examineur la responsabilité de choisir le lieu de l'interrogatoire préalable.

In this Court, the respondent supported the judgment of the Federal Court of Appeal on the following grounds:

1. The respondent is a person charged with an offence and a witness within the meaning of s. 4(1) of the *Canada Evidence Act* and cannot therefore be compelled to produce an officer to attend on the examination for discovery and answer questions. a
 2. A rule of common law and equity prevents the respondent from being examined on discovery in penal proceedings to enforce a forfeiture. b
 3. Rule 465 cannot apply to compel an officer of the respondent to testify because a requirement that an officer testify would constitute a rule of substantive law and not of practice and procedure. Section 252 of the *Customs Act* which provides for the application of the usual practice and procedure of the court in civil cases in any suit for the recovery of any penalty or forfeiture, could not render such a requirement applicable. c
 4. The respondent is protected by s. 11(c) and s. 7 of the *Charter* from being compelled to be a witness in these proceedings. d
 5. This action is for forfeiture only and not for debt or a claim for duties and taxes under s. 102. e
 6. In the circumstances, Reed J. improperly delegated to the Examiner the court's power to fix the place of examination. f
1. L'intimée est une personne accusée d'une infraction ainsi qu'un témoin au sens du par. 4(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* et ne peut donc être contrainte à présenter un dirigeant pour répondre aux questions de l'interrogatoire préalable. a
 2. Une règle de *common law* et d'*equity* empêche l'intimée de subir un interrogatoire préalable dans des procédures pénales visant l'exécution d'une confiscation. b
 3. La règle 465 ne peut s'appliquer pour contraindre un dirigeant de l'intimée à témoigner parce que cette obligation constituerait une règle de fond et non une règle de pratique et de procédure. L'article 252 de la *Loi sur les douanes* qui prévoit l'application des règles de pratique et de procédure ordinaires de la cour dans les causes civiles et dans toute poursuite pour le recouvrement d'une amende ou l'exécution d'une confiscation ne pourrait rendre cette obligation applicable. c
 4. L'alinéa 11c) et l'art. 7 de la *Charte* accordent à l'intimée le droit de ne pas être contrainte de témoigner contre elle-même dans ces procédures. d
 5. Il s'agit d'une action qui ne porte que sur la confiscation et non sur une dette ou une demande de paiement de droits ou de taxes en application de l'art. 102. e
 6. Dans les circonstances, le juge Reed a eu tort de déléguer à l'examineur le pouvoir de déterminer le lieu de l'interrogatoire préalable. f

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on June 16, 1988:

1. Does Federal Court Rule 465 infringe on the right granted by s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that it requires a corporate defendant to be examined for discovery in an action brought pursuant to ss. 180 and 192 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40? i
1. La règle 465 des *Règles de la Cour fédérale* porte-t-elle atteinte au droit garanti par l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où elle oblige une société défenderesse à subir un interrogatoire préalable dans une action intentée en vertu des art. 180 et 192 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40? j

Devant cette Cour, l'intimée a appuyé l'arrêt de la Cour d'appel fédérale en invoquant les moyens suivants:

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is requiring a corporate defendant to be so examined justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ^a

Ground 1: Section 4(1) of the *Canada Evidence Act*

To succeed, the respondent's first submission requires an affirmative answer to both of the following propositions:

- (a) Amway Corporation is a person charged with an offence within the meaning of s. 4(1);
- (b) Section 4(1) prohibits compelling an officer of Amway to attend on an examination for discovery.

Section 4(1) provides:

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

If the respondent is a person charged within the meaning of s. 4(1) it must be further established that, by its terms, s. 4(1) prohibits the respondent from being compelled to attend on the examination for discovery. It is apparent from the words of the section that it addresses only one of the two components of the rights and obligations of a witness: that is, competence. It does not purport to deal with compellability. At common law an accused was neither competent nor compellable as a witness. By virtue of s. 4(1) of the *Canada Evidence Act*, first introduced in 1893 and amended by S.C. 1906, c. 10, s. 1, the common law was altered to make an accused a competent witness for the defence. These amendments left intact the common law with respect to the non-compellability of an accused person at the instance of the Crown. The history of these changes in the law of evidence is reviewed by Cartwright J. in *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, at pp. 471-73. The effect of the amendments was stated more explicitly in *R. v. J. J. Beamish*

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'obligation pour une société défenderesse de subir un tel interrogatoire est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Premier moyen: Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*

Pour que l'intimée ait gain de cause relativement à son premier moyen, les deux propositions suivantes doivent recevoir une réponse affirmative:

- a) Amway Corporation est une personne accusée d'infraction au sens du par. 4(1);
- b) Le paragraphe 4(1) interdit de contraindre un dirigeant d'Amway à subir un interrogatoire préalable. ^b

Voici le texte du par. 4(1):

4. (1) Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf dispositions contraires du présent article, la femme ou le mari, selon le cas, de la personne accusée, sont habiles à rendre témoignage pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec quelque autre personne. ^e

Si l'intimée est une personne accusée au sens du par. 4(1), il faut établir en outre que, de par ses termes, le par. 4(1) interdit de contraindre l'intimée à subir un interrogatoire préalable. Il ressort des termes du paragraphe que celui-ci ne porte que sur l'un des deux aspects des droits et des obligations d'un témoin, savoir l'habilité. Il n'a pas pour objet de traiter de la contraignabilité. En *common law*, un accusé n'était ni habile à témoigner ni un témoin contraignable. En vertu du par. 4(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, adopté pour la première fois en 1893 et modifié par S.C. 1906, chap. 10, art. 1, la *common law* a été modifiée de manière à faire d'un accusé un témoin habile à témoigner pour la défense. Ces modifications ont laissé la *common law* intacte en ce qui concerne l'impossibilité de contraindre une personne accusée à témoigner à la demande de la poursuite. Le juge Cartwright examine l'historique de ces modifications du droit de la preuve dans l'arrêt *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465, aux pp. 471 à 473. L'arrêt *R. v. J. J.*

Construction Co., [1967] 1 C.C.C. 301, at p. 340: "The privilege of an accused against self-incrimination is an ancient common law right which has not been altered by the *Canada Evidence Act*". In *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), the learned author states, at p. 194:

The general rule is that the accused is not a competent witness for the prosecution in any criminal case. The rule is the result of the common law which, so far as this point is concerned, has not been modified by the *Criminal Evidence Act 1898*, because that statute confers competence on the accused only as a witness for the defence.

Accordingly, any right of the respondent to resist an order for discovery of its officer must be determined by reference to its rights at common law and not under s. 4(1). The effect of these rights is addressed under the respondent's second submission.

Ground 2: Common Law Rights to Resist Discovery and Against Self-Incrimination

I am prepared to assume without deciding that the common law privileges against self-incrimination were not subsumed in the *Charter* provisions — an issue which is more squarely raised before this Court in *Thompson Newspapers v. The Director of Investigation and Research, Stelco Inc. v. The Attorney General of Canada and McKinlay Transport Limited v. The Queen*, (argued November 1 and 2, 1988).

In examining the rights of a defendant at common law in actions to enforce a forfeiture or penalty, it is necessary to bear in mind three separate and distinct concepts with respect to the defendant as a witness: competence, compellability and the privilege of a witness to refuse to answer questions tending to incriminate. These concepts and their historical background are reviewed in *Cross on Evidence, supra*, at pp. 187-90. The critical distinction between compellability and the privilege of a witness is well understood in the setting of a criminal trial. An accused charged

Beamish Construction Co., [1967] 1 C.C.C. 301, à la p. 340 explicite davantage l'effet de ces modifications: [TRADUCTION] «Le privilège de ne pas s'incriminer que possède un accusé est un vieux droit de *common law* que n'a pas modifié la *Loi sur la preuve au Canada*». Dans l'ouvrage *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), l'auteur affirme à la p. 194:

[TRADUCTION] La règle générale porte que l'accusé n'est pas un témoin habile à témoigner pour la poursuite dans une affaire criminelle. Cette règle provient de la *common law* qui, à cet égard, n'a pas été modifiée par l'*Acte de la preuve en Canada, 1898*, parce que cette loi ne rend l'accusé habile à témoigner que pour le compte de la défense.

Par conséquent, le droit de l'intimée de refuser d'obtempérer à l'ordonnance d'interroger au préalable l'un de ses dirigeants doit être établi en fonction de ses droits en *common law* et non en application du par. 4(1). L'effet de ces droits est abordé dans l'examen du deuxième moyen de l'intimée.

Deuxième moyen: Les droits de *common law* de refuser de subir un interrogatoire préalable et de ne pas s'incriminer

Je suis prêt à tenir pour acquis, sans toutefois le décider, que les privilèges de *common law* de ne pas s'incriminer n'ont pas été subsumés dans les dispositions de la *Charte*; cette question est posée plus directement à cette Cour dans les affaires *Thompson Newspapers c. Directeur des enquêtes et recherches, Stelco Inc. c. Procureur général du Canada et McKinlay Transport Limited c. La Reine* (entendues les 1^{er} et 2 novembre 1988).

En examinant les droits que la *common law* reconnaît à un défendeur dans les actions en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation, il est nécessaire d'avoir à l'esprit trois notions séparées et distinctes en ce qui concerne le défendeur en qualité de témoin: l'habilité, la contraignabilité et le privilège d'un témoin de refuser de répondre aux questions qui tendent à l'incriminer. Ces notions et leurs origines historiques sont examinées dans *Cross on Evidence, précité*, aux pp. 187 à 190. On saisit bien, dans le contexte d'un procès criminel, la distinction cruciale entre la

with an offence under the *Criminal Code* is not compellable to enter the witness box but once that person does, he or she is not excused from answering questions which may tend to incriminate. The accused has only the rights of any other witness: namely, to object to answer such questions and to obtain the protection afforded by s. 5 of the *Canada Evidence Act* (see *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, *supra*, at p. 473). With the advent of the *Charter* the accused can avail himself or herself of the wider protection afforded by s. 13 of the *Charter* (see McIntyre J. in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 377.)

Upon examining the authorities, it is apparent that a defendant in actions for forfeitures and penalties enjoyed three rights at common law:

1. to resist an order for discovery in forfeiture actions;
2. to resist an order for discovery in penalty actions;
3. to remain silent in the face of any question put to the defendant on discovery or at trial which tended to incriminate the defendant or subject the defendant to a forfeiture or penalty.

In addition, there may well have been a right comparable to that of an accused in a criminal proceeding not to be compelled at trial to testify at the instance of the party seeking to enforce the penalty or forfeiture (see *Attorney-General v. Radloff* (1854), 10 Ex. 84, 156 E.R. 366). In relation to corporations, however, any right not to be compelled to testify at trial was altered in Canada by *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the Court of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 204, and *R. v. N. M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 679. These cases determined that officers and employees, including an officer who is a directing mind, are compellable witnesses at the

contraignabilité et le privilège d'un témoin. Le prévenu accusé d'une infraction au *Code criminel* ne peut être contraint de se présenter à la barre, mais s'il s'y présente, il ne peut refuser de répondre aux questions qui peuvent tendre à l'incriminer. Le prévenu ne possède que les droits reconnus à tout autre témoin: il peut notamment refuser de répondre à ces questions et bénéficier de la protection accordée par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* (voir l'arrêt *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, précité, à la p. 473). Depuis l'avènement de la *Charte*, l'accusé peut invoquer la protection plus large qu'offre l'art. 13 de la *Charte* (voir le juge McIntyre dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 377.)

Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence examinées qu'un défendeur dans une action en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation bénéficie de trois droits en *common law*:

1. il peut refuser d'obtempérer à une ordonnance d'interrogatoire préalable dans une action en exécution d'une confiscation;
2. il peut refuser d'obtempérer à une ordonnance d'interrogatoire préalable dans une action en recouvrement d'une amende;
3. il peut garder le silence à l'égard de toute question qui lui est posée à l'interrogatoire préalable ou au procès et qui vise à l'incriminer ou à l'assujettir au paiement d'une amende ou à l'exécution d'une confiscation.

En outre, il a bien pu exister un droit comparable à celui que possède un accusé dans des procédures criminelles de ne pas être contraint à témoigner au procès à la demande de la partie qui cherche à obtenir le recouvrement d'une amende ou l'exécution d'une confiscation (voir l'arrêt *Attorney-General v. Radloff* (1854), 10 Ex. 84, 156 E.R. 366). Toutefois, les arrêts suivants sont venus modifier tout droit que pouvaient avoir les sociétés de ne pas se voir contraintes à témoigner dans un procès au Canada: *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the Court of York, Ex p. Corning Glass Works of Canada Ltd.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 204, et *R. c. N. M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 679. Ces arrêts ont

instance of the Crown where the corporation is accused of a criminal offence. Since a corporation can only testify through officers and employees, any right not to be compelled at trial was effectively removed. The principle of these cases applies *a fortiori* to a claim for forfeitures and penalties.

These three rights, enumerated above, were often subsumed under the general term "privilege against self-incrimination"; however, the rationale upon which they were based, as well as their character and operation, differed. The first two rights were rules of procedure adopted by the courts of common law and equity. A defendant could defeat an application for discovery by invoking the rule against discoveries in actions to enforce a forfeiture or penalty. In turn the reason for the rule differed in forfeiture actions and in penalty actions.

The character and operation of these three common law rights is examined in the Australian case of *Pyneboard Pty. Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 45 A.L.R. 609. In that case, the High Court of Australia considered whether a statutory provision (the *Trade Practices Act 1974*, (Australia) 1974, No. 51) which required documents and information to be furnished to the Commission on Trade Practices was subject to these rights and privileges. The court held that these rights and privileges could not survive the general and comprehensive language of the statute.

With respect actions for forfeiture and to the privilege against self-exposure to forfeiture, Murphy J. stated, at p. 621:

Privilege against self-exposure to forfeiture: In England, this probably arose out of the special regard for land rights originally secured by feudal tenures and later by entailing and other devices. The privilege against

établi que les dirigeants et les employés d'une société, y compris celui ou celle qui en est l'âme dirigeante, sont des témoins contraignables à la demande de la poursuite si la société est accusée d'une infraction criminelle. Puisqu'une société ne peut témoigner que par l'intermédiaire de ses dirigeants et employés, tout droit de ne pas être contraint à témoigner au procès a réellement été supprimé. Le principe de ces arrêts s'applique *a fortiori* à une requête en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation.

Ces trois droits qui viennent d'être énumérés ont souvent été subsumés sous l'expression générale «privilege de ne pas s'incriminer»; cependant, leur raison d'être ainsi que leur nature et leur application différaient. Les deux premiers droits étaient des règles de procédure adoptées par les tribunaux de *common law* et d'*equity*. Un défendeur pouvait obtenir le rejet d'une demande d'interrogatoire préalable en invoquant la règle interdisant la tenue de ces interrogatoires dans des actions en exécution d'une confiscation ou en recouvrement d'une amende. Par ailleurs le fondement de la règle était différent selon qu'il s'agissait d'une action en exécution d'une confiscation ou d'une action en recouvrement d'une amende.

La nature et l'application de ces trois droits de *common law* sont examinées dans la décision australienne *Pyneboard Pty. Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 45 A.L.R. 609. Dans cette affaire, la Haute Cour d'Australie a examiné si une mesure législative (la *Trade Practices Act 1974*, (Australie) 1974, n° 51) qui exigeait que les documents et renseignements requis soient fournis à la Commission on Trade Practices était assujettie à ces droits et privilèges. La cour a conclu que ces droits et privilèges ne pouvaient subsister devant la formulation générale de la Loi.

En ce qui concerne les actions en exécution d'une confiscation et le privilège de ne pas s'exposer à une confiscation, le juge Murphy affirme, à la p. 621:

[TRADUCTION] *Privilège de ne pas s'exposer à une confiscation:* En Angleterre, ce privilège découle probablement de l'attention particulière accordée aux droits sur les biens-fonds garantis à l'origine par les tenures

forfeiture seems to have been confined to forfeitures of realty, particularly leases. The recognition of such a privilege in modern Australia is, in my opinion, not justified.

The respondent in its factum (paragraph 106) took the position that this action was exclusively an action for forfeiture pursuant to the *Customs Act*. Accepting this characterization, the common law rule against discoveries would not apply as it was limited to forfeitures of real estate or an interest in real estate. I am, however, prepared to assume that this terminology was used to distinguish the claim from a claim for debt and that the action is more appropriately characterized as a penal action to enforce a forfeiture. With respect to actions for penalty and the privilege against self-exposure to penalties, Murphy J. said, at p. 621:

Privilege against self-exposure to penalties: The origin of this privilege seems to have been judicial hostility to common informers' suits for penalties; the courts would not assist any informer in any way by their procedures (see *Earl of Mexborough v Whitwood Urban District Council* [1897] 2 QB 111 at 114-5). Any general privilege against self-exposure to civil actions for penalties, especially a privilege available outside judicial proceedings, is difficult to justify.

It is an absurd state of the law if a witness, in a civil or criminal trial, can lawfully refuse to answer because the answer may tend to expose him or her to some ecclesiastical censure, or to forfeiture of a lease, or to a civil action for penalties, but may not refuse if the exposure is to some other civil loss, such as an action for damages, even punitive damages. In so far as such absurdity has been introduced or maintained by judicial decision (see *R v Associated Northern Collieries* (1910) 11 CLR 738 at 742; *Blunt v Park Lane Hotel Ltd* [1942] 2 KB 253 at 257) it can and should be erased by judicial decision. Whatever their standing in judicial

féodales et plus tard par le fief taillé et d'autres mécanismes. Le privilège de non-confiscation semble avoir été restreint aux biens réels, particulièrement aux baux. À mon avis, la reconnaissance de ce privilège en Australie contemporaine n'est pas justifiée.

Dans son mémoire (paragraphe 106), l'intimée a affirmé qu'il s'agissait exclusivement d'une action en exécution d'une confiscation intentée conformément à la *Loi sur les douanes*. Si l'on retenait cette qualification, la règle de *common law* interdisant les interrogatoires préalables ne s'appliquerait pas puisqu'elle était restreinte aux confiscations de biens réels ou à la déchéance d'un droit sur ceux-ci. Je suis cependant disposé à tenir pour acquis que cette terminologie a été utilisée pour distinguer la demande d'une réclamation visant une dette et qu'il est plus approprié de la qualifier d'action pénale en exécution d'une confiscation. En ce qui concerne les actions en recouvrement d'une amende et le privilège contre de ne pas s'exposer aux amendes, le juge Murphy affirme ceci, à la p. 621:

[TRADUCTION] *Privilège de ne pas s'exposer à une amende:* L'origine de ce privilège semble s'expliquer par l'hostilité judiciaire à l'égard des poursuites que les dénonciateurs intentaient dans le but d'obtenir le paiement des amendes; les tribunaux s'abstenaient de les aider de quelque façon que ce soit par leurs procédures (voir la décision *Earl of Mexborough v Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 QB 111, aux pp. 114 et 115). Tout privilège général de ne pas s'exposer à des actions civiles en recouvrement d'une amende, surtout un privilège pouvant être invoqué extrajudiciairement, est difficile à justifier.

L'état du droit est absurde si un témoin, dans une poursuite civile ou criminelle, peut légalement refuser de répondre aux questions parce que ses réponses pourraient l'exposer à une réprimande ecclésiastique, à la déchéance d'un droit conféré par bail ou à une action civile en recouvrement d'une amende, mais ne peut refuser de répondre s'il s'expose à d'autres pertes de nature civile comme dans le cas d'une action en dommages-intérêts et même en dommages-intérêts punitifs. Dans la mesure où les tribunaux sont, par leurs décisions, à l'origine de cette absurdité ou l'ont maintenue (voir les décisions *R v Associated Northern Collieries* (1910), 11 CLR 738, à la p. 742; *Blunt v Park Lane Hotel Ltd.*, [1942] 2 KB 253, à la p. 257), ce sont les tribunaux qui peuvent et qui devraient la faire disparaître. Quelle que puisse être la place qu'occupent ces

proceedings, I see no reason for recognizing such privileges outside judicial proceedings.

Although the first two rules are separate and distinct from the third (see *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111), all three were often treated as a package in the English authorities (see, for example, *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253). This was no doubt because all three were grounded in a policy of the courts to assist as little as possible the party bringing an action to enforce a penalty or forfeiture.

The trend in Britain where these rules originated has been to purify the privilege against self-incrimination and purge it of its civil aspects. Prior to 1806 it was thought that a witness could rely on the privilege to refuse to answer a question which might expose him to civil liability other than a forfeiture or penalty. The *Witness Declaratory Act* (U.K.), 46 Geo. III, c. 37, abolished the right to refuse to answer questions tending to establish civil liability except in actions for penalty or forfeiture. In 1968, acting on a recommendation of the 16th Report of the Law Reform Committee, the *Civil Evidence Act 1968* (U.K.), 1968, c. 64, abolished the privilege to refuse to answer questions or produce documents in respect of forfeitures (s. 16(1)(a)) but retained it in proceedings for the recovery of a penalty (s. 14(1)). This development in the English law is dealt with by Lord Denning in *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] A.C. 547, at p. 563. No reference is made in either s. 14(1) or by Lord Denning in *Rio Tinto Zinc*, to the practice relating to discoveries, and the status in England of this ancient rule of practice is uncertain.

In Canada these rules have had a chequered career. In *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412 (B.C.C.A.), Wilson J. at trial alluded to the lack

privileges dans les procédures judiciaires, je ne vois aucune raison d'en reconnaître l'existence en dehors de ces procédures.

Bien que les deux premières règles soient séparées et distinctes de la troisième (voir la décision *Mexborough (Earl of) v. Whitwood Urban District Council*, [1897] 2 Q.B. 111), elles ont souvent été considérées comme un tout dans la jurisprudence et la doctrine britanniques (voir, par exemple, la décision *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253). Cela est dû sans aucun doute au fait que les trois règles étaient fondées sur une politique des tribunaux consistant à prêter le moins possible leur assistance à la partie qui intentait une action en vue de recouvrer une amende ou d'exécuter une confiscation.

En Grande-Bretagne, où ces règles ont pris naissance, la tendance a été de purifier le privilège de ne pas s'incriminer et de le dépouiller de tous ses aspects civils. Avant 1806, on croyait qu'un témoin pouvait invoquer ce privilège pour refuser de répondre à une question qui pourrait engager sa responsabilité civile dans des domaines autres que la confiscation ou l'amende. La *Witness Declaratory Act* (R.-U.), 46 Geo. III, chap. 37, a aboli le droit de refuser de répondre aux questions tendant à établir la responsabilité civile du témoin sauf dans les actions en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation. En 1968, suite à une recommandation du 16^e rapport du Law Reform Committee, la *Civil Evidence Act 1968* (R.-U.), 1968, chap. 64, a aboli le privilège de refuser de répondre aux questions ou de produire des documents en matière de confiscation (al. 16(1)a)), mais l'a maintenu dans les procédures en recouvrement d'une amende (par. 14(1)). Lord Denning traite de cette évolution du droit anglais dans l'arrêt *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] A.C. 547, à la p. 563. Ni le par. 14(1) ni lord Denning dans l'arrêt *Rio Tinto Zinc* ne font état de la pratique concernant les interrogatoires préalables et le statut de cette ancienne règle de pratique en Angleterre n'est pas clair.

Au Canada, ces règles ont connu des hauts et des bas. Dans l'arrêt *Grevas v. R.* (1956), 18 W.W.R. 412 (C.A.C.-B.), le juge Wilson a fait

of logic in a rule which impedes the ascertainment of truth. Although he recognized the existence of the rule in forfeiture cases, he stated, at p. 414:

... that I do not seek to extend the application of this curious rule which, despite its general approval in the cases cited, seems to me an anomalous one allowing a man to deny in his pleadings that he has broken a contract, and subsequently to refuse to answer on oath questions relating to his denial.

The Court of Appeal reversed Wilson J. While acknowledging the existence of the rule, the Court severely limited its application by restricting it to a case seeking to bring about a forfeiture. Since a forfeiture had already been accomplished, the Crown was held to be entitled to discovery in order to support its case.

The Ontario Divisional Court in *R. v. Fox* (1899), 18 O.P.R. 343, allowed discovery in an action to recover a penalty for violation of the *Alien Labour Act*, S.C. 1896-97, c. 11. The majority was of the view that with the enactment of s. 5 of the *Canada Evidence Act* which required a witness to answer questions tending to subject the witness to an action for a penalty or forfeiture, *inter alia*, the foundation for the existence of the rule disappeared. Rose J., dissenting, was of the view that a person examined for discovery was not a witness within the meaning of s. 5 and therefore his or her rights were untouched by the enactment of s. 5. The rule has also been referred to in several other Canadian cases. See, for example, *Malcolm v. Race* (1894), 16 O.P.R. 330; *Pickerel River Improvement Co. v. Moore* (1896), 17 O.P.R. 287; *Rose v. Croden* (1902), 3 O.L.R. 383 (Div. Ct.); and *Hodgson and Tait v. Turner* (1937), 51 B.C.R. 308.

In my opinion none of the three rules has any basis in our law. They were grounded in a policy from a bygone era, a policy which does not exist in Canada today. With respect to actions of forfeiture, the rules applied only to forfeiture of land or

allusion, au procès, à l'absence de logique dans une règle qui empêche de découvrir la vérité. Bien qu'il ait reconnu l'existence de la règle dans les cas de confiscation, il a affirmé, à la p. 414:

^a [TRADUCTION] ... je ne veux pas étendre l'application de cette règle étrange qui, malgré l'approbation générale dont elle fait l'objet dans les décisions mentionnées, me semble anormale du fait qu'elle permet à une personne de nier, dans ses actes de procédure, qu'elle a violé un contrat et de refuser ensuite de répondre, sous serment, à des questions qui portent sur cette négation.

La Cour d'appel a infirmé la décision du juge Wilson. Tout en reconnaissant l'existence de la règle, la cour en a sévèrement restreint l'application aux cas visant à réaliser une confiscation. Puisque la confiscation avait déjà eu lieu, la cour a conclu que la poursuite avait le droit de tenir un interrogatoire préalable à l'appui de sa cause.

La Cour divisionnaire de l'Ontario a, dans la décision *R. v. Fox* (1899), 18 O.P.R. 343, autorisé la tenue d'un interrogatoire préalable dans une action intentée en vue de recouvrer une amende infligée pour la violation de l'Acte à l'effet de restreindre l'importation et l'emploi des aubains, S.C. 1896-97, chap. 11. Les juges formant la majorité étaient d'avis que l'existence de la règle n'était plus justifiée depuis l'adoption de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui obligeait un témoin à répondre aux questions qui l'exposaient à une action en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation notamment. Le juge Rose, dissident, était d'avis qu'une personne interrogée au préalable n'était pas un témoin au sens de l'art. 5 et que, par conséquent, ses droits n'étaient pas touchés par l'adoption de l'art. 5. On a également fait mention de la règle dans plusieurs autres décisions canadiennes. Voir, par exemple, les décisions *Malcolm v. Race* (1894), 16 O.P.R. 330, *Pickerel River Improvement Co. v. Moore* (1896), 17 O.P.R. 287, *Rose v. Croden* (1902), 3 O.L.R. 383 (C. div.), et *Hodgson and Tait v. Turner* (1937), 51 B.C.R. 308.

À mon avis, aucune des trois règles n'est justifiée dans notre droit. Elles étaient fondées sur une politique d'une époque révolue, une politique qui n'a pas cours au Canada aujourd'hui. En ce qui concerne les actions en exécution d'une confisca-