

T-70-85

T-70-85

F. K. Clayton Group Limited and Frederick Keith Clayton (Applicants)

v.

Minister of National Revenue, Canada and James Bagnall, Director-Taxation of the London District Tax Office of the Department of National Revenue, Taxation, (as at April 17, 1984) and R. O. Bailey, Special Investigator under the *Income Tax Act*, and Attorney General for Canada (Respondents)

INDEXED AS: *F. K. CLAYTON GROUP LTD. v. CANADA (M.N.R.)*

Trial Division, Walsh J.—Toronto, March 18; Ottawa, March 27, 1986.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Search or seizure — Seizure and retention of documents under Income Tax Act s. 231(1)(d) and 231(2) — Whether contrary to Charter s. 8 — Whether Charter s. 24(1) requiring order for return of documents to owner — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 8, 24(1),(2) — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231(1)(d),(2),(4),(9), 239 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10(1),(3) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(1)(a).

Income tax — Seizures — Seizure and retention of documents pursuant to Act s. 231(1)(d) and 231(2) — Both provisions contrary to Charter s. 8 — Criteria for order for return of documents to owner — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231(1)(d),(2),(4),(9), 239 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), s. 8.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Income tax — Seizure of documents pursuant to Act s. 231(1)(d) — Retention of documents pursuant to County Court Judge's order under Act s. 231(2) pending criminal proceedings — Application to quash: a) seizure, b) application pursuant to which retention order issued — Act s. 231(1)(d) and 231(2) contrary to Charter s. 8 — Attack against retention not collateral attack against County Court Judge's order as attack not directed against order but against right to seek retention order — As seizure not unreasonable and as Charter s. 24(1) not necessarily requiring order for return of documents to owner, documents, even if illegally obtained, may be retained until termination of criminal proceedings — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28 — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231(1)(d),(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitu-

F. K. Clayton Group Limited et Frederick Keith Clayton (requérants)

a c.

Ministre du Revenu national du Canada et James Bagnall, Directeur-impôt du Bureau de district de London du ministère du Revenu national, Impôt (au 17 avril 1984) et R. O. Bailey, enquêteur spécial nommé en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et procureur général du Canada (intimés)

RÉPERTORIÉ: *F. K. CLAYTON GROUP LTD. c. CANADA (M.R.N.)*

Division de première instance, juge Walsh— Toronto, 18 mars; Ottawa, 27 mars 1986.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Fouilles, perquisitions ou saisies — Saisie et retenue de documents en vertu de l'art. 231(1)(d) et 231(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Y a-t-il incompatibilité avec l'art. 8 de la Charte? — L'art. 24(1) de la Charte exige-t-il une ordonnance de restitution de documents au propriétaire? — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 8, 24(1),(2) — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 231(1)(d),(2),(4),(9), 239 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 10(1),(3) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1)(a).

Impôt sur le revenu — Saisies — Saisie et retenue de documents en vertu de l'art. 231(1)(d) et 231(2) de la Loi — Ces deux dispositions vont à l'encontre de l'art. 8 de la Charte — Critère pour l'ordonnance de restitution de documents au propriétaire — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 231(1)(d),(2),(4),(9), 239 — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 8.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Impôt sur le revenu — Saisie de documents en vertu de l'art. 231(1)(d) de la Loi — Retenue de documents en vertu de l'ordonnance rendue par un juge de la Cour de comté sous le régime de l'art. 231(2) de la Loi, en attendant une poursuite pénale — Demande d'annulation: a) de la saisie, b) de la demande en vertu de laquelle l'ordonnance de retenue a été rendue — L'art. 231(1)(d) et 231(2) de la Loi va à l'encontre de l'art. 8 de la Charte — La contestation de la retenue ne constitue pas une attaque indirecte contre l'ordonnance, puisque la contestation ne vise pas l'ordonnance mais le droit de solliciter une ordonnance de retenue — La saisie n'étant pas abusive et l'art. 24(1) de la Charte n'exigeant pas nécessairement une ordonnance portant remise de documents au propriétaire, les documents, même s'ils ont illégalement été obtenus, peuvent être retenus jusqu'à la fin de la poursuite pénale —

tion Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 8, 24(1).

In the course of a tax audit, a taxation officer discovered a probable violation of section 239 of the *Income Tax Act* and seized various documents, books and records pursuant to paragraph 231(1)(d) of the Act. Upon an application pursuant to subsection 231(2) of the Act, a County Court Judge issued an order authorizing the Minister to retain the documents until their production in criminal proceedings.

The applicants move for an order pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* and section 24 of the Charter to quash the seizure and the application for the retention order. They argue that paragraph 231(1)(d) and subsection 231(2) of the Act both violate section 8 of the Charter and that the seizure and the application are therefore null and void. They further argue that the search, seizure, removal and possession of the documents is unreasonable, illegal, irregular, null and void. An order for the return of the documents is also sought.

Held, paragraph 231(1)(d) and subsection 231(2) of the Act are contrary to section 8 of the Charter but the documents can be retained until the termination of the criminal proceedings.

On the facts, no fault can be found in the conduct of the taxation officer who ordered the seizure nor in relying on paragraph 231(1)(d) to make it. It should be noted that at that time, none of the cases (*Kruger, Vespoli, Southam*) where search or seizure provisions of statutes were struck down as contrary to section 8 of the Charter had been decided. The real issue is whether paragraph 231(1)(d) infringes the Constitution Act and hence renders the seizure invalid. On the basis of the majority decision of the Federal Court of Appeal in *Kruger* and *Vespoli*—which struck down subsection 231(4)—and the comprehensive and sweeping statements made by the Supreme Court of Canada in *Southam*, the inevitable conclusion is that paragraph 231(1)(d) and subsection 231(2) are in the same category as subsection 231(4) and are contrary to section 8 of the Charter.

The attack against the application for a retention order does not constitute a collateral attack by prerogative writ on the order issued by the County Court Judge. It is not the order of the County Court Judge itself which is under attack but rather the right pursuant to subsection 231(2) to seek such an order, which right is itself dependent on the right to seize the documents pursuant to paragraph 231(1)(d).

The main issue, however, is whether subsection 24(1) of the Charter requires the return of the documents seized. That provision requires consideration not merely of whether the seizure is unconstitutional, but also of whether it was reasonable. As a question of fact, it would have been neither feasible nor reasonable to delay taking possession of the documents; the seizure was therefore reasonable. Given the criteria found in the case law, the fact that the seizure was not unreasonable,

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 18, 28 — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 231(1)d),(2) — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 a (R.-U.), art. 8, 24(1).

Au cours d'une vérification fiscale, un agent de l'impôt a découvert une violation possible de l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et il a saisi divers documents, livres et registres conformément à l'alinéa 231(1)d) de la Loi. Sur demande fondée sur le paragraphe 231(2) de la Loi, un juge de la Cour de comté a rendu une ordonnance autorisant le Ministre à retenir les documents jusqu'à leur production dans une poursuite pénale.

Les requérants s'appuient sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* et l'article 24 de la Charte pour conclure à une ordonnance portant annulation de la saisie et de la demande d'ordonnance de retenue. Ils font valoir que l'alinéa 231(1)d) et le paragraphe 231(2) de la Loi sont tous deux incompatibles avec l'article 8 de la Charte, et que la saisie et la demande sont de ce fait nulles et de nul effet. Ils soutiennent en outre que la fouille, la perquisition, la saisie, l'enlèvement et la possession des documents sont abusifs, illégaux, irréguliers, nuls et sans effet. Il est également sollicité une ordonnance portant restitution des documents.

Jugement: l'alinéa 231(1)d) et le paragraphe 231(2) de la Loi vont à l'encontre de l'article 8 de la Charte, mais les documents peuvent être retenus jusqu'à la fin de la poursuite pénale.

Compte tenu des faits, la conduite de l'agent de l'impôt qui a ordonné la saisie et le recours à l'alinéa 231(1)d) pour le faire n'ont rien de répréhensible. Il convient de souligner que, à cette époque, aucune des décisions (*Kruger, Vespoli, Southam*) où les dispositions législatives sur les fouilles, perquisitions ou la saisie ont été déclarées invalides parce que contraires à l'article 8 de la Charte n'avait été rendue. La véritable question se pose de savoir si l'alinéa 231(1)d) enfreint la Loi constitutionnelle et rend donc inopérante la saisie. Compte tenu de l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel dans *Kruger* et *Vespoli*—qui ont déclaré invalide le paragraphe 231(4)—et des déclarations très générales faites par la Cour suprême du Canada dans *Southam*, force est de conclure que l'alinéa 231(1)d) et le paragraphe 231(2) sont de la même catégorie que le paragraphe 231(4), et vont à l'encontre de l'article 8 de la Charte.

La contestation de la demande d'ordonnance de retenue ne constitue pas une attaque indirecte, par voie de bref de prérogative, de l'ordonnance rendue par le juge de la Cour de comté. Ce n'est pas l'ordonnance du juge de la Cour de comté elle-même qui est attaquée, mais plutôt le droit sous le régime du paragraphe 231(2) de solliciter une telle ordonnance, lequel droit dépend lui-même du droit de saisir les documents sous l'empire de l'alinéa 231(1)d).

La question principale se pose toutefois de savoir si le paragraphe 24(1) de la Charte exige la restitution des documents saisis. Cette disposition exige l'examen non seulement de la question de savoir si la saisie est inconstitutionnelle, mais aussi de la question de savoir si elle était abusive. Dans les faits, il n'aurait été ni possible ni raisonnable de différer la prise de possession des documents; la saisie était donc raisonnable. Étant donné les critères dégagés par la jurisprudence, le fait

that subsection 24(1) of the Charter does not necessarily require the return of illegally seized documents to their owner, and that the law in Canada does not necessarily exclude from consideration at trial illegally obtained evidence, the relevant documents can be retained until the termination of the criminal proceedings in which the respondents intend to use them. It should be noted that if the documents were ordered returned at this time, it might be difficult if not impossible for the Trial Judge to obtain them to rule on their admissibility.

que la saisie n'était pas abusive, que le paragraphe 24(1) de la Charte n'exige pas nécessairement la restitution au propriétaire des documents illégalement saisis et que le droit canadien n'exclut pas forcément de la preuve au procès les éléments de preuve illégalement obtenus, les documents pertinents peuvent être retenus jusqu'à la fin de la procédure pénale où les intimés ont l'intention de les utiliser. Il convient de souligner que si la restitution des documents était ordonnée à ce stade, il serait difficile, voire impossible, pour le juge de première instance de les obtenir pour se prononcer sur leur admissibilité.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter et al. v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; 84 DTC 6467; *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535; 84 DTC 6478 (C.A.); *Vespoli, D. et al. v. The Queen et al.* (1984), 84 DTC 6489 (F.C.A.); *Lewis, G.B. v. M.N.R. et al.* (1984), 84 DTC 6550 (F.C.T.D.); *The Queen v. Dzagic, D.* (1985), 85 DTC 5252 (Ont. H.C.); *Dobney Foundry Ltd. v. A. G. Can.*, [1985] 3 W.W.R. 626 (B.C.C.A.); *The Queen v. Rowbotham, et al.*, judgment dated November 20, 1984, Ont. S.C., Ewaschuk J., not yet reported.

DISTINGUISHED:

New Garden Restaurant and Tavern Limited et al. v. M.N.R. (1983), 83 DTC 5338 (Ont. H.C.); *The Queen v. Roth, R.A. et al.* (1984), 84 DTC 6181 (Ont. H.C.).

CONSIDERED:

Bertram S. Miller Ltd. v. The Queen, [1985] 1 F.C. 72 (T.D.); *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.); *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.); *Skis Rossignol Canada Ltée/Ltd. v. Hunter*, [1985] 1 F.C. 162; 15 C.R.R. 184 (T.D.); *Lagiorgia v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 438; 85 DTC 5554 (T.D.); *R. v. Jagodic et al.* (1985), 15 C.R.R. 146 (N.S.S.C.); *Re Chapman and The Queen* (1984), 46 O.R. (2d) 65 (C.A.); *R. v. Cameron* (1984), 13 C.R.R. 13 (B.C.C.A.); *R. v. Noble* (1984), 48 O.R. (2d) 643 (C.A.).

REFERRED TO:

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Marcoux, R. and C.* (1985), 85 DTC 5453 (Alta. Prov. Ct.); *The Queen and Stickney*, judgment dated January 22, 1985, Alberta, McNaughton J., not yet reported; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; (1978), 78 DTC 6528; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; 9 C.C.C. (3d) 97.

COUNSEL:

J. A. Giffen, Q.C. for applicants.
Susan P. Lee for respondents.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; 84 DTC 6467; *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535; 84 DTC 6478 (C.A.); *Vespoli, D. et autres c. La Reine et autres* (1984), 84 DTC 6489 (C.A.F.); *Lewis, G.B. c. M.R.N. et autres* (1984), 84 DTC 6550 (C.F. 1^{re} inst.); *The Queen v. Dzagic, D.* (1985), 85 DTC 5252 (H.C. Ont.); *Dobney Foundry Ltd. v. A. G. Can.*, [1985] 3 W.W.R. 626 (C.A.C.-B.); *The Queen v. Rowbotham, et al.*, jugement en date du 20 novembre 1984, C.S. Ont., juge Ewaschuk, encore inédit.

DISTINCTION FAITE AVEC:

New Garden Restaurant and Tavern Limited et al. v. M.N.R. (1983), 83 DTC 5338 (H.C. Ont.); *The Queen v. Roth, R.A. et al.* (1984), 84 DTC 6181 (H.C. Ont.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Bertram S. Miller Ltd. c. La Reine, [1985] 1 C.F. 72 (1^{re} inst.); *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.); *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.); *Skis Rossignol Canada Ltée/Ltd. c. Hunter*, [1985] 1 C.F. 162; 15 C.R.R. 184 (1^{re} inst.); *Lagiorgia c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 438; 85 DTC 5554 (1^{re} inst.); *R. v. Jagodic et al.* (1985), 15 C.R.R. 146 (C.S.N.É.); *Re Chapman and The Queen* (1984), 46 O.R. (2d) 65 (C.A.); *R. v. Cameron* (1984), 13 C.R.R. 13 (C.A.C.-B.); *R. v. Noble* (1984), 48 O.R. (2d) 643 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Marcoux, R. and C.* (1985), 85 DTC 5453 (C. prov. Alta.); *The Queen and Stickney*, jugement en date du 22 janvier 1985, Alberta, juge McNaughton, encore inédit; *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; (1978), 78 DTC 6528; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; 9 C.C.C. (3d) 97.

AVOCATS:

J. A. Giffen, c.r., pour les requérants.
Susan P. Lee pour les intimés.

SOLICITORS:

Giffen & Partners, London, Ontario, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

WALSH J.: Applicants move for an order pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] and section 24 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*]—

(a) quashing the seizure and taking away of the documents by respondent, Mr. R. O. Bailey, on December 22, 1983;

(b) quashing the application pursuant to subsection 231(2) of the *Income Tax Act* [R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1)], dated April 17, 1984, signed by the respondent James Bagnall for the retention of the documents by the Minister of National Revenue until they are produced in any court proceedings.

ON THE GROUNDS THAT:

(i) Paragraph 231(1)(d) and subsection 231(2) of the *Income Tax Act* are inconsistent with section 8 of the *Constitution Act, 1982* and of no force or effect.

(ii) The said application is inconsistent with section 8 of the *Constitution Act, 1982* and of no force or effect.

(iii) The said application is illegal, irregular, null and void.

(iv) The search, seizure, removal and possession of the seized effects as executed by the respondents and their representatives is unreasonable, illegal, irregular, null and void.

Applicants also seek an order for the return of the documents, as well as any copies and extracts thereof seized and taken away on December 22, 1983, by the respondent R. O. Bailey and retained pursuant to the application of respondent James Bagnall dated April 17, 1984.

PROCUREURS:

Giffen & Partners, London (Ontario), pour les requérants.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE WALSH: Les requérants se fondent sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10] et sur l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)*] pour solliciter une ordonnance—

a) annulant la saisie de documents effectuée par l'intimé M. R. O. Bailey le 22 décembre 1983;

b) annulant la demande fondée sur le paragraphe 231(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.R.C. 1952, chap. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1)] et signée le 17 avril 1984 par l'intimé James Bagnall pour obtenir que le ministre du Revenu national retienne les documents jusqu'à leur production en cour.

POUR LES MOTIFS QUE:

i) L'alinéa 231(1)d) et le paragraphe 231(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* vont à l'encontre de l'article 8 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et sont inopérants.

ii) Ladite demande est incompatible avec l'article 8 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et est inopérante.

iii) Ladite demande est illégale, irrégulière, nulle et sans effet.

iv) Les fouilles ou perquisitions ainsi que la saisie, l'enlèvement et la possession des effets saisis, par les intimés et leurs représentants, sont abusifs, illégaux, irréguliers et nuls et de nul effet.

Les requérants sollicitent également une ordonnance en vue d'obtenir la restitution des documents et de leurs copies et extraits, saisis et emportés le 22 décembre 1983 par l'intimé R. O. Bailey et retenus en vertu de la demande présentée par l'intimé James Bagnall le 17 avril 1984.

Sections of the *Income Tax Act* in effect at the relevant times which bear on the matter may be cited as follows:

231. (1) Any person thereunto authorized by the Minister, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, may, at all reasonable times, enter into any premises or place where any business is carried on or any property is kept or anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

(a) audit or examine the books and records and any account, voucher, letter, telegram or other document which relates or may relate to the information that is or should be in the books or records or the amount of tax payable under this Act,

(b) examine property described by an inventory or any property, process or matter an examination of which may, in his opinion, assist him in determining the accuracy of an inventory or in ascertaining the information that is or should be in the books or records or the amount of any tax payable under this Act,

(c) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give him all reasonable assistance with his audit or examination and to answer all proper questions relating to the audit or examination either orally or, if he so requires, in writing, on oath or by statutory declaration and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with him, and

(d) if, during the course of an audit or examination, it appears to him that there has been a violation of this Act or a regulation, seize and take away any of the documents, books, records, papers or things that may be required as evidence as to the violation of any provision of this Act or a regulation.

(2) The Minister shall,

(a) within 120 days from the date of seizure of any documents, books, records, papers or things pursuant to paragraph (1)(d), or

(b) if within that time an application is made under this subsection that is, after the expiration of that time, rejected, then forthwith upon the disposition of the application,

return the documents, books, records, papers or things to the person from whom they were seized unless a judge of a superior court or county court, on application made by or on behalf of the Minister, supported by evidence on oath establishing that the Minister has reasonable and probable grounds to believe that there has been a violation of this Act or a regulation and that the seized documents, books, records, papers or things are or may be required as evidence in relation thereto, orders that they be retained by the Minister until they are produced in any court proceedings, which order the judge is hereby empowered to give on *ex parte* application.

(4) Where the Minister has reasonable and probable grounds to believe that a violation of this Act or a regulation has been committed or is likely to be committed, he may, with the

Voici les articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* applicables à l'époque en cause:

231. (1) Toute personne qui y est autorisée par le Ministre, pour toute fin relative à l'application ou à l'exécution de la présente loi, peut, en tout temps raisonnable, pénétrer dans tous lieux ou endroits dans lesquels l'entreprise est exploitée ou des biens sont gardés, ou dans lesquels il se fait quelque chose se rapportant à des affaires quelconques, ou dans lesquels sont ou devraient être tenus des livres ou registres, et

a) vérifier ou examiner les livres et registres, et tout compte, pièce justificative, lettre, télégramme ou autre document qui se rapporte ou qui peut se rapporter aux renseignements qui se trouvent ou devraient se trouver dans les livres ou registres, ou le montant de l'impôt exigible en vertu de la présente loi,

b) examiner les biens décrits dans un inventaire ou tous biens, procédés ou matière dont l'examen peut, à son avis, lui aider à déterminer l'exactitude d'un inventaire ou à contrôler les renseignements qui se trouvent ou devraient se trouver dans les livres ou registres, ou le montant de tout impôt exigible en vertu de la présente loi,

c) obliger le propriétaire ou le gérant des biens ou de l'entreprise et toute autre personne présente sur les lieux de lui prêter toute aide raisonnable dans sa vérification ou son examen, et de répondre à toutes questions appropriées se rapportant à la vérification ou à l'examen, soit oralement, soit, si cette personne l'exige, par écrit, sous serment ou par déclaration exigée par la loi et, à cette fin, obliger le propriétaire ou le gérant de l'accompagner sur les lieux, et

d) si, au cours d'une vérification ou d'un examen, il lui semble qu'une infraction à la présente loi ou à un règlement a été commise, cette personne autorisée peut saisir et emporter tous documents, registres, livres, pièces ou choses qui peuvent être requis comme preuves de l'infraction à toute disposition de la présente loi ou d'un règlement.

(2) Le Ministre doit retourner les documents, livres, registres, pièces ou choses à la personne sur qui ils ont été saisis

a) dans les 120 jours de la date de la saisie de tous documents, registres, livres, pièces ou choses conformément à l'alinéa (1)d), ou

b) si pendant ce délai une demande est faite en vertu de ce paragraphe et est rejetée après l'expiration du délai, immédiatement après le rejet de la demande,

à moins qu'un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, sur demande faite par ou pour le Ministre avec preuve fournie sous serment établissant que le Ministre a des motifs raisonnables pour croire qu'il y a eu infraction à la présente loi ou à un règlement et que les documents, registres, livres, pièces ou choses saisis sont ou peuvent être requis comme preuves à cet égard, n'ordonne qu'ils soient retenus par le Ministre jusqu'à leur production en cour, ordonnance que le juge peut rendre sur demande *ex parte*.

(4) Lorsque le Ministre a des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction à cette loi ou à un règlement a été commise ou sera probablement commise, il peut, avec l'agrément d'un

approval of a judge of a superior or county court, which approval the judge is hereby empowered to give on *ex parte* application, authorize in writing any officer of the Department of National Revenue, together with such members of the Royal Canadian Mounted Police or other peace officers as he calls on to assist him and such other persons as may be named therein, to enter and search, if necessary by force, any building, receptacle or place for documents, books, records, papers or things that may afford evidence as to the violation of any provision of this Act or a regulation and to seize and take away any such documents, books, records, papers or things and retain them until they are produced in any court proceedings.

(9) Where any book, record or other document has been seized, examined or produced under this section, the person by whom it is seized or examined or to whom it is produced or any officer of the Department of National Revenue may make, or cause to be made, one or more copies thereof and a document purporting to be certified by the Minister or a person thereunto authorized by the Minister to be a copy made pursuant to this section is admissible in evidence and has the same probative force as the original document would have if it had been proven in the ordinary way.

It is not in dispute that during the course of a tax audit of F. K. Clayton Group Limited by R. O. Bailey, an officer of the Department of National Revenue, pursuant to section 231 of the *Income Tax Act* ledgers and other books and documents of the company for the years 1977 to 1982 were examined as well as the tax returns of F. K. Clayton Group Limited and Frederick Keith Clayton for the taxation years 1978 to 1982.

As a result of the investigation it was ascertained that a number of items were charged to the company allegedly for personal purchases or work done for or on behalf of F. K. Clayton or his family, and when questioned about them on December 21, 1983 by Mr. Bailey in the presence of another officer of the Department, R. J. Churchill, he allegedly made a number of admissions relating to these entries and payments.

Mr. Bailey states in an affidavit dated April 17, 1984 that as a result of this he had reasonable and probable grounds to believe that a violation of section 239 of the *Income Tax Act* had been committed by the F. K. Clayton Group Limited and its President Frederick Keith Clayton so in the course of his enquiry he seized pursuant to paragraph 231(1)(d) of the Act various documents,

juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, agrément que le juge est investi par ce paragraphe du pouvoir de donner sur la présentation d'une demande *ex parte*, autoriser par écrit tout fonctionnaire du ministère du Revenu national ainsi que tout membre de la Gendarmerie royale du Canada ou tout autre agent de la paix à l'assistance desquels il fait appel et toute autre personne qui peut y être nommée, à entrer et à chercher, usant de la force s'il le faut, dans tout bâtiment, contenant ou endroit en vue de découvrir les documents, livres, registres, pièces ou choses qui peuvent servir de preuve au sujet de l'infraction de toute disposition de la présente loi ou d'un règlement et à saisir et à emporter ces documents, livres, registres, pièces ou choses et à les retenir jusqu'à ce qu'ils soient produits devant la cour.

(9) Lorsqu'un livre, registre ou autre document a été saisi, examiné ou produit en vertu du présent article, la personne qui opère la saisie ou fait l'examen, ou à qui ces pièces sont produites, ou tout fonctionnaire du ministère du Revenu national peut faire ou faire faire une ou plusieurs copies de ces pièces, et un document qui est réputé être certifié par le Ministre, ou par une personne autorisée à ce faire par le Ministre, comme étant une copie exécutée en conformité du présent article, est admissible comme preuve et possède la même valeur probante que le document original aurait eue si sa véracité avait été prouvée de la façon ordinaire.

Il est admis que, au cours d'une vérification fiscale effectuée chez F. K. Clayton Group Limited par R. O. Bailey, fonctionnaire du ministère du Revenu national, en vertu de l'article 231 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, on a examiné des registres et d'autres livres et documents de la société portant sur les années 1977 à 1982, ainsi que des déclarations d'impôt de F. K. Clayton Group Limited et de Frederick Keith Clayton pour les années d'imposition 1978 à 1982.

Cette enquête a fait ressortir que certains achats de biens ou de services, qui auraient été effectués au bénéfice de F. K. Clayton ou de sa famille, avaient été imputés à la société et lorsque, le 21 décembre 1983, M. Bailey l'a interrogé à ce sujet en présence de R. J. Churchill, un autre fonctionnaire du Ministère, M. Clayton aurait fait certains aveux relatifs à ces écritures et débours.

Dans son affidavit en date du 17 avril 1984, M. Bailey a déclaré que, vu la situation, il avait des motifs raisonnables pour croire que F. K. Clayton Group Limited et son président Frederick Keith Clayton avaient violé l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; c'est ainsi que, au cours de son enquête, il a saisi, en application de l'alinéa 231(1)d) de la Loi, divers documents, registres,

books, registers, records, papers and other things related to their affairs relating to the 1978 to 1982 fiscal periods, the seizure being made on December 22, 1983, and that they may be required as evidence in court proceedings relating to the violations of the *Income Tax Act* cited in detail in his affidavit. This affidavit was made in support of an application pursuant to subsection 231(2) of the Act, and led to an order by Judge Street of the County Court of Middlesex where the seizure was made, dated April 19, 1984, authorizing the Minister to retain the said documents until they are produced in court proceedings.

In a second affidavit dated June 12, 1985, Mr. Bailey states that his investigation had commenced in June 1983 being referred to him by another auditor in relation to what appeared to be expenses claimed by the company which were not properly deductible and which Mr. Clayton had not included in his personal returns. Inquiries were also made from third parties. This led to the appointment with Mr. Clayton on December 21. In this affidavit he states that it appeared to him that violations of section 239 of the Act had been committed indicating a pattern of wilful conduct aimed at misrepresenting the amount of taxes payable and that books, records and other documentation were required as evidence of the said violations, and in the circumstances where the taxpayer had been directly confronted with the evidence of improperly deducted and misrepresented expenses these records should be secured as "they may not have been safe if left in possession of the taxpayers". He then proceeded to seize them, the inventory being produced, copy being delivered to Mr. Clayton on January 16, 1984, at which time with consent of Mr. Clayton he obtained other banking records covering December 1982, adding these to the inventory which only included bank records up to December 9, 1982. These additional bank records were not seized and have since been returned so nothing turns on this.

A series of charges were laid on August 16, 1985 not only against respondents herein but also against Gary M. Ballas, the Clayton external accountant. There is no corresponding application by him before the Court with respect to any documents seized belonging to him.

livres, pièces ou choses ayant trait aux activités des requérants durant les exercices financiers de 1978 à 1982, cette saisie ayant été pratiquée le 22 décembre 1983; il a ajouté que ces documents pourraient servir à prouver en cour les infractions à la *Loi de l'impôt sur le revenu* citées en détail dans son affidavit. Cet affidavit, établi à l'appui d'une demande fondée sur le paragraphe 231(2) de la Loi, a amené le juge Street de la Cour de comté de Middlesex, lieu de la saisie, à rendre le 19 avril 1984 une ordonnance autorisant le Ministre à retenir lesdits documents jusqu'à leur production en cour.

Dans un deuxième affidavit en date du 12 juin 1985, M. Bailey affirme que son enquête avait commencé en juin 1983, après qu'un autre vérificateur lui eut renvoyé le dossier au sujet, semble-t-il, de dépenses que la société n'était pas autorisée à déduire et que M. Clayton n'avait pas incluses dans ses déclarations d'impôt. Il y a également eu des enquêtes faites auprès de tiers. Rendez-vous fut donc pris avec M. Clayton pour le 21 décembre. Dans son affidavit, M. Bailey déclare que ce dernier avait, lui semblait-il, sciemment contrevenu à l'article 239 de la Loi en faussant le montant de l'impôt à payer, que les registres, livres et autres documents étaient requis comme preuve desdites infractions et que, le contribuable ayant été confronté à la preuve des dépenses irrégulièrement déclarées et déduites, il y avait lieu de protéger ces registres qui [TRADUCTION] «n'auraient pas été en sécurité entre les mains des contribuables». Il les a donc saisis, après en avoir dressé l'inventaire dont une copie a été envoyée à Clayton en date du 16 janvier 1984, date à laquelle, avec le consentement de celui-ci, il a obtenu d'autres relevés bancaires couvrant le mois de décembre 1982 pour les ajouter à ceux qui figuraient dans l'inventaire et qui s'arrêtaient au 9 décembre. Ces relevés bancaires additionnels ne sont pas en cause puisqu'ils n'ont pas été saisis, et qu'ils ont été retournés depuis lors.

Le 16 août 1985, diverses accusations ont été portées non seulement contre les requérants à l'instance, mais aussi contre Gary M. Ballas, l'expert-comptable indépendant de Clayton. Il n'a pas saisi la Cour d'une demande semblable, pour ce qui est de documents saisis qui lui appartiendraient.

A summary of the list of charges laid indicates that with one exception relating to the purchase of a Betamex for \$1710.93 on December 18, 1980, no charges were laid for any of the alleged improperly entered items for the years prior to 1980, all of the charges relating to the 1981 and 1982 taxation years. Although it does not appear in the record the Court was advised by counsel that the trials have been set down for April 21, 1986.

Relying on the cross-examination of Mr. Bailey on his affidavits, applicants' counsel submits that he should instead of taking possession of the documents have obtained a search warrant under the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34]. He had, according to his evidence, come to a reasonable belief that there had been violations of section 239 of the *Income Tax Act*. Paragraph 231(1)(d) does not require the approval or authorization for a warrant from a judge or justice of the peace, unlike subsections 231(4) and 231(2) both of which require judicial intervention. Subsection 231(4) has already been held to contravene section 8 of the *Constitution Act, 1982* by the majority judgment of the Federal Court of Appeal in *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535; 84 DTC 6478 and the companion case of *Vespoli, D. et al. v. The Queen et al.* (1984), 84 DTC 6489 (F.C.A.), both judgments being received September 27, 1984, as well as in subsequent cases, such as *Lewis, G.B. v. M.N.R. et al.* (1984), 84 DTC 6550 (F.C.T.D.), and, while these judgments were not appealed to the Supreme Court, the case of *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; 84 DTC 6467 although dealing with subsections 10(1) and (3) of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23] rather than with section 231 of the *Income Tax Act* applies the same principles. At page 152 S.C.R.; 6470 DTC for example the judgment states:

... absent exceptional circumstances, the provisions of s. 443 of the *Criminal Code*, which extends to investigations of *Criminal Code* offences the procedural safeguards the common law required for entries and searches for stolen goods, constitute the minimal prerequisites for reasonable searches and seizures in

Il ressort de la liste abrégée des chefs d'accusation qu'à l'exception d'un Betamex acheté le 18 décembre 1980, au prix de 1 710,93 \$, aucun d'eux ne porte sur les dépenses qui auraient été abusivement inscrites pour les années antérieures à 1980, toutes les accusations se rapportant aux années d'imposition 1981 et 1982. Bien que cela ne figure pas dans le dossier, les avocats ont avisé la Cour que les instructions étaient prévues pour le 21 avril 1986.

S'appuyant sur le contre-interrogatoire de M. Bailey au sujet de ses affidavits, l'avocat des requérants fait valoir que ce dernier aurait dû, au lieu de prendre possession des documents, obtenir un mandat de perquisition en vertu du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34]. M. Bailey a déclaré qu'il avait eu des motifs raisonnables pour croire qu'on avait enfreint l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À la différence des paragraphes 231(4) et 231(2) qui exigent tous deux une intervention judiciaire, l'alinéa 231(1)d) n'exige pas l'agrément ou l'autorisation d'un juge ou d'un juge de paix pour qu'un mandat puisse être décerné. Le paragraphe 231(4) a déjà été déclaré incompatible avec l'article 8 de la *Loi constitutionnelle de 1982* par deux arrêts rendus par la Cour d'appel fédérale à la majorité dans *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535; 84 DTC 6478, et *Vespoli, D. et autres c. La Reine et autres* (1984), 84 DTC 6489 (C.A.F.), ces deux jugements portant la date du 27 septembre 1984, ainsi que dans des affaires ultérieures, telles que *Lewis, G.B. c. M.R.N. et autres* (1984), 84 DTC 6550 (C.F. 1^{re} inst.); ces jugements n'ont pas fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour suprême, mais l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; 84 DTC 6467, quoique portant sur les paragraphes 10(1) et (3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, chap. C-23] plutôt que sur l'article 231 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, applique les mêmes principes. Il est dit ceci à la page 152 R.C.S.; 6470 DTC du jugement:

... à moins de circonstances exceptionnelles les dispositions de l'art. 443 du *Code criminel*, qui étendent aux enquêtes sur les infractions prévues au *Code criminel* les garanties en matière de procédure que la *common law* exige quant aux fouilles et aux perquisitions visant des biens volés, constituent les conditions préalables minimales pour que des fouilles, des perquisitions et des saisies soient raisonnables dans le cas d'une enquête portant sur une infraction criminelle et notamment sur des

connection with the investigation of any criminal offence, including possible violations of the *Combines Investigation Act*.

As in the present case it was not the conduct of the appellants, but rather the legislation under which they acted which was in issue. No complaint has been made with respect to Mr. Bailey's conduct.

At pages 160-161 S.C.R.; 6474 DTC Dickson J. [as he then was], rendering the *Southam* judgment states:

A requirement of prior authorization, usually in the form of a valid warrant, has been a consistent prerequisite for a valid search and seizure both at common law and under most statutes. Such a requirement puts the onus on the state to demonstrate the superiority of its interest to that of the individual. As such it accords with the apparent intention of the *Charter* to prefer, where feasible, the right of the individual to be free from state interference to the interests of the state in advancing its purposes through such interference.

I recognize that it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization in order to validate governmental intrusions upon individuals' expectations of privacy. Nevertheless, where it is feasible to obtain prior authorization, I would hold that such authorization is a precondition for a valid search and seizure.

and again on the same page in reference to the American case of *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967):

Nevertheless, I would in the present instance respectfully adopt Stewart J.'s formulation as equally applicable to the concept of "unreasonableness" under s. 8, and would require the party seeking to justify a warrantless search to rebut this presumption of unreasonableness.

The cross-examination of Mr. Bailey dealt with the unreasonableness of his taking possession of the documents pursuant to paragraph 231(1)(d) of the Act. He pointed out that it would have been quite difficult to have obtained a warrant on December 22, although there were 5 or 6 county court judges in the building next to the tax department in London and a number of justices of the peace in the same building who could issue a search warrant under the *Criminal Code* as he felt that it would take some days to prepare the documents for it. Having confronted the taxpayer he felt that this put the care of the records in jeopardy. At page 57 of his examination he states:

violations possibles de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

Comme en l'espèce, ce n'était pas la conduite des appelants qui était en cause, mais plutôt la loi en vertu de laquelle ils ont agi. On ne s'est nullement plaint de la conduite de M. Bailey.

Le juge Dickson [tel était alors son titre] s'est prononcé en ces termes aux pages 160 et 161 R.C.S.; 6474 DTC de l'arrêt *Southam*:

L'exigence d'une autorisation préalable, qui prend habituellement la forme d'un mandat valide, a toujours été la condition préalable d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie valides sous le régime de la *common law* et de la plupart des lois. Une telle exigence impose à l'État l'obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier. Comme telle, elle est conforme à l'esprit apparent de la *Charte* qui est de préférer, lorsque cela est possible, le droit des particuliers de ne pas subir l'ingérence de l'État au droit de ce dernier de poursuivre ses fins par une telle ingérence.

Je reconnais qu'il n'est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d'insister sur l'autorisation préalable aux fins de valider des atteintes du gouvernement aux attentes des particuliers en matière de vie privée. Néanmoins, je suis d'avis de conclure qu'une telle autorisation, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie.

et il a continué à la page 161 en citant l'affaire américaine *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967):

Avec égards, néanmoins, je suis d'avis d'adopter en l'espèce la formulation du juge Stewart qui s'applique pareillement au concept du «caractère abusif» que l'on trouve à l'art. 8, et j'estime que la partie qui veut justifier une perquisition sans mandat doit réfuter cette présomption du caractère abusif.

Le contre-interrogatoire de M. Bailey portait sur le caractère abusif de la saisie des documents qu'il avait effectuée en vertu de l'alinéa 231(1)d) de la Loi. Il a indiqué qu'il lui aurait été très difficile d'obtenir un mandat le 22 décembre, estimant que cela prendrait quelques jours pour préparer les documents pertinents, bien que 5 ou 6 juges de la cour de comté et un certain nombre de juges de paix se trouvant dans l'immeuble voisin du service d'impôt de London eussent pu décerner un mandat de perquisition en vertu du *Code criminel*. Ayant mis le contribuable en face des faits, il a estimé que la sécurité des registres serait compromise s'ils étaient laissés entre les mains de celui-ci. À la page 57 de son interrogatoire, il dit ceci:

The difficulty, what I'm trying to bring out here is that when you [*sic*] faced with confronting a taxpayer, then the situation is different than one where the taxpayer hasn't been confronted, and you can write an Affidavit and take it before a judge. I viewed this as having confronted a taxpayer, making him aware of the violations under the Income Tax Act, and that I couldn't, in my view, afford to leave the records out of my control at that point, because I thought that the violations were serious enough that it may lead to a full-scale investigation and possible charges under the Income Tax Act.

He therefore did not think it feasible to leave his associate Mr. Churchill there while he went before a judge to get a warrant. The documentation prepared and submitted to Judge Street to obtain the continued retention order pursuant to subsection 231(2) tends to bear out the need for considerable preparation.

It must be borne in mind that the occasion was not a search of the records of the applicants for evidence of the commission of criminal offences for which a search warrant was necessary, but rather the continuation of an audit which had earlier given some indication that offences under the *Income Tax Act* may have occurred, which as the audit progressed and incidents of allegedly improper entries and invoices multiplied, tended to confirm these suspicions until Mr. Bailey had a reasonable belief that this was the case, and advised Mr. Clayton that it was a serious matter which might result in prosecution of criminal charges. He then took possession of the records in question pursuant to paragraph 231(1)(d).

It should be noted that at this date neither the *Kruger*, *Vespoli*, or *Southam* judgments had been rendered and Mr. Bailey had no reason to doubt that the legality of his taking possession of the documents pursuant to this section could be questioned. Applicants' counsel does not dispute the right of the Minister to make investigations pursuant to section 231 of the Act, but merely the right to seize and retain documents pursuant to paragraph 231(1)(d). While an income tax investigation may in some respects resemble a search in most cases no search warrant is required. A distinction must be drawn between an investigation in carrying out an audit and the actual seizure of records and documents.

[TRADUCTION] La difficulté que j'essaie de faire ressortir ici est que lorsqu'on doit mettre un contribuable en face des faits, la situation est alors différente de celle où le contribuable n'a pas été saisi du problème, et où on peut rédiger un affidavit et le présenter à un juge. En l'espèce, j'estime que j'ai mis le contribuable en face des faits et lui ai fait prendre conscience des infractions à la Loi de l'impôt sur le revenu, et que je ne pouvais, à ce stade, laisser les dossiers échapper à mon contrôle parce que, à mon avis, les violations étaient assez graves et pouvaient donner lieu à une enquête générale et à des accusations sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu.

Il n'a donc pas jugé bon de laisser son associé M. Churchill sur place, pendant qu'il se présenterait devant un juge pour obtenir un mandat. La documentation qu'il a préparée et soumise au juge Street pour obtenir une ordonnance de rétention continue en vertu du paragraphe 231(2) tend à confirmer la nécessité d'une préparation considérable.

Il faut se rappeler qu'il ne s'agissait pas de rechercher dans les registres des requérants la preuve de la perpétration d'infractions criminelles pour laquelle un mandat de perquisition était nécessaire, mais plutôt de continuer une vérification qui laissait pressentir des infractions à la *Loi de l'impôt sur le revenu*; cette vérification, à mesure qu'elle mettait au jour de nombreuses inscriptions et factures supposément irrégulières, tendait à confirmer ces soupçons jusqu'à ce que M. Bailey eût des motifs raisonnables pour croire que tel était le cas, et informât M. Clayton qu'il s'agissait d'une situation grave qui pourrait donner lieu à une poursuite pénale. Il a alors pris possession des registres en question conformément à l'alinéa 231(1)d).

Il convient de noter que, à ce moment-là, les décisions *Kruger*, *Vespoli* et *Southam* n'avaient pas été rendues, et qu'il n'y avait pas lieu pour M. Bailey de douter de la légalité de la saisie des documents en vertu de cet article. L'avocat des requérants conteste non pas le droit du Ministre de faire enquête en se fondant sur l'article 231 de la Loi, mais simplement le droit de saisir et de retenir des documents en appliquant l'alinéa 231(1)d). Bien que, à certains égards, une enquête en matière d'impôt sur le revenu puisse ressembler à une perquisition, aucun mandat de perquisition de ce genre n'est requis dans la plupart des cas. Il faut faire la distinction entre une enquête effectuée dans le cadre d'une vérification et la saisie réelle de registres et de documents.

Although Mr. Bailey's notes made in the first week of January 1984 respecting what transpired on December 22, 1983 are slightly different from what he states in his affidavits and cross-examination thereon I do not consider any differences to be significant. In his memorandum he states:

Bailey then advised Clayton that because of the number of similar items every year the situation called for a more thorough examination. At this time he produced his Ministerial Authorization and showed Clayton subsection 231(1)(d) allowing for the seizure of books and records. Bailey told Clayton that his records were being placed under seizure and they would be held for 120 days while we investigated further. At that point a decision would be made on their need for prosecution evidence and if so a court order to retain them would be obtained.

Neither do I attribute any serious significance to the fact that Bailey already had in his car boxes which he used to remove the records seized nor the fact that some of the records seized from F. K. Clayton Group Limited were the property of Dianne Clayton (Mrs. F. K. Clayton) or of Mr. Clayton, nor the fact that no charges were laid for the 1977, 1978 or 1979 taxation years and only one for 1980. While it is possible that more documents were seized and retained than are now necessary for the prosecution of the criminal charges laid, the issue before the Court on this motion is not the return of a few such apparently unnecessary documents and records, but the return of all the documents seized.

I conclude that on the facts no fault can be found of Mr. Bailey's conduct nor of his having made the seizure he did relying on paragraph 231(1)(d) of the Act. The real issue before the Court is whether paragraph 231(1)(d) infringes the Constitution Act and hence renders the seizure invalid.

Reference was made to the case of *Bertram S. Miller Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 72 (T.D.), in which Justice Dubé dealing with warrantless search by virtue of the provisions of the *Plant Quarantine Act* [R.S.C. 1970, c. P-13] had this to say at page 83:

I cannot conclude from the jurisprudence to date, as applied to the facts of the case at bar, that the warrantless search powers conferred by paragraph 6(1)(a) of the *Plant Quarant-*

Bien que les notes rédigées par M. Bailey au cours de la première semaine de janvier 1984 relativement à ce qui s'est passé le 22 décembre 1983 diffèrent légèrement de ce qu'il dit dans ses affidavits et dans le contre-interrogatoire qui s'y rapporte, la différence ne revêt, à mon avis, aucune importance. Dans son aide-mémoire, il s'exprime en ces termes:

[TRADUCTION] Bailey a ensuite informé Clayton que, comme les mêmes dépenses se répétaient à chaque année, la situation exigeait un examen plus approfondi. Il a alors produit son autorisation ministérielle, et montré à Clayton l'alinéa 231(1)(d) qui autorise la saisie de registres et de livres. Bailey a dit à Clayton que ses registres étaient saisis et seraient retenus pendant une période de 120 jours pour lui permettre de poursuivre l'enquête. On déciderait à ce moment-là si la poursuite a besoin de ces registres comme moyen de preuve et, dans l'affirmative, on obtiendrait de la Cour une ordonnance permettant de les retenir.

Je n'attache non plus aucune importance au fait que Bailey avait déjà dans sa voiture des boîtes pour emporter les registres saisis, ni au fait que certains des registres saisis chez F. K. Clayton Group Limited appartenaient à Dianne Clayton (M^{me} F. K. Clayton) ou à M. Clayton, ni au fait qu'aucune accusation n'a été portée pour les années d'imposition 1977, 1978 ou 1979, une seule accusation ayant été portée pour 1980. Certes, il se peut qu'on ait saisi ou retenu plus de documents qu'il n'en faut maintenant pour la poursuite criminelle; cependant, la question que la Cour doit trancher en l'espèce est de savoir non pas si quelques documents et registres apparemment inutiles doivent être retournés mais si tous les documents saisis doivent l'être.

Compte tenu des faits, je conclus que la conduite de M. Bailey et la saisie qu'il a pratiquée en vertu de l'alinéa 231(1)(d) de la Loi n'ont rien de répréhensible. La véritable question soumise à la Cour est de savoir si l'alinéa 231(1)(d) va à l'encontre de la Loi constitutionnelle et si, de ce fait, la saisie est nulle.

On a cité l'affaire *Bertram S. Miller Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 72 (1^{re} inst.), où, à la page 83, le juge Dubé s'est prononcé en ces termes à propos de la fouille ou de la perquisition sans mandat sous le régime de la *Loi sur la quarantaine des plantes* [S.R.C. 1970, chap. P-13]:

Il ne m'est pas possible de conclure à partir de la jurisprudence appliquée aux faits de l'espèce que les pouvoirs de fouille et de perquisition sans mandat conférés par l'alinéa 6(1)(a) de la

tine Act are necessarily unreasonable and that they ineluctably collide with section 8 of the Charter. There may be circumstances of emergency where the obtention of a warrant would be unfeasible. In my view, however, paragraph 6(1)(a) is inoperative to the extent of its inconsistency with section 8, such as in the present case where it has not been established that the obtaining of such a warrant was unfeasible or even impracticable.

Counsel informed the Court that this judgment was appealed, the appeal having been heard by the Court in January but that no judgment has as yet been rendered. This again raises the factual issue of whether it was unfeasible or even impracticable to obtain a search warrant under the *Criminal Code* in the circumstances of the present case. Again it must be emphasized that no search as such was necessary as provided for in subsection (4) of section 231 which has been found to be inoperative by the *Kruger* and other cases (*supra*).

In the Ontario High Court of Justice, the case of *The Queen v. Dzagic, D.* (1985), 85 DTC 5252 dealt with documents received during the course of an audit which led to subsequent charges against the taxpayer of various income tax evasion offences. It was found that paragraph 231(1)(d) of the *Income Tax Act* was inconsistent with section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)]. However, exclusion of the use of the documents in evidence was not upheld, it being found that the declaration of unconstitutionality is not in itself sufficient to justify the exclusion of relevant evidence. Other compelling reasons would be required. On the issue of the constitutionality of paragraph 231(1)(d), the Court refused to follow the cases of the *New Garden Restaurant and Tavern Limited et al. v. M.N.R.* (1983), 83 DTC 5338 (Ont. H.C.) and *The Queen v. Roth, R.A. et al.* (1984), 84 DTC 6181 (Ont. H.C.). Neither judgment had had the benefit of the *Southam* decision. It should be pointed out however that the unanimous decision of the Alberta Court of Appeal in the *Southam* case that subsection 231(4) was unconstitutional, which was upheld in the Supreme Court, had already been rendered before these judgments. The *Southam* case was referred to in the *New Garden Restaurant* case but was not followed. At pages 5340-5341 of the judg-

Loi sur la quarantaine des plantes sont nécessairement abusifs et qu'ils entrent inévitablement en conflit avec l'article 8 de la Charte. Il peut exister des cas d'urgence où il serait impossible d'obtenir un mandat. À mon avis, cependant, l'alinéa 6(1)a) est inopérant dans la mesure où il est incompatible avec l'article 8, comme dans le cas présent où il n'a pas été démontré qu'il était impossible ou même difficile d'obtenir un tel mandat.

Les avocats ont informé la Cour que ce jugement avait fait l'objet d'un appel, mais qu'aucun arrêt n'avait été rendu, l'appel ayant été entendu par la Cour au mois de janvier. Cela soulève une fois de plus la question de fait de savoir si, compte tenu des faits de l'espèce, il était impossible ou même difficile d'obtenir un mandat de perquisition en vertu du *Code criminel*. Il faut encore une fois souligner qu'il n'y avait pas lieu à perquisition au sens du paragraphe (4) de l'article 231 qui a été déclaré inopérant par l'affaire *Kruger* et par d'autres causes (précitées).

Dans l'affaire *The Queen v. Dzagic, D.* (1985), 85 DTC 5252, qui portait sur des documents reçus au cours d'une vérification qui a donné lieu à des poursuites contre le contribuable sous divers chefs d'évasion fiscale, la Haute Cour de justice de l'Ontario a jugé que l'alinéa 231(1)d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* contrevenait à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)]. La Cour n'a cependant pas conclu à l'inadmissibilité de ces documents en preuve, et elle a jugé que l'inconstitutionnalité ne suffisait pas en soi à justifier l'exclusion des éléments de preuve pertinents. D'autres raisons convaincantes seraient nécessaires. À propos de la constitutionnalité de l'alinéa 231(1)d), la Cour n'a pas suivi les décisions *New Garden Restaurant and Tavern Limited et al. v. M.N.R.* (1983), 83 DTC 5338 (H.C. Ont.), et *The Queen v. Roth, R.A. et al.* (1984), 84 DTC 6181 (H.C. Ont.), qui n'avaient pu s'inspirer de l'arrêt *Southam*. Il convient toutefois de souligner que la décision rendue à l'unanimité par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Southam* et confirmée par la Cour suprême, déclarant le paragraphe 231(4) inconstitutionnel, était antérieure à ces jugements. L'affaire *Southam* a été mentionnée dans la cause *New Garden Restaurant*, mais n'a pas été suivie. Aux pages 5340 et 5341 du jugement publié dans

ment reported at 83 DTC 5338, Justice White states:

I read the decision of the Alberta Court of Appeal as indicating that, in their opinion, s. 10 of the *Combines Investigation Act* in itself necessarily implied that before a search was conducted, the Restrictive Trade Practices Commission, which authorized the search, had already formed the belief of probable guilt of the party searched. In my view, s. 231(1)(d) of the Act does not imply in itself any such preconceived belief of guilt and thus in my opinion, the *Southam* case is distinguishable from the case at bar.

In my view, s. 231(1)(d) of the Act does not necessarily imply in itself any unreasonable conduct on the part of the tax investigator and thus does not, by its very wording, violate the taxpayer's reasonable expectation of privacy, which is the interest protected by s. 8 of the Charter.

In effect, the *Income Tax Act* contemplates a system of tax collection based upon the fair and honest reporting of income by the taxpayer. Such a tax system requires that the government be permitted in the ordinary course of events to check the business records of the taxpayer in order to ascertain that the income tax returns filed are reasonably accurate. The checking and collating of such records by the government does not violate the taxpayer's reasonable expectation of privacy since by the very filing of his return the taxpayer is aware that he must have records to back up the representations made in his income tax return and that the records used in the preparation of his income tax return must be as available for audit as the very tax return filed with the government. It is only when a tax investigator has formulated a belief of the taxpayer's guilt based on reasonable and probable grounds that the taxpayer's expectation of privacy would reattach to his records and documents. In such circumstances, the obtention of an order pursuant to s. 231(4) of the Act, which order is in effect a search warrant, is a condition precedent to a lawful search and seizure made of the taxpayer's records by the investigator and a seizure without warrant made pursuant to s. 231(1)(d) of the Act would violate the taxpayer's rights.

Moreover, the public interest in a reasonably efficient system of collecting tax revenue outweighs the taxpayer's expectation of privacy in the circumstances contemplated by s. 231(1)(d) of the Act which I interpret as specifically authorizing a seizure without warrant in cases where the tax investigator comes upon incriminating evidence in the course of his audit without having formulated prior to the audit any belief of the guilt of the party searched.

and again in the same judgment at page 5341:

For the above reasons, I find that s. 231(1)(d) of the Act does not by its very wording necessarily imply any unreasonable conduct on the part of the tax investigator and thus does not, *in the abstract*, violate the applicants' right to be secure against unreasonable search and seizure. Similarly, I find, by implication, that s. 231(2) of the Act does not violate s. 8 of the Charter.

83 DTC 5338, le juge White s'exprime en ces termes:

[TRADUCTION] J'interprète l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta comme statuant que l'art. 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* implique nécessairement que, avant qu'une fouille ou perquisition ne soit effectuée, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, qui autorisait ladite fouille ou perquisition, était déjà convaincue de la culpabilité probable de la partie visée. À mon avis, l'art. 231(1)(d) de la Loi n'implique pas en soi une telle idée préconçue de culpabilité, et c'est ce qui, à mon avis, distingue l'affaire *Southam* de l'espèce présente.

À mon avis, l'art. 231(1)(d) de la Loi ne suppose pas nécessairement une conduite abusive de l'enquêteur fiscal et, de par sa formulation même, ne porte pas atteinte à l'expectative raisonnable du contribuable concernant la protection de sa vie privée, droit qui est protégé par l'art. 8 de la Charte.

En effet, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit un système de perception de l'impôt fondé sur l'obligation du contribuable de faire une déclaration juste et honnête de son revenu. Un tel système fiscal exige que le gouvernement soit normalement habilité à vérifier les registres commerciaux du contribuable afin de s'assurer de l'exactitude raisonnable des déclarations d'impôt sur le revenu qui ont été produites. La vérification et la collation de ces registres par le gouvernement ne portent pas atteinte à l'expectative du contribuable concernant la protection de sa vie privée puisque, en produisant sa déclaration, celui-ci sait qu'il doit fournir des documents à l'appui de sa déclaration d'impôt sur le revenu, et que les documents utilisés pour la préparation de cette déclaration sont susceptibles de vérification au même titre que cette dernière. C'est seulement lorsqu'un enquêteur fiscal, se fondant sur des motifs raisonnables, est convaincu de la culpabilité du contribuable que l'expectative du contribuable concernant la protection de sa vie privée joue de nouveau à l'égard de ses registres et documents. Dans ces circonstances, l'obtention d'une ordonnance sous le régime de l'art. 231(4) de la Loi, qui est en fait un mandat de perquisition, est une condition suspensive pour qu'une fouille, une perquisition et une saisie légales des registres du contribuable soient pratiquées par l'enquêteur, et une saisie sans mandat pratiquée en vertu de l'art. 231(1)(d) de la Loi constituerait une violation des droits du contribuable.

De plus, l'intérêt public qui exige un système raisonnablement efficace de perception de l'impôt l'emporte sur l'expectative du contribuable concernant la protection de sa vie privée dans les circonstances envisagées par l'art. 231(1)(d) de la Loi qui, selon moi, autorise la saisie sans mandat lorsque l'enquêteur fiscal trouve par hasard des pièces à conviction au cours de sa vérification, sans avoir été, antérieurement à la vérification, convaincu de la culpabilité de la personne faisant l'objet d'une fouille ou d'une perquisition.

Dans le même jugement, il ajoute à la page 5341:

[TRADUCTION] Pour les motifs invoqués ci-dessus, je conclus que l'art. 231(1)(d) de la Loi ne suppose pas nécessairement, de par sa formulation même, une conduite abusive de l'enquêteur fiscal et ne viole donc pas, en soi, le droit des requérants à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. De même, je conclus, par voie de conséquence, que l'art. 231(2) de la Loi n'enfreint pas l'art. 8 de la Charte.

My finding that s. 231(1)(d) and, by implication, s. 231(2) of the Act do not, *in the abstract*, violate s. 8 of the Charter would not however preclude the applicants in subsequent court proceedings from relying on s. 24(2) of the Charter in order to seek an order excluding the records and documents seized pursuant to s. 231(1)(d) of the Act on the ground that, *on the facts*, the seizures made by Mr. Piirik under s. 231(1)(d) were made after he had formulated a belief of probable guilt and thus, at a time when the order or warrant contemplated by s. 231(4) of the Act should have been obtained prior to his seizing the documents.

Applicants' counsel also referred to the case of *R. v. Marcoux, R. and C.*, Provincial Court of Alberta, (1985), 85 DTC 5453 which concerned the constitutionality of subsection 231(3) of the Act which is not in issue here. In that case, for whatever such a concession is worth, it was stated at page 5459:

At the outset of the Crown argument, Crown counsel admitted that sec. 231(1)(d) of the *Income Tax Act* is inconsistent with section 8 of the *Charter of Rights and Freedoms*, and that therefore, it is inoperative and has no force or effect.

Crown counsel had argued however, relying on the decision of McNaughton J. in the Province of Alberta in the case of *The Queen and Stickney*, an unreported judgment dated January 22, 1985 that notwithstanding that paragraph 231(1)(d) is inoperative, documents seized pursuant to it should be admitted in evidence since the defence had failed to establish that the action of the officers of the Department of National Revenue was unreasonable and to admit the documents would not bring the administration of justice into disrepute. In the *Marcoux* case however the Court found that the auditors had already come to the conclusion that there were discrepancies in the records and tax returns of the defendants and had had the books and records in their possession for several months when they arrived at the Marcoux home on the pretext that they wanted to receive explanation and clarification of the books and returns. The Court found that the books should have been made available to the Marcoux in advance of their interrogation; furthermore that the auditors had delivered to them an inaccurate net worth statement, therefore acting unfairly and unreasonably.

Applicants' counsel was careful, as respondents' counsel points out, not to seek to quash the order of Judge Street pursuant to subsection 231(2) of the Act as this Court would not have the right to do so, but merely quash the application made

Conclure, comme je l'ai fait, que l'art. 231(1)(d) et, par voie de conséquence, l'art. 231(2) de la Loi n'enfreignent pas, en soi, l'art. 8 de la Charte n'empêcherait toutefois pas les requérants, dans des actions subséquentes, d'invoquer l'art. 24(2) de la Charte pour solliciter une ordonnance excluant les registres et documents saisis en vertu de l'art. 231(1)(d) de la Loi pour le motif que, *compte tenu des faits*, M. Piirik n'a procédé aux saisies en vertu de l'art. 231(1)(d) qu'après avoir conclu à la culpabilité probable des requérants, au moment où l'ordonnance ou le mandat prévu à l'art. 231(4) de la Loi aurait dû être obtenu avant la saisie des documents.

L'avocat des requérants a également mentionné l'affaire *R. v. Marcoux, R. and C.*, Cour provinciale de l'Alberta, (1985), 85 DTC 5453, qui portait sur la constitutionnalité du paragraphe 231(3) de la Loi, celui-ci n'étant pas en litige en l'espèce. À la page 5459 du jugement, on lit cet aveu, reproduit ici pour ce qu'il vaut:

[TRADUCTION] L'avocat de la Couronne a commencé par admettre que l'art. 231(1)(d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est incompatible avec l'article 8 de la *Charte des droits et libertés*, et qu'il est donc inopérant.

S'appuyant sur la décision *The Queen and Stickney*, non publiée, rendue le 22 janvier 1985 par le juge McNaughton en Alberta, l'avocat de la Couronne a cependant fait valoir que, même si l'alinéa 231(1)(d) est inopérant, les documents saisis en vertu de celui-ci devraient être admis en preuve puisque la défense n'a pas établi le caractère déraisonnable des actes des fonctionnaires du ministère du Revenu national, et ce ne serait pas déconsidérer l'administration de la justice que d'admettre ainsi ces documents en preuve. Toutefois, dans l'affaire *Marcoux*, la Cour a jugé que les vérificateurs avaient déjà conclu à l'existence de contradictions dans les registres et les déclarations d'impôt des défendeurs et qu'ils avaient eu des livres et registres en leur possession pendant plusieurs mois lorsqu'ils arrivèrent chez les Marcoux sous prétexte de demander des explications et éclaircissements au sujet de ces livres et registres. La Cour a jugé que les vérificateurs auraient dû mettre les livres à la disposition des Marcoux avant leur interrogatoire, et qu'en donnant à ces derniers un relevé inexact de leur actif net, ils ont agi injustement et abusivement.

Comme le souligne l'avocate des intimés, le procureur des requérants s'est bien gardé de demander l'annulation de l'ordonnance rendue par le juge Street en vertu du paragraphe 231(2) de la Loi, puisque cette Cour n'aurait pas le droit de le

pursuant to that subsection by James Bagnall for the retention of the documents until they are produced in court proceedings.

Respondents' counsel argued that the application constitutes a collateral attack on the order of Judge Street as it is he who would have to decide before issuing the order for retention of the documents beyond 120 days whether they had been validly taken. This argument is to the effect that for this Court to order the return of the documents seized on the ground that paragraph 231(1)(d) is unconstitutional would be in conflict with his order. In fairness to Judge Street it should be pointed out that his order is more in the nature of an *ex parte* procedural one pursuant to the scheme of section 231 of the Act and it is highly unlikely that the constitutional question was raised before him. Reference was made in this connection to the Supreme Court of Canada case of *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; 9 C.C.C. (3d) 97 in which McIntyre J. stated at page 604 S.C.R.; pages 120-121 C.C.C.:

The cases cited above and the authorities referred to therein confirm the well-established and fundamentally important rule, relied on in the case at bar in the Manitoba Court of Appeal, that an order of a court which has not been set aside or varied on appeal may not be collaterally attacked and must receive full effect according to its terms.

At page 599 S.C.R.; 117 C.C.C. however he states:

It has long been a fundamental rule that a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed. It is also well settled in the authorities that such an order may not be attacked collaterally—and a collateral attack may be described as an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment.

Applicants contend however that Judge Street did not have jurisdiction to make the order since it was based on an application arising from paragraph 231(1)(d) which is unconstitutional so that the order under subsection 231(2) has no effect. The argument that a collateral attack cannot be made by a prerogative writ on an order issued by a judge of another court is dealt with in the Federal Court of Appeal in the *Kruger* case (*supra*) at page 545

faire; il a simplement voulu faire annuler la demande formulée par James Bagnall en vertu de ce paragraphe pour retenir les documents jusqu'à leur production en cour.

^a L'avocate des intimés a fait valoir que la requête constitue une attaque indirecte contre l'ordonnance du juge Street, puisque c'est lui qui devrait décider, avant de décerner l'ordonnance autorisant la garde des documents au-delà de 120 jours, s'ils avaient été valablement saisis. Selon cet argument, la Cour infirmerait l'ordonnance du juge Street si elle ordonnait la restitution des documents saisis pour le motif que l'alinéa 231(1)d) est inconstitutionnel. Pour être juste envers le juge Street, il faudrait souligner que son ordonnance constituait plutôt une procédure *ex parte* selon l'économie de l'article 231 de la Loi, et il est très improbable qu'il ait été saisi de la question constitutionnelle. À cet égard, l'avocate des intimés a cité l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; 9 C.C.C. (3d) 97, où le juge McIntyre a fait cette remarque à la page 604 R.C.S.; pages 120 et 121 C.C.C.:

^e Les arrêts déjà cités ainsi que la jurisprudence qui y est mentionnée confirment la règle bien établie et fondamentalement importante sur laquelle la Cour d'appel du Manitoba s'est fondée en l'espèce. Cette règle porte qu'une ordonnance d'une cour, qui n'a été ni annulée ni modifiée en appel, ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte et doit être appliquée intégralement.

Il a toutefois déclaré à la page 599 R.C.S.; 117 C.C.C.:

^g Selon un principe fondamental établi depuis longtemps, une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. De plus, la jurisprudence établit très clairement qu'une telle ordonnance ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte; l'attaque indirecte peut être décrite comme une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmerie, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement.

ⁱ Les requérants font valoir toutefois que le juge Street n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance puisque celle-ci faisait suite à une demande fondée sur l'alinéa 231(1)d) qui est inconstitutionnel, ce qui fait que l'ordonnance rendue en vertu du paragraphe 231(2) est inopérante. Dans l'affaire *Kruger* (précitée), la Cour d'appel fédérale s'est penchée sur l'argument selon lequel on ne saurait, au moyen d'un bref de prérogative, atta-

F.C.; 6481 DTC of the judgment rendered by Justice Pratte who stated:

Counsel for the appellants also contended that the Minister's authorization could not be challenged by *certiorari* because such a challenge was, in effect, a collateral attack on the decision of Mr. Justice Ducros approving the authorization. As Mr. Justice Ducros' decision could not be challenged directly by *certiorari*, it could not, said counsel, be challenged indirectly. Moreover, counsel referred to the rule that a decision of a Superior Court which has not been set aside or varied on appeal may not be collaterally attacked. The answer to that argument is that the respondents' attack on the Minister's authorization does not constitute a collateral or indirect attack on Mr. Justice Ducros' approval. The respondents challenge the validity of the authorization to search and seize. That authorization, while it was approved by Mr. Justice Ducros, was not given by him. Indeed, subsection 231(4) confers on the Minister, not on the Judge, the power to authorize a search and a seizure. In challenging the authorization given by the Minister on jurisdictional grounds, the respondents do not ask the Court to ignore the approval given by Mr. Justice Ducros; they merely assert that, in spite of that approval, and for reasons that are entirely foreign to that approval, the authorization is a nullity because the Minister did not have the power to give it.

In dealing with paragraph 231(1)(d) there is of course no ministerial authorization required but it can be argued that it is even a weaker section than subsection 231(4) in that it leaves the discretion to the auditor who is examining the books to seize such records as he deems necessary without any prior authorization from his superiors or from any court. Subsection 231(2) is merely a follow-up to enable the records to be retained for more than 120 days. It is difficult to see how paragraph 231(1)(d) can stand unchallenged when subsection 231(4) has been found to be unconstitutional and if paragraph 231(1)(d) is ineffective to permit the seizure of the documents taken away during the audit then surely an order under subsection 231(2) to retain them cannot have any effect.

In the case of *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; (1978), 78 DTC 6528 a pre-Charter case dealing with the right of review by the Court of Appeal of a seizure was made pursuant to subsection 231(4) of the Act a distinction is made at page 509 S.C.R.; 6534 DTC between the Minister's actions which were of an administrative nature and not subject to a section 28 review and the jurisdiction of the judge who was acting *qua* judge and not as

quer indirectement une ordonnance rendue par un juge d'une autre cour; le juge Pratte, qui rendait l'arrêt, s'est prononcé en ces termes à la page 545 C.F.; 6841 DTC:

L'avocat des appelants a également prétendu que l'autorisation du Ministre ne peut être contestée par voie de *certiorari* parce qu'une telle contestation constitue en fait une contestation indirecte de la décision du juge Ducros qui a approuvé l'autorisation. Comme la décision du juge Ducros ne pouvait être contestée directement par voie de *certiorari*, elle ne pouvait, selon l'avocat, faire l'objet d'une contestation indirecte. En outre, l'avocat invoque la règle voulant que la décision d'un tribunal supérieur qui n'a été ni annulée ni modifiée par voie d'appel ne peut être attaquée subsidiairement. La réponse à cet argument est que la contestation par les intimés de l'autorisation du Ministre ne constitue pas une contestation subsidiaire ou indirecte de l'approbation du juge Ducros. Les intimés contestent la validité de l'autorisation permettant les recherches et la saisie. Le juge Ducros a approuvé ladite autorisation, mais il ne l'a pas donnée. En fait, c'est au Ministre et non au juge que le paragraphe 231(4) confère le pouvoir d'autoriser des recherches et une saisie. En contestant l'autorisation du Ministre en se fondant sur des motifs de compétence, les intimés ne demandent pas à la Cour de ne pas tenir compte de l'approbation donnée par le juge Ducros; ils font simplement valoir que, malgré cette approbation et pour des motifs qui lui sont tout à fait étrangers, l'autorisation est nulle parce que le Ministre n'était pas habilité à la donner.

À propos de l'alinéa 231(1)d), aucune autorisation ministérielle n'est, bien entendu, nécessaire, mais on peut dire qu'il est encore moins exigeant que le paragraphe 231(4) en ce sens qu'il investit le vérificateur qui examine les livres du pouvoir discrétionnaire de saisir les registres s'il le juge nécessaire sans avoir à demander l'autorisation préalable de ses supérieurs ou d'une cour. Le paragraphe 231(2) ne fait que permettre de retenir les registres pendant plus de 120 jours. Je vois difficilement comment l'alinéa 231(1)d) peut demeurer incontesté alors que le paragraphe 231(4) a été déclaré inconstitutionnel, et si l'alinéa 231(1)d) ne permet pas la saisie des documents au cours d'une vérification, à coup sûr, une ordonnance fondée sur le paragraphe 231(2) ne saurait permettre de les retenir.

Dans l'affaire *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; (1978), 78 DTC 6528, cause antérieure à la promulgation de la Charte et portant sur le contrôle judiciaire exercé par la Cour d'appel sur une saisie pratiquée en vertu du paragraphe 231(4) de la Loi, la Cour a fait, à la page 509 R.C.S.; 6534 DTC, la distinction entre d'une part les actes du Ministre qui étaient de nature administrative et n'étaient pas soumis au contrôle prévu à l'article 28 et

persona designata in making his decision to issue the warrant which cannot be reviewed by the Court of Appeal under a section 28 application. The Court declined to decide whether an appeal lay to the provincial courts from the authorization of the Minister and the approval of the Judge.

Respondents' counsel contended however that since there is no ministerial authorization involved in subsection 231(2) of the Act the present proceedings constitute a direct attack on Judge Street's order and it cannot be set aside by *certiorari* in this Court.

For the reasons stated above however although the jurisprudence is somewhat controversial I do not conclude that the issue of the order sought should be refused on the basis that it would constitute a collateral attack on the judgment of Judge Street, since it is the right pursuant to subsection 231(2) to seek such an order which right is itself dependent on the right to seize the documents pursuant to paragraph 231(1)(d) which is under attack and not the order of Judge Street itself.

Respondents' second line of argument relates to the constitutional validity of paragraph 231(1)(d). Some of the cases on this issue have already been referred to and there have been a number of cases dealing with warrantless searches and seizures both before and after the Charter.

In the case of *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.) dealing with paragraph 10(1)(a) of the *Narcotic Control Act* [R.S.C. 1970, c. N-1] the judgment in the Court of Appeal rendered by Justice Martin at page 96 states:

Mr. Dambrot, on behalf of the Crown, in support of his submission that warrantless searches have gained common acceptance in Canada, referred us to a number of federal statutes which confer power on designated officials to enter, search, inspect or audit at business premises without a warrant. Those statutes are listed in app. "A". In my view, however, a clear distinction must be drawn between a general power to enter private premises without a warrant to search for contraband or evidence of crime and a power conferred on designated officials to enter premises for inspection and audit purposes and to seize records, samples or products in relation to businesses and activities subject to government regulation.

d'autre part la compétence du juge qui agissait à titre de juge et non de *persona designata* en décidant de décerner le mandat sans que la Cour d'appel puisse intervenir après avoir été saisie d'une demande fondée sur l'article 28. La Cour a refusé de trancher la question de savoir si on pouvait interjeter appel, devant les cours provinciales, de l'autorisation du Ministre ou de l'agrément du juge.

L'avocate des intimés soutient toutefois que puisqu'il n'est nullement question d'autorisation ministérielle au paragraphe 231(2), les présentes procédures constituent une attaque directe contre l'ordonnance du juge Street, qui ne saurait être infirmée au moyen d'un bref de *certiorari* devant cette Cour.

Pour les motifs exposés ci-dessus et bien que la jurisprudence soit quelque peu contradictoire, je ne conclus pas que la demande visant à obtenir une ordonnance devrait être rejetée parce qu'elle constitue une attaque indirecte contre la décision du juge Street; le paragraphe 231(2) accorde en effet le droit de solliciter une ordonnance, lequel droit dépend du droit de saisir les documents en vertu de l'alinéa 231(1)d) et c'est ce droit qui est attaqué et non l'ordonnance du juge Street.

Le deuxième volet de l'argumentation des intimés porte sur la constitutionnalité de l'alinéa 231(1)d). Certaines causes en la matière ont déjà été mentionnées, et il y en a d'autres, antérieures et postérieures à la Charte, qui traitent des fouilles, perquisitions et saisies sans mandat.

Dans l'arrêt *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.) qui porte sur l'alinéa 10(1)a) de la *Loi sur les stupéfiants* [S.R.C. 1970, chap. N-1], le juge Martin de la Cour d'appel tient ces propos à la page 96:

[TRADUCTION] À l'appui de son argument selon lequel les fouilles et perquisitions sans mandat sont acceptées partout au Canada, le procureur de la Couronne, M^e Dambrot, nous a renvoyés à certaines lois fédérales qui confèrent aux fonctionnaires désignés le pouvoir d'entrer dans des locaux commerciaux et d'y effectuer des fouilles ou des perquisitions, des inspections ou des vérifications, et ce, sans mandat. Ces lois sont énumérées à l'annexe «A». J'estime toutefois qu'il faut distinguer nettement le pouvoir général d'entrer dans des locaux privés sans mandat pour rechercher des marchandises de contrebande et des preuves d'infractions et le pouvoir conféré aux fonctionnaires désignés d'entrer dans des locaux aux fins d'inspection et de vérification et pour saisir des registres, échantillons ou produits relatifs aux activités d'une entreprise soumises à la réglementation gouvernementale.

The case of *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.), also a post Charter case which discussed the *Southam* and others stated at page 512:

The standards to be applied to the reasonableness of a search or seizure and the necessity for a warrant with respect to criminal investigations cannot be the same as those to be applied to search or seizure within an administrative and regulatory context. Under the *Employment Standards Act*, there is no necessity that the officer have evidence that the Act has been breached. In the course of carrying out administrative duties under the Act, what is commonly called a "spot audit" may be carried out, which helps ensure that the provisions of the Act are being complied with. The limited powers given for this purpose as set out in the section are not unreasonable. The "search or seizure" in the instant case, if such it is, is not aimed at detecting criminal activity, but rather, as indicated, in ensuring and securing compliance with the regulatory provisions of the Act enacted for the purpose of protecting the public interest.

Counsel argues that paragraph 231(1)(d) and subsection 231(2) are part of a statutory scheme under the *Income Tax Act* arising from the admitted necessity of examining and verifying a taxpayer's records.

While these arguments are persuasive particularly since the jurisprudence appears to still be somewhat unsettled on the issue, I find that on the basis of the majority decision of the Federal Court of Appeal in the *Kruger* and *Vespoli* cases (*supra*) with relation to subsection 231(4) and the comprehensive and sweeping statements made by the Supreme Court in the *Southam* case I must conclude that paragraph 231(1)(d) and subsection 231(2) are in the same category as subsection 231(4) and are contrary to section 8 of the Charter.

This does not conclude the matter however as the main issue is the return of the documents seized. As counsel for respondents points out it may be doubtful whether they could be subpoenaed for use in criminal proceedings even if they were available after return to the applicants and the same applies to the use of copies of them. If I were ordering their return I would be tempted to include a direction that they be retained by the taxpayers for future use if necessary. This might however, be an undue interference with the judge conducting the criminal trial where the issue of their admissibility may be raised, and as I am not

Dans l'affaire *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.), qui est également postérieure à la Charte et dans laquelle l'arrêt *Southam* et d'autres décisions ont été discutés, il est dit ceci à la page 512:

[TRADUCTION] Les critères du caractère raisonnable d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie et de la nécessité d'un mandat pour les fins d'une enquête criminelle ne sauraient être les mêmes que pour les fouilles, les perquisitions ou saisies effectuées en application d'un règlement administratif. Sous l'empire de la *Employment Standards Act*, il n'est nullement nécessaire que le fonctionnaire ait la preuve qu'il y a eu violation de la Loi. En exerçant des fonctions administratives en vertu de la Loi, on peut effectuer ce qu'on appelle communément «une vérification ponctuelle» pour s'assurer du respect de la Loi. Les pouvoirs limités conférés à cette fin, tels qu'ils sont exposés à l'article, ne sont pas déraisonnables. La «fouille, perquisition ou la saisie» en l'espèce, si perquisition ou saisie il y a, vise non pas à détecter une activité criminelle, mais plutôt, comme il a été indiqué, à faire observer les dispositions de la Loi qui a été adoptée pour protéger l'intérêt public.

L'avocate fait valoir que l'alinéa 231(1)d) et le paragraphe 231(2) font partie d'un régime instauré par la *Loi de l'impôt sur le revenu* en raison de la nécessité reconnue de tous d'examiner et de vérifier les registres d'un contribuable.

Ces arguments sont d'autant plus convaincants que la jurisprudence est encore incertaine en la matière mais, vu la décision rendue à la majorité par la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Kruger* et *Vespoli* (précitées) relativement au paragraphe 231(4), et les règles générales et fondamentales énoncées par la Cour suprême dans l'affaire *Southam*, je dois conclure que l'alinéa 231(1)d) et le paragraphe 231(2) sont de la même catégorie que le paragraphe 231(4) et vont à l'encontre de l'article 8 de la Charte.

L'affaire n'est pas tranchée pour autant, puisque le litige principal porte sur la restitution des documents saisis. L'avocate des intimés doute qu'on puisse ordonner la production de ces documents ou de leurs copies en vue d'une poursuite criminelle même s'ils étaient disponibles après avoir été retournés aux requérants. Si je devais en ordonner la restitution, je serais tenté de spécifier que les contribuables doivent les retenir pour usage ultérieur. Cela pourrait toutefois constituer une ingérence dans les affaires du juge président le procès criminel au cours duquel la question de la recevabilité de ces documents peut être soulevée; mais

ordering their return I need not decide whether if this were ordered conditions could be imposed.

On the issue of the return of the documents seized there is some jurisprudence to the effect that it should be up to the Trial Judge to determine whether the evidence is admissible. In the recent case of *Lagiorgia v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 438; 85 DTC 5554 (T.D.), Justice Joyal of this Court reviewed the jurisprudence referring *inter alia* to a judgment I rendered in the case of *Lewis, G.B. v. M.N.R. et al.* (1984), 84 DTC 6550 (F.C.T.D.), a judgment of Justice Denault in the case of *Skis Rossignol Canada Ltée/Ltd. v. Hunter*, [1985] 1 F.C. 162; 15 C.R.R. 184 (T.D.) and a judgment of Justice Ewaschuk in the case of *The Queen v. Rowbotham, et al.*, an unreported case dated November 20, 1984. In the *Skis Rossignol Canada Ltée/Ltd.* case, Justice Denault after a review of the jurisprudence including the *Southam* decision concluded that no special circumstances had been established that would justify the relief sought by the applicants. He stated [at page 171 F.C.; 192 C.R.R.]:

The respondents' affidavit to the effect that they need the evidence gathered for a charge already laid against the applicants justifies the Court in dismissing this motion. It will be up to the judge of the Court of Sessions of the Peace to determine whether the evidence thus obtained "would bring the administration of justice into disrepute".

The documents seized were ordered to be returned except those necessary for the criminal prosecution. In the *Lagiorgia* judgment Justice Joyal states at page 446 F.C.; 5559 DTC:

The above-mentioned decisions of Walsh J. and Denault J. in effect lead to the same result. Each allows the trial judge to determine whether the evidence to be presented before him should or should not be admitted, in light of the test set out in subsection 24(2). I recognize the merits as well as the logic of that reasoning. The determination by the trial judge can be made much more judiciously. The trial judge would have before him not only the illegally obtained evidence but all other relevant circumstances material to the case. He could judge the importance of the documents seized as evidence of an offence, the grounds of defence other than the exclusion of the evidence on which the prosecution is relying and the circumstances surrounding the seizure.

Having said this however he points out that considering the constitutional aspect of subsection 231(4) of the *Income Tax Act* which has been

comme je n'en ordonne pas la restitution, je n'ai pas à trancher la question de savoir si une telle restitution pourrait être assujettie à des conditions.

À propos de la restitution des documents saisis, il existe une jurisprudence selon laquelle il devrait appartenir au juge de première instance de déterminer si la preuve est admissible. Dans une cause toute récente, *Lagiorgia c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 438; 85 DTC 5554 (1^{re} inst.), le juge Joyal de cette Cour a examiné la jurisprudence en la matière, dont ma décision *Lewis, G.B. c. M.R.N. et autres* (1984), 84 DTC 6550 (C.F. 1^{re} inst.), le jugement rendu par le juge Denault dans l'affaire *Skis Rossignol Canada Ltée/Ltd. c. Hunter*, [1985] 1 C.F. 162; 15 C.R.R. 184 (1^{re} inst.), et le jugement rendu par le juge Ewaschuk dans *The Queen v. Rowbotham, et al.*, cause non publiée en date du 20 novembre 1984. Dans l'affaire *Skis Rossignol Canada Ltée/Ltd.*, le juge Denault, après avoir examiné la jurisprudence, notamment la décision *Southam*, a conclu [à la page 171 C.F.; 192 C.R.R.] qu'il n'avait été démontré aucune circonstance particulière lui permettant d'accorder les conclusions recherchées par les requérantes:

L'affidavit des intimés à l'effet qu'ils ont besoin de la preuve recueillie dans une plainte déjà portée contre les requérantes justifie la Cour de rejeter cette requête. Il appartiendra au juge de la Cour des sessions de la Paix d'évaluer si les éléments de preuve ainsi recueillis sont «susceptible[s] de déconsidérer l'administration de la justice».

La Cour a ordonné la restitution des documents saisis à l'exception de ceux qui étaient nécessaires à la poursuite pénale. Dans l'affaire *Lagiorgia*, le juge Joyal tient ces propos à la page 446 C.F.; 5559 DTC:

Effectivement, les décisions précitées du juge Walsh et du juge Denault mènent au même résultat. Chacune permet au juge d'instance de déterminer si la preuve qui lui serait soumise devrait ou ne devrait pas être admise, compte tenu du test qu'impose le paragraphe 24(2). Je reconnais le mérite aussi bien que la logique de cette disposition. La détermination que doit faire le juge d'instance peut se faire de façon beaucoup plus judicieuse. Le juge d'instance serait saisi non seulement de la preuve illégalement obtenue mais de toutes les autres circonstances pertinentes du procès. Il pourrait juger de l'importance des documents saisis comme preuves d'infraction, des moyens de défense autres que l'exclusion de la preuve auxquels le demandeur aurait recours, et des circonstances qui auraient entouré la saisie.

Cela dit, il a toutefois souligné que, étant donné l'aspect constitutionnel du paragraphe 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui a été déclaré nul

declared to be null and void being unconstitutional the Court must impose the sanction that the documents seized be returned to the owner. The public authority can use other legitimate means to carry out their statutory responsibilities and enforce the law.

As was pointed out subsection 24(1) of the Charter is before the Court in the present application and not subsection 24(2) which will be a matter to be decided by the Trial Judge.

The application of subsection 24(1) seems to require consideration however of not merely whether the seizure is unconstitutional, but whether it was reasonable. The case of *R. v. Jagodic et al.* (1985), 15 C.R.R. 146 (N.S.S.C.) considered the *Southam* case and referred at pages 148-149 to extracts from the judgment of Dickson J. [as he then was] in the *Southam* case as follows [at pages 157 and 159-160]:

... that an assessment of the constitutionality of a search and seizure, or of a statute authorizing a search or seizure, must focus on its "reasonable" or "unreasonable" impact on the subject of the search or the seizure, and not simply on its rationality in furthering some valid government objective.

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 "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.

and again at page 149 [page 161 S.C.R.]:

I recognize that it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization in order to validate governmental intrusions upon individuals' expectations of privacy. Nevertheless, where it is feasible to obtain prior authorization, I would hold that such authorization is a pre-condition for a valid search and seizure.

I have already found as a question of fact that under the circumstances of the present case it would not have been feasible or reasonable to delay taking possession of the documents in view of the lengthy affidavits and documents required

parce qu'étant inconstitutionnel, la Cour doit imposer la sanction qui exige la restitution des documents saisis à leur propriétaire. L'autorité publique peut se prévaloir d'autres moyens légitimes pour remplir ses responsabilités légales et assurer le respect des lois.

Ainsi qu'il a été indiqué, c'est le paragraphe 24(1) de la Charte qui est en cause en l'espèce et non le paragraphe 24(2), sur lequel il appartient au juge de première instance de se prononcer.

Il semble toutefois que l'application du paragraphe 24(1) ne se limite pas à la question de savoir si la saisie est inconstitutionnelle, mais embrasse aussi celle de savoir si elle est raisonnable. Dans l'affaire *R. v. Jagodic et al.* (1985), 15 C.R.R. 146 (C.S.N.-É.), on a examiné, aux pages 148 et 149, l'arrêt *Southam* dont les extraits suivants sont tirés des pages 157, 159 et 160 des motifs du juge Dickson [tel était alors son titre]:

... que la constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie ou d'une loi autorisant une fouille, une perquisition ou une saisie doit être appréciée en fonction surtout de l'effet «raisonnable» ou «abusif» sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable.

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.

et de nouveau à la page 149 [page 161 R.C.S.]:

Je reconnais qu'il n'est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d'insister sur l'autorisation préalable aux fins de valider des atteintes du gouvernement aux expectatives des particuliers en matière de vie privée. Néanmoins, je suis d'avis de conclure qu'une telle autorisation, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie.

J'ai déjà conclu que, compte tenu des faits de l'espèce, il n'aurait été ni possible ni raisonnable de différer la saisie des documents étant donné les affidavits et documents très longs qu'il fallait préparer pour obtenir d'un juge un mandat de perquisi-

to obtain the authorization of a judge for a search warrant under the provisions of the *Criminal Code*, especially as no "search" as such was necessary, but merely a taking of possession.

In the case of *Dobney Foundry Ltd. v. A. G. Can.* in the British Columbia Court of Appeal, [1985] 3 W.W.R. 626, Esson J.A. discusses [at page 635] a recent judgment of the Ontario Court of Appeal in *Re Chapman and The Queen* (1984), 46 O.R. (2d) 65 in which MacKinnon A.C.J.O. stated at page 72:

"These most recent cases seem to agree with the Crown's position that there is, indeed, no discretion in the court, but come to exactly the opposite conclusion as to the result—namely, that articles seized under an illegal search warrant *must be returned*. I do not agree that it is as absolute in that regard as the Crown argues it is for its position, *i.e.*, that the articles *must be retained*."

MacKinnon A.C.J.O. went on to observe that, with the passage of the Charter, there is "a new player in this particular game". As I understand his reasons, he regarded s. 24(1) of the Charter as providing additional support for the existence of a discretion on the part of the court, having quashed a search warrant, to direct a return of the items seized even in the face of an assertion by the Crown that they are required as evidence in a criminal proceeding. What is significant for present purposes is that the decision does not support the view that the articles must be returned.

What *Chapman* does decide is that, if the Crown asserts that the items are needed for the purposes of a criminal prosecution, the court has a discretion as to whether they should be ordered to be returned or allowed to be retained by the Crown.

At page 636 the *Dobney Foundry* judgment sets useful criteria:

(1) A reviewing court, on quashing a search warrant, has power to order return of any goods seized under the warrant.

(2) If the Crown shows that the things seized are required to be retained for the purposes of a prosecution, either under a charge already laid or one intended to be laid in respect of a specified chargeable offence, the court may refuse to order the return.

(3) No particular formality is required in order for the Crown to show the requisite element of necessity to retain the things.

(4) The power to order return of goods is incidental to the power to quash but may also arise under s. 24(1) of the Charter if the search and seizure was unreasonable as well as illegal.

(5) The conduct of the prosecuting authorities in relation to the search and seizure is a factor to be considered in deciding whether to exercise the discretion.

sition en vertu du *Code criminel*, d'autant plus qu'il ne s'agissait pas d'une «perquisition» proprement dite, mais simplement d'une saisie.

" Dans l'arrêt *Dobney Foundry Ltd. v. A. G. Can.* rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1985] 3 W.W.R. 626, le juge d'appel Esson a discuté [à la page 635] d'un arrêt récent de la Cour d'appel de l'Ontario, *Re Chapman and The Queen* (1984), 46 O.R. (2d) 65, où le juge en chef adjoint MacKinnon de l'Ontario s'est prononcé en ces termes à la page 72:

[TRADUCTION] «Ces causes très récentes semblent corroborer l'argument de la Couronne selon lequel la cour n'est en fait investie d'aucun pouvoir discrétionnaire, mais arrivent exactement à la conclusion contraire quant au résultat—savoir que les articles saisis en vertu d'un mandat de perquisition illégal *doivent être restitués*. Je ne pense pas que cette règle soit absolue au même titre que l'argument avancé par la Couronne, à savoir que les articles *doivent être retenus*.»

Le juge en chef adjoint de l'Ontario, MacKinnon, a ajouté que l'adoption de la Charte a fait intervenir «un nouvel élément dans ce domaine». Si je comprends bien son argument, le paragraphe 24(1) de la Charte vient confirmer le pouvoir discrétionnaire de la cour qui, après avoir annulé un mandat de perquisition, peut ordonner la restitution des articles saisis en dépit du fait que la Couronne affirme qu'il s'agit là de pièces à conviction dans une procédure pénale. Ce qui importe en l'espèce, c'est que cette décision n'était pas l'idée que les articles doivent être restitués.

Ce que signifie l'arrêt *Chapman*, c'est que, si la Couronne affirme que les articles doivent servir de pièces à conviction dans une poursuite pénale, la cour a le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu d'ordonner leur restitution ou de permettre à la Couronne de les retenir.

Voici les critères établis par le jugement *Dobney Foundry* à la page 636:

[TRADUCTION] (1) Lorsqu'elle annule un mandat de perquisition, une cour de révision peut ordonner la restitution de toutes les marchandises saisies en vertu du mandat.

(2) Si la Couronne prouve que les choses saisies doivent être retenues pour qu'elle puisse s'en servir à titre de pièces à conviction dans une poursuite déjà intentée ou imminente relativement à une infraction pouvant donner lieu à une poursuite, la cour peut refuser d'en ordonner la restitution.

(3) La Couronne n'est subordonnée à aucune formalité particulière pour prouver la nécessité de retenir les choses saisies.

(4) Le pouvoir d'ordonner la restitution des marchandises est accessoire au pouvoir d'annulation, mais peut également découler de l'art. 24(1) de la Charte si la fouille, la perquisition et la saisie sont abusives et illégales.

(5) La conduite des autorités poursuivantes qui ont procédé à la fouille, à la perquisition et à la saisie est un élément dont il faut tenir compte pour décider s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire.

(6) Other factors to be considered in exercising the discretion may be the seriousness of the alleged offence, the degree of potential cogency of the things in proving the charge, the nature of the defect in the warrant and the potential prejudice to the owner from being kept out of possession.

Here we are not of course dealing with an actual search warrant but criteria (2) to (6) are applicable, in particular in connection with No. (5) there has been no complaint whatsoever as to the conduct of the auditor who seized the articles in question, and looking at No. (6), the seizure was only defective since it has now been found to be so, the auditor acting in good faith and pursuant to a section not yet found to be invalid at the time nor do the applicants appear to have suffered any prejudice by being kept out of possession. These are not records for the current year which would affect the operation of their business but old records relating to the tax years in question. Applicants have access to them.

In the case of *The Queen v. Rowbotham, et al.* an unreported judgment of Justice Ewaschuk in the Supreme Court of Ontario dated November 20, 1984, dealing with the admission at trial of documents seized under an unlawful search warrant the judgment states at page 12:

Assuming the search warrant is unlawful under the applicable Act, it is now accepted that a superior court judge can then go on to determine the separate *Charter* question whether the search or seizure is unreasonable: *Re Chapman and the Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.). Where the judge then determines that the search or seizure was unreasonable, he or she is empowered pursuant to s. 24(1) of the *Charter* to order the seized items returned: *Re Chapman, supra*. But it is also clear that a s. 24(1) return does not resolve the question of the admissibility of evidence at later proceeding. This is so since a motions court "cannot have 'regard to all the circumstances' because all the circumstances are clearly not before the Court": *Re Chapman* at p. 9.

It seems to me that, especially where the items seized are testimonial in nature, e.g. documents, a motions court judge should exercise his discretion not to return the items, albeit seized unreasonably, where the Crown establishes to the judge's satisfaction that the items have probative value in respect of pending or laid charges.

At page 8 the judgment states:

It seems to me illogical to characterize a search and seizure as unreasonable when made in good faith and in compliance with current law. Indeed it seems to me, to the contrary, most reasonable that the police, as is their duty, be required to comply with the law as it stands on the day that they apply the

(6) Pour les fins de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il faut prendre en considération d'autres facteurs tels que la gravité de l'infraction reprochée, la force probante des choses saisies, la nature de l'irrégularité du mandat et le préjudice qui pourrait être causé au propriétaire évincé.

^a Ce qui est en cause, ce n'est pas un mandat de perquisition proprement dit, mais les critères (2) à (6) s'appliquent; pour ce qui est du critère (5), on ne s'est nullement plaint de la conduite du vérificateur qui a saisi les articles en question; quant au critère (6), ce n'est que maintenant que la saisie est jugée irrégulière, le vérificateur ayant agi de bonne foi et en vertu d'un article qui n'avait pas encore été déclaré nul à l'époque, et les requérants évincés ne semblent pas avoir subi de préjudice. Il s'agit non pas de registres de l'année en cours dont l'absence nuirait à l'exploitation de leur entreprise, mais d'anciens registres se rapportant aux années d'imposition en question. Les requérants y ont accès.

Dans l'affaire *The Queen v. Rowbotham, et al.*, dont le jugement non publié a été rendu le 20 novembre 1984, le juge Ewaschuk de la Cour suprême de l'Ontario s'est prononcé en ces termes, à la page 12, au sujet de l'admissibilité en preuve de documents saisis en vertu d'un mandat de perquisition illégal:

[TRADUCTION] À supposer que le mandat de perquisition soit illégal au regard de la Loi applicable, la pratique établie veut qu'un juge d'une cour supérieure puisse trancher la question soulevée par la *Charte* qui est de savoir si la fouille, la perquisition ou la saisie est abusive: *Re Chapman and the Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.). Si le juge décide que la fouille, la perquisition ou la saisie est abusive, il peut, en vertu de l'art. 24(1) de la *Charte*, ordonner la restitution des articles saisis: *Re Chapman*, précitée. Mais il est également clair que la restitution fondée sur l'art. 24(1) ne tranche pas la question de l'admissibilité de la preuve dans une action ultérieure. Il en est ainsi puisqu'une cour des requêtes «ne saurait "tenir compte de tous les faits", la raison étant que, à l'évidence, la Cour n'est pas saisie de tous les faits»: *Re Chapman*, à la p. 9.

Il me semble que, lorsque les articles saisis, par exemple des documents, ont une valeur probante, un juge d'une cour des requêtes devrait, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, ne pas ordonner la restitution des articles, même abusivement saisis, si la Couronne le convainc que les articles ont une valeur probante relativement aux accusations en cours.

Et à la page 8:

[TRADUCTION] Il me semble illogique de qualifier une fouille, une perquisition et une saisie d'abusives lorsqu'elles ont été pratiquées de bonne foi et en vertu de la loi en vigueur. Au contraire, il me semble très raisonnable que la police soit tenue de se conformer à la loi en vigueur le jour où elle l'applique:

particular law in question: see by analogy *R. v. Ali* (1980), 51 C.C.C. (2d) 282 (S.C.C.).

In the case of *R. v. Cameron* (1984), 13 C.R.R. 13 (B.C.C.A.), the headnote reads in part [at page 14]:

The defect in the warrant did not necessarily render that search unreasonable, not every illegal search is unreasonable, but even if it did such defect provided no basis for holding that the evidence should have been excluded under s. 24 of the Charter.

In the case of *R. v. Noble* (1984), 48 O.R. (2d) 643 (C.A.), the headnote reads in part [at page 645]:

In deciding whether or not to admit the evidence, it is proper for the trial judge to consider such matters as the nature and extent of the illegality, the unreasonableness of the conduct involved and whether the officers were acting in good faith as distinct from knowingly infringing the accused's rights. The fact that a situation of urgency existed requiring the police to act quickly to prevent the loss or destruction of evidence could also be a factor to be taken into account. Thus, evidence as to the finding of a quantity of narcotics in a dwelling-house was properly admitted at the accused's trial notwithstanding that the search, having been conducted under the authority of a writ of assistance, was unreasonable and in violation of s. 8 of the Charter of Rights, in view of the evidence that the officer in acting under his writ of assistance was doing so in good faith at a time when there was no appellate decision holding that writs of assistance were unconstitutional, that the search was carried out in a reasonable manner with due regard to the accused's other constitutional rights and that the officer reasonably considered that he was confronted by a situation of urgency which made the obtaining of a warrant impracticable.

Although these latter two cases refer to the admissibility of evidence improperly seized which, as I have already indicated is not an issue to be decided in this Court on the present motion and they really deal with subsection 24(2) of the Charter rather than subsection 24(1), if the documents were ordered returned at this time by application of subsection 24(1) of the Charter this would tend to be taking the issue of their admissibility out of the hands of the Trial Judge as it might well be difficult if not impossible to obtain them for production before him for his decision as to their admissibility.

I conclude therefore that although paragraph 231(1)(d) and subsection 231(2) of the Act are unconstitutional, the seizure which was carried out was not unreasonable, and it should not be

voir par analogie *R. c. Ali* (1980), 51 C.C.C. (2d) 282 (C.S.C.).

Dans *R. v. Cameron* (1984), 13 C.R.R. 13 (C.A.C.-B.), le sommaire porte notamment [à la page 14]:

[TRADUCTION] L'irrégularité du mandat n'a pas nécessairement rendu abusives la fouille et la perquisition; toutes les fouilles et perquisitions illégales ne sont pas abusives, mais même quand elles le sont, cela ne permet pas de conclure qu'il faudrait exclure la preuve en vertu de l'art. 24 de la Charte.

Dans le sommaire de l'affaire *R. v. Noble* (1984), 48 O.R. (2d) 643 (C.A.), on peut lire notamment [à la page 645]:

[TRADUCTION] En décidant s'il y a lieu d'admettre la preuve, le juge de première instance peut examiner par exemple la nature et l'importance de l'illégalité, le caractère abusif de la conduite en cause et la question de savoir si les fonctionnaires ont agi de bonne foi ou ont sciemment violé les droits de l'accusé. Le fait qu'une situation d'urgence obligeât la police à agir rapidement pour prévenir la perte ou la destruction des éléments de preuve pourrait constituer également un facteur à prendre en considération. En conséquence, c'est à bon droit que, au procès de l'accusé, la cour a admis la preuve de la découverte d'une certaine quantité de stupéfiants dans une maison d'habitation, nonobstant le fait que la fouille et la perquisition, pratiquées en vertu d'un mandat de main-forte, ont été abusives et pratiquées à l'encontre de l'art. 8 de la Charte des droits; il a en effet été prouvé que le fonctionnaire était de bonne foi en agissant en vertu de son mandat de main-forte, à un moment où il n'existait aucun arrêt déclarant inconstitutionnels les mandats de main-forte, qu'on a procédé à la fouille et à la perquisition d'une manière raisonnable en tenant compte des autres droits constitutionnels de l'accusé et que le fonctionnaire a eu raison de croire qu'il faisait face à une situation d'urgence qui rendait difficile l'obtention d'un mandat.

Bien que ces deux dernières décisions portent sur l'admissibilité des éléments de preuve irrégulièrement saisis, il s'agit là, comme je l'ai indiqué, d'une question que cette Cour n'a pas à trancher dans la présente requête, et qui concerne le paragraphe 24(2) plutôt que le paragraphe 24(1) de la Charte. Le fait pour la Cour d'ordonner maintenant la restitution des documents, en application du paragraphe 24(1) de la Charte, reviendrait à empêcher le juge de première instance de se prononcer sur leur admissibilité puisqu'il serait difficile sinon impossible d'obtenir la production de ces documents devant ce dernier pour qu'il décide de leur admissibilité.

Je conclus donc que, bien que l'alinéa 231(1)d) et le paragraphe 231(2) de la Loi soient inconstitutionnels, la saisie pratiquée n'était pas abusive, qu'il n'y a pas lieu de conclure automatiquement

automatically found that evidence obtained by an illegal seizure must be returned although it is required for use in criminal proceedings, and that subsection 24(1) of the Charter does not necessarily require such an order. The law in Canada unlike that in the United States does not necessarily exclude from consideration at trial evidence which has been illegally obtained. I find that in the present state of our law sufficient jurisprudence justifies a finding that the documents in question can be retained until the termination of the criminal proceedings for which respondents intend to use them, but any documents not required for such proceedings should be returned forthwith.

que les documents obtenus au moyen d'une saisie illégale doivent être retournés même s'ils doivent servir de pièces à conviction dans une poursuite pénale, et que le paragraphe 24(1) de la Charte n'exige pas nécessairement une telle ordonnance. Le droit canadien, à la différence de celui des États-Unis, n'écarte pas nécessairement de l'instruction les éléments de preuve illégalement obtenus. Dans l'état actuel de notre droit, il existe suffisamment de précédents qui permettent de conclure que les documents en question peuvent être retenus jusqu'à la fin des procédures pénales au cours desquelles les intimés ont l'intention de les utiliser; mais les documents qui ne sont pas nécessaires à ces procédures devraient être restitués sur-le-champ.