

T-1798-86	<p><b>Berl Baron</b> (<i>Applicant</i>)</p> <p>v.</p> <p><b>Her Majesty the Queen and the Attorney General of Canada and the Honourable Otto Jelinek, in his capacity as Minister of National Revenue</b> (<i>Respondents</i>)</p>	T-1798-86	<p><b>Berl Baron</b> (<i>requérant</i>)</p> <p>c.</p> <p><sup>a</sup> <b>Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek, en qualité de ministre du Revenu national</b> (<i>intimés</i>)</p>
T-1804-86	<p><b>Berl Baron</b> (<i>Applicant</i>)</p> <p>v.</p> <p><b>Her Majesty the Queen and the Attorney General of Canada and the Honourable Otto Jelinek, in his capacity as Minister of National Revenue</b> (<i>Respondents</i>)</p>	T-1804-86	<p><sup>b</sup> <b>Berl Baron</b> (<i>requérant</i>)</p> <p>c.</p> <p><sup>c</sup> <b>Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek, en qualité de ministre du Revenu national</b> (<i>intimés</i>)</p>
T-1805-86	<p><b>Berl Baron and Howard Baron, C.A.</b> (<i>Applicants</i>)</p> <p>v.</p> <p><b>Her Majesty the Queen and the Attorney General of Canada and the Honourable Otto Jelinek, in his capacity as Minister of National Revenue</b> (<i>Respondents</i>)</p>	T-1805-86	<p><sup>d</sup> <b>Berl Baron et Howard Baron, C.A.</b> (<i>requérants</i>)</p> <p>c.</p> <p><sup>e</sup> <b>Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek, en qualité de ministre du Revenu national</b> (<i>intimés</i>)</p>
T-1284-89	<p><b>Berl Baron and Howard Baron, C.A.</b> (<i>Plaintiffs</i>)</p> <p>v.</p> <p><b>Her Majesty the Queen and the Attorney General of Canada and the Honourable Otto Jelinek, in his capacity as Minister of National Revenue</b> (<i>Defendants</i>)</p>	T-1284-89	<p><sup>f</sup> <b>Berl Baron et Howard Baron, C.A.</b> (<i>demandeurs</i>)</p> <p>c.</p> <p><sup>g</sup> <b>Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek, en qualité de ministre du Revenu national</b> (<i>défendeurs</i>)</p>
T-1920-89	<p><b>Steven Grossman and Interact Laser Industries Inc.</b> (<i>Plaintiffs</i>)</p> <p>v.</p> <p><b>Her Majesty the Queen and the Attorney General of Canada and the Honourable Otto Jelinek, in his capacity as Minister of National Revenue</b> (<i>Defendants</i>)</p>	T-1920-89	<p><sup>h</sup> <b>Steven Grossman et Interact Laser Industries Inc.</b> (<i>demandeurs</i>)</p> <p>c.</p> <p><sup>i</sup> <b>Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek, en qualité de ministre du Revenu national</b> (<i>défendeurs</i>)</p>
<p><i>INDEXED AS: BARON v. CANADA (T.D.)</i></p> <p>Trial Division, Reed J.—Montréal, September 21; Ottawa, December 5, 1989.</p>		<p><i>RÉPERTORIÉ: BARON c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)</i></p> <p><sup>j</sup> Section de première instance, juge Reed—Montréal, 21 septembre; Ottawa, 5 décembre 1989.</p>	

*Income tax — Seizures — S. 231.3 Income Tax Act search and seizure provisions valid — Warrants properly issued thereunder valid.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — S. 231.3 Income Tax Act not offending s. 8 of Charter in this case — Search and seizure provisions not precluding addition of terms and conditions to warrant.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Income Tax Act s. 231.3 not offending s. 15 of Charter even if different avenues of appeal existing.*

*Practice — Privilege — Accountant-client privilege not protected in federal income tax litigation — Solicitor-client privilege on different footing as necessary for proper administration of justice — Procedure followed protecting solicitor-client privilege during execution of warrants — Warrants valid.*

These motions and actions for declaratory relief raise the identical issue of the validity of section 231.3 of the *Income Tax Act*.

*Held*, the motions and actions should be dismissed.

Of the five arguments raised, all but the last have been recently dealt with by the courts. The current state of the law on this subject is canvassed in the reasons.

(1) The argument that subsection 231.3(3) of the *Income Tax Act* offends section 8 of the Charter because it leaves no discretion to the judge to prevent abusive searches is here without factual underpinnings. The searches and seizures in this case were not abusive and therefore it was not necessary to decide the issue of interpretation as to whether subsection 231.3(3) allows such discretion. There is no uniformity of jurisprudential opinion. However the Federal Court of Appeal decision in *Solvent Petroleum v. M.N.R.* is binding. It may be that sections 1 and 2 of the *Canadian Bill of Rights* could come into play to preserve judicial discretion so as to prevent abusive searches and seizures. Although it is clear that subsection 231.3(3) removes some discretion from a judge, it does not preclude a judge from adding terms and conditions to a warrant.

(2) The search and seizure provisions under subsections 231.3(3), (4), (5) of the Act were found to have been properly authorized as meeting the applicable test.

(3) The question whether “reasonable grounds” is a lesser test than “reasonable and probable grounds” thus invalidating subsection 231.3(3) of the Act as not meeting the requirements of section 8 of the Charter has been persuasively dealt with in the case law where it was found that “reasonable” meaning “more probable than not” met the applicable test. In any event subsection 231.3(3) was found to meet the minimum applicable standards in *Solvent Petroleum* in this respect.

*Impôt sur le revenu — Saisies — Les dispositions de l’art. 231.3 de la Loi de l’impôt sur le revenu relatives aux perquisitions et aux saisies sont valides — Les mandats qui ont été dûment décernés conformément à ces dispositions sont valides.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L’art. 231.3 de la Loi de l’impôt sur le revenu ne contrevient pas à l’art. 8 de la Charte en l’espèce — Les dispositions relatives aux perquisitions et aux saisies n’empêchent pas le juge d’ajouter des conditions au mandat qu’il décerne.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — L’art. 231.3 de la Loi de l’impôt sur le revenu ne contrevient pas à l’art. 15 de la Charte même s’il existe différentes possibilités d’appel.*

*Pratique — Communications privilégiées — Les communications privilégiées entre le comptable et son client ne sont pas protégées dans les litiges concernant l’impôt sur le revenu fédéral — Les communications privilégiées entre l’avocat et son client sont traitées différemment afin de garantir la bonne administration de la justice — Procédure suivie pour protéger les communications privilégiées entre l’avocat et son client durant l’exécution des mandats — Les mandats sont valides.*

Les requêtes et les demandes de jugement déclaratoire soulèvent toutes la même question, savoir la validité de l’article 231.3 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

*Jugement*: les requêtes et les demandes doivent être rejetées.

Les cinq arguments soulevés ont tous été examinés récemment par les tribunaux, sauf le dernier. L’état actuel du droit à ce sujet est exposé dans les motifs.

(1) L’argument selon lequel le paragraphe 231.3(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* contrevient à l’article 8 de la Charte parce qu’il n’accorde pas au juge le pouvoir discrétionnaire d’empêcher les perquisitions abusives ne repose en l’espèce sur aucun élément factuel. Les perquisitions et les saisies effectuées n’étaient pas abusives et, par conséquent, il n’a pas été nécessaire de trancher la question d’interprétation de savoir si le paragraphe 231.3(3) accorde un tel pouvoir discrétionnaire. La jurisprudence n’est pas unanime sur cette question. Toutefois, la décision rendue par la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Solvent Petroleum c. M.R.N.* s’applique. Il se peut qu’on puisse invoquer les articles 1 et 2 de la *Déclaration canadienne des droits* pour préserver le pouvoir discrétionnaire du juge d’empêcher les perquisitions et les saisies abusives. Même s’il est clair que le paragraphe 231.3(3) limite le pouvoir discrétionnaire du juge, cela ne l’empêche aucunement d’ajouter des conditions au mandat qu’il décerne.

(2) Les perquisitions et les saisies prévues aux paragraphes 231.3(3), (4) et (5) de la *Loi* ont été dûment autorisées car elles respectaient le critère applicable.

(3) La question de savoir si l’expression «motifs raisonnables» constitue un critère moins sévère que l’expression «motifs raisonnables et probables», ce qui invaliderait le paragraphe 231.3(3) parce qu’il ne respecterait pas les exigences de l’article 8 de la Charte, a été examinée d’une manière persuasive dans la jurisprudence. Il en est ressorti que le terme «raisonnable» pris dans le sens de «plus probable qu’improbable» respectait le critère applicable. Quoi qu’il en soit, la Cour a statué dans l’affaire *Solvent Petroleum* que le paragraphe 231.3(3) respecte les normes minimales applicables à cet égard.

(4) Subsection 231.3(3) does not offend section 15 of the Charter. If discrimination exists because of the availability of different avenues of appeal, it is not the result of section 231.3 of the Act. Furthermore, if discrimination arising as a result of different procedures in different jurisdictions exists, it is not the type which falls under section 15 of the Charter.

(5) The warrants are not invalid because they were not made subject to terms of execution to protect confidentiality rights. Even if it were accepted that Quebec law allows for accountant-client privilege in litigation, such rule does not apply to federal income tax litigation. The secrecy between accountant and client does not serve the same purpose as that between solicitor and client, the latter privilege existing to preserve the basic rights of individuals to prosecute actions and to prepare defences. The proper administration of justice does not require accountant-client privilege. Even if there is nothing on the face of the warrants to indicate that proper procedure for execution of the warrants was provided for, in this case the proper procedure such as would protect solicitor-client privilege was in fact followed and that is what is required.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q. 1977, c. B-1.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5.  
*Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, ss. 1, 2.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 8, 15.  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 9, 56.  
*Code of Ethics of Chartered Accountants*, R.R.Q. 1981, c. C-48, r. 2, s. 3.02.25.  
*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 443, 446(1).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 27(1),(4), 50.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231(1),(2), 231.3 (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121), 232(3), (4),(5) (as am. *idem*, s. 122).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3(1), 11.  
*Judicature Act*, S.N.S. 1972, c. 2, s. 35.  
*Professional Code*, R.S.Q. 1977, c. C-26, s. 87(3).  
*The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1965, c. 72, s. 6.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Solvent Petroleum Extraction Inc. v. M.N.R.*, [1990] 1 F.C. 20; (1989), 50 C.C.C. (3d) 182; 28 F.T.R. 79; 99 N.R. 22 (C.A.); *Solvent Petroleum Extraction Inc. v. Canada (M.N.R.)*, [1988] 3 F.C. 465; (1988), 18 F.T.R. 286 (T.D.).

(4) Le paragraphe 231.3(3) ne contrevient pas à l'article 15 de la Charte. Si l'existence de différentes possibilités d'appel est source de discrimination, ce n'est pas à cause de l'article 231.3 de la Loi. Par ailleurs, s'il y a de la discrimination qui découle de l'existence de procédures différentes d'un ressort à l'autre, ce n'est pas ce genre de discrimination que vise l'article 15 de la Charte.

(5) Les mandats ne sont pas invalides parce que le juge n'a prévu aucune modalité d'exécution visant à protéger le droit au secret. Même si l'on reconnaît que le droit québécois protège les communications entre le comptable et son client dans les litiges, cette règle ne s'applique pas dans les litiges concernant l'impôt sur le revenu fédéral. Le secret professionnel du comptable n'a pas la même raison d'être que le secret professionnel de l'avocat, qui a pour objet de protéger le droit fondamental qu'ont les particuliers d'intenter des poursuites en justice et de préparer des défenses. La bonne administration de la justice n'exige pas que l'on protège les communications entre le comptable et son client. Même si les mandats ne précisaient aucune modalité d'exécution, la procédure appropriée pour protéger le secret professionnel du comptable a effectivement été suivie en l'espèce, et c'est tout ce qui compte.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*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.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44], art. 8, 15.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 9, 56.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 443, 446(1).  
*Code de déontologie des comptables agréés*, R.R.Q. 1981, chap. C-48, r. 2, art. 3.02.25.  
*Code des professions*, L.R.Q. 1977, chap. C-26, art. 87(3).  
*The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1965, chap. 72, art. 6.  
*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), Annexe III, art. 1, 2.  
*Judicature Act*, S.N.S. 1972, chap. 2, art. 35.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 3(1), 11.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 231(1),(2), 231.3 (mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 121), 232(3),(4),(5) (mod., *idem*, art. 122).  
*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 10(1).  
*Loi sur le Barreau*, L.R.Q. 1977, chap. B-1.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 27(1),(4), 50.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*Solvent Petroleum Extraction Inc. c. M.R.N.*, [1990] 1 C.F. 20; (1989), 50 C.C.C. (3d) 182; 28 F.T.R. 79; 99 N.R. 22 (C.A.); *Solvent Petroleum Extraction Inc. c. Canada (M.R.N.)*, [1988] 3 C.F. 465; (1988), 18 F.T.R. 286 (1<sup>re</sup> inst.).

## APPLIED:

*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 108; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462.

## CONSIDERED:

*Kourtesis v. M.N.R.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Kourtesis v. M.N.R.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 342; 44 C.C.C. 79 (S.C.); *F.K. Clayton Group Ltd. v. M.N.R.*, [1988] 2 F.C. 467; [1988] 1 C.T.C. 353; 88 DTC 6202; 82 N.R. 313 (C.A.); *M.N.R. v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535; (1984), 13 D.L.R. (4th) 706; 12 C.R.R. 45; [1984] CTC 506; 84 DTC 6478; 55 N.R. 255 (C.A.); *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; (1988), 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1; *Missiaen v. Minister of National Revenue* (1967), 61 W.W.R. 375; [1967] C.T.C. 579; 68 DTC 5039 (Alta. S.C.).

## REFERRED TO:

*Société Radio-Canada c. Lessard*, [1989] R.J.Q. 2043 (C.A.); revg [1987] R.J.Q. 2543 (S.C.); *Pacific Press Ltd. v. Queen in right of B.C. et al.*, [1977] 5 W.W.R. 507; (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; 38 C.R.N.S. 296 (S.C.); *F Ltée c. Québec (Directeur, Division des enquêtes spéciales, ministre du Revenu national Impôt)*, (Qué. S.C.), Boilard J., not reported; *McLeod and Red Lake Supermarkets v. The Queen*, Ont. S.C., 1987, not reported; *Re Church of Scientology et al. and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.); *Re Hertel et al. and The Queen* (1986), 37 D.L.R. (4th) 706; 8 B.C.L.R. (2d) 104; 32 C.C.C. (3d) 335; [1987] 1 C.T.C. 15 (S.C.); *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; 13 C.C.C. (3d) 1; 3 O.A.C. 254 (C.A.); *R. v. Miles of Music Ltd.* (1989), 48 C.C.C. (3d) 96 (Ont. C.A.); *Bernstein c. R.*, (C.A.) Montréal, 500-10-000210-888, January 30, 1989, Beauregard, Nichols, Rothman J.A., not yet reported; S.C. Montréal 500-36-000170-889, May 5, 1988, Mayrand J., not reported; *Knox Contracting Ltd. and Knox v. Canada and Minister of National Revenue et al.* (1988), 94 N.B.R. (2d) 8; 89 DTC 5075 (C.A.); *Deputy Attorney General of Canada v. Brown*, [1965] S.C.R. 84; (1964), 47 D.L.R. (2d) 402; [1964] C.T.C. 483; 64 DTC 5296; *Edmonds c. Sous-procureur général du Canada*, [1979] C.S. 759; [1980] CTC 192; 80 DTC 6201 (Qué. S.C.); *Normandin c. Canada (Procureur général)*, Qué. S.C., 460-05-000044-888, June 15, 1989, Mercure J., not reported; *St. Georges c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.D.F.Q. 86 (S.C.).

## AUTHORS CITED

Brun, Henri. "Le recouvrement de l'impôt et les droits de la personne" (1983), 24 C. de D. 457.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 108; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Kourtesis v. M.N.R.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Kourtesis v. M.N.R.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 342; 44 C.C.C. 79 (C.S.); *F.K. Clayton Group Ltd. c. M.N.R.*, [1988] 2 C.F. 467; [1988] 1 C.T.C. 353; 88 DTC 6202; 82 N.R. 313 (C.A.); *M.N.R. c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535; (1984), 13 D.L.R. (4th) 706; 12 C.R.R. 45; [1984] CTC 506; 84 DTC 6478; 55 N.R. 255 (C.A.); *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; (1988), 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1; *Missiaen v. Minister of National Revenue* (1967), 61 W.W.R. 375; [1967] C.T.C. 579; 68 DTC 5039 (C.S. Alb.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Société Radio-Canada c. Lessard*, [1989] R.J.Q. 2043 (C.A.); inf. [1987] R.J.Q. 2543 (C.S.); *Pacific Press Ltd. v. Queen in right of B.C. et al.*, [1977] 5 W.W.R. 507; (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; 38 C.R.N.S. 296 (C.S.); *F Ltée c. Québec (Directeur, Division des enquêtes spéciales, ministre du Revenu national Impôt)*, (C.S. Qué.), juge Boilard, non publiée; *McLeod and Red Lake Supermarkets v. The Queen*, C.S. Ont., 1987, non publiée; *Re Church of Scientology et al. and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.); *Re Hertel et al. and The Queen* (1986), 37 D.L.R. (4th) 706; 8 B.C.L.R. (2d) 104; 32 C.C.C. (3d) 335; [1987] 1 C.T.C. 15 (C.S.); *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; 13 C.C.C. (3d) 1; 3 O.A.C. 254 (C.A.); *R. v. Miles of Music Ltd.* (1989), 48 C.C.C. (3d) 96 (C.A. Ont.); *Bernstein c. R.*, (C.A.) Montréal, 500-10-000210-888, 30 janvier 1989, juges Beauregard, Nichols, Rothman, encore inédite; C.S. Montréal, 500-36-000170-889, 5 mai 1988, juge Mayrand, non publiée; *Knox Contracting Ltd. et Knox c. Canada et Ministre du Revenu national et autres* (1988), 94 N.B.R. (2d) 8; 89 DTC 5075 (C.A.); *Deputy Attorney General of Canada v. Brown*, [1965] R.C.S. 84; (1964), 47 D.L.R. (2d) 402; [1964] C.T.C. 483; 64 DTC 5296; *Edmonds c. Sous-procureur général du Canada* S.C. 759; [1980] CTC 192; 80 DTC 6201 (C.S. Qué.); *Normandin c. Canada (Procureur général)*, C.S. Qué., 460-05-000044-888, 15 juin 1989, juge Mercure, non publiée; *St. Georges c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.D.F.Q. 86 (C.S.).

## DOCTRINE

Brun, Henri. «Le recouvrement de l'impôt et les droits de la personne» (1983), 24 C. de D. 457.

Côté, Jacques. "Le secret professionnel et l'expert-comptable", [1988] 10 *R.P.F.S.* 449.  
 Marquis, Paul-Yvan. "Le secret notarial et le fisc" (1976), 79 *R. du N.* 4.

## COUNSEL:

*Guy Du Pont* for applicants Berl Baron and Howard Baron.

*Guy Gagnon* for plaintiffs Steven Grossman and Interact Laser Industries Inc.

*Pierre Loiselle* for respondents (defendants).

## SOLICITORS:

*Phillips & Vineberg*, Montréal, for applicants Berl Baron and Howard Baron.

*Spiegel Sohmer*, Montréal, for plaintiffs Steven Grossman and Interact Laser Industries Inc.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents (defendants).

*The following are the reasons for the orders and judgments rendered in English by*

REED J.: This is yet another challenge to the search and seizure provisions set out in section 231.3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121. It is argued that those provisions are invalid because: (1) subsection 231.3(3) allows no discretion to a judge to guard against abusive searches and seizures—it requires a judge to issue a warrant if satisfied that there are reasonable grounds to believe that an offence has been committed and that evidence of that offence is likely to be found in certain premises; (2) subsection 231.3(5) allows wholesale searches and seizures, without adequate authorization, and therefore does not meet the requirements of a constitutionally valid search and seizure power, as set out in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; (3) the requirements under subsection 231.3(3) do not meet the requirements of *Hunter v. Southam (supra)* because they only require that there be reasonable grounds to believe that an offence has been committed—this is a lesser test than one requiring that there be "reasonable and probable" grounds; (4) the provisions

Côté, Jacques. «Le secret professionnel et l'expert-comptable», [1988] 10 *R.P.F.S.* 449.  
 Marquis, Paul-Yvan. «Le secret notarial et le fisc» (1976), 79 *R. du N.* 4.

## a AVOCATS:

*Guy Du Pont* pour les requérants Berl Baron et Howard Baron.

*Guy Gagnon* pour les demandeurs Steven Grossman et Interact Laser Industries Inc.

*Pierre Loiselle* pour les intimés (défendeurs).

## PROCUREURS:

*Phillips & Vineberg*, Montréal, pour les requérants Berl Baron et Howard Baron.

*Spiegel Sohmer*, Montréal, pour les demandeurs Grossman et Interact Laser Industries Inc.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés (défendeurs).

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

LE JUGE REED: Il s'agit ici d'une autre contestation des dispositions relatives aux fouilles et aux perquisitions qui sont énoncées à l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 121. On soutient que ces dispositions sont invalides pour les motifs suivants: (1) le paragraphe 231.3(3) n'accorde au juge aucun pouvoir discrétionnaire de prévenir les fouilles et perquisitions abusives; il impose au juge l'obligation de délivrer un mandat s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise et qu'il est vraisemblable de trouver la preuve de cette infraction dans certains endroits; (2) le paragraphe 231.3(5) permet les fouilles et perquisitions générales sans autorisation appropriée et ne respecte donc pas les exigences d'un pouvoir de fouille et de perquisition constitutionnellement valide qui sont énoncées dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; (3) les conditions énoncées au paragraphe 231.3(3) ne respectent pas les critères de l'arrêt *Hunter c. Southam* (précité), parce qu'elles exigent simplement l'existence de motifs

of section 231.3 offend section 15 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.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] because there are two avenues by which warrants can be obtained (one through the superior court of a province, the other through the Federal Court) and the appeal provisions differ depending upon which route is chosen; (5) some of the particular warrants in question are invalid because they do not contain a clause protecting documents which are subject to solicitor-client privilege or which arise in the course of an accountant-client confidential relationship.

On agreement by all counsel, the motions and actions for declaratory relief set out in the files listed in the style of cause were dealt with together on September 21, 1989. The identical issue is raised in each.

Section 231.3 of the *Income Tax Act* provides as follows:

231.3 (1) A judge may, on *ex parte* application by the Minister, issue a warrant in writing authorizing any person named therein to enter and search any building, receptacle or place for any document or thing that may afford evidence as to the commission of an offence under this Act and to seize and, as soon as practicable, bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(2) An application under subsection (1) shall be supported by information on oath establishing the facts on which the application is based.

(3) A judge shall issue the warrant referred to in subsection (1) where he is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

- (a) an offence under this Act has been committed;
- (b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and

(c) the building, receptacle or place specified in the application is likely to contain such a document or thing.

(4) A warrant issued under subsection (1) shall refer to the offence for which it is issued, identify the building, receptacle or place to be searched and the person alleged to have committed

raisonnables de croire qu'une infraction a été commise, ce qui constitue un critère moins sévère que l'existence de motifs «raisonnables et probables»; (4) les dispositions de l'article 231.3 contreviennent à l'article 15 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.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]] parce qu'il existe deux façons d'obtenir des mandats (soit une demande devant la cour supérieure d'une province soit une demande devant la Cour fédérale) et que les dispositions relatives à l'appel diffèrent selon la solution choisie; (5) certains des mandats en question sont invalides, parce qu'ils ne renferment pas de clause protégeant les documents qui font l'objet du privilège des communications entre l'avocat et son client ou qui découlent d'une communication privilégiée entre le comptable et son client:

Suivant une entente entre tous les avocats, les requêtes et demandes de jugement déclaratoire exposées dans les dossiers énumérés dans l'intitulé de la cause ont été entendues ensemble le 21 septembre 1989. La question qui est soulevée dans chacun de ces dossiers est identique.

L'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* se lit comme suit:

231.3 (1) Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut décerner un mandat écrit qui autorise toute personne qui y est nommée à pénétrer dans tout bâtiment, contenant ou endroit et y perquisitionner pour y chercher des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi, à saisir ces documents ou choses et, dès que matériellement possible, soit à les apporter au juge ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit à lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(2) La requête visée au paragraphe (1) doit être appuyée par une dénonciation sous serment qui expose les faits au soutien de la requête.

(3) Le juge saisi de la requête décerne le mandat mentionné au paragraphe (1) s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit:

- a) une infraction prévue par la présente loi a été commise;
- b) il est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction;
- c) le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

(4) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) doit indiquer l'infraction pour laquelle il est décerné, dans quel bâtiment, contenant ou endroit perquisitionner ainsi que la

ted the offence and it shall be reasonably specific as to any document or thing to be searched for and seized.

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in subsection (1), any other document or thing that he believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(6) Subject to subsection (7), where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge shall, unless the Minister waives retention, order that it be retained by the Minister, who shall take reasonable care to ensure that it is preserved until the conclusion of any investigation into the offence in relation to which the document or thing was seized or until it is required to be produced for the purposes of a criminal proceeding.

(7) Where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge may, of his own motion or on summary application by a person with an interest in the document or thing on three clear days notice of application to the Deputy Attorney General of Canada, order that the document or thing be returned to the person from whom it was seized or the person who is otherwise legally entitled thereto if the judge is satisfied that the document or thing

(a) will not be required for an investigation or a criminal proceeding; or

(b) was not seized in accordance with the warrant or this section.

(8) The person from whom any document or thing is seized pursuant to this section is entitled, at all reasonable times and subject to such reasonable conditions as may be imposed by the Minister, to inspect the document or thing and to obtain one copy of the document at the expense of the Minister.

All but one of the plaintiffs' (applicants') arguments in this case have been dealt with, recently, by the courts—either by the Federal Court of Appeal, the British Columbia Court of Appeal or the British Columbia Supreme Court. Applications for leave to appeal some of those decisions to the Supreme Court have been filed. Thus, the decision being asked of me is, in one sense, merely designed to hold the present cases in abeyance pending the outcome of the various appeals which are already under way.

No discretion to guard against abusive search and seizures

personne accusée d'avoir commis l'infraction. Il doit donner suffisamment de précisions sur les documents ou choses à chercher et à saisir.

(5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(6) Sous réserve du paragraphe (7), lorsque des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés à un juge ou qu'il en est fait rapport à un juge, ce juge ordonne que le ministre les retienne sauf si celui-ci y renonce. Le ministre qui retient des documents ou choses doit en prendre raisonnablement soin pour s'assurer de leur conservation jusqu'à la fin de toute enquête sur l'infraction en rapport avec laquelle les documents ou choses ont été saisis ou jusqu'à ce que leur production soit exigée aux fins d'une procédure criminelle.

(7) Le juge à qui des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés ou à qui il en est fait rapport peut, d'office ou sur requête sommaire d'une personne ayant un droit dans ces documents ou choses avec avis au sous-procureur général du Canada trois jours francs avant qu'il y soit procédé, ordonner que ces documents ou choses soient restitués à la personne à qui ils ont été saisis ou à la personne qui y a légalement droit par ailleurs, s'il est convaincu que ces documents ou choses:

a) soit ne seront pas nécessaires à une enquête ou à une procédure criminelle;

b) soit n'ont pas été saisis conformément au mandat ou au présent article.

(8) La personne à qui des documents ou choses sont saisis conformément au présent article a le droit, en tout temps raisonnable et aux conditions raisonnables que peut imposer le ministre, d'examiner ces documents ou choses et d'obtenir reproduction des documents aux frais du ministre en une seule copie.

Tous les arguments soulevés par les demandeurs (requérants), sauf un, ont récemment été examinés par les tribunaux, que ce soit la Cour d'appel fédérale, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ou la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Des demandes d'autorisation d'en appeler de certaines de ces décisions ont été déposées devant la Cour suprême. Ainsi, dans un sens, la décision que l'on me demande de rendre servirait simplement à maintenir les présentes causes en suspens jusqu'au résultat des différents appels interjetés.

Aucun pouvoir discrétionnaire d'empêcher les fouilles et perquisitions abusives

Counsel's first argument is that subsection 231.3(3) offends section 8 of the Charter because it requires a judge to issue a warrant if there are reasonable grounds to believe that an offence has been committed and if there are reasonable grounds to believe that evidence of that offence is likely to be found in the place which it is sought to search. Thus, counsel argues, the statute takes away from a judge the discretion, which he or she would otherwise have, to refuse warrants, which although they fall within the requirements of subsection 231.3(3), are abusive. Such situations, it is argued, might exist, for example, if numerous previous warrants had been obtained to search the same premises or when special conditions exist which make it advisable to add conditions to the warrant. See, for example, *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1989] R.J.Q. 2043 (C.A.); revg [1987] R.J.Q. 2543 (S.C.); *Pacific Press Ltd. v. Queen in right of B.C. et al.*, [1977] 5 W.W.R. 507; (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; 38 C.R.N.S. 296 (S.C.); *F Ltée c. Québec (Directeur, Division des enquêtes spéciales, ministre du Revenu national Impôt)* (Qué. S.C.) per Boilard J. not reported.

This interpretation of subsection 231.3(3), as leaving no discretion with a judge to guard against abusive searches and seizures, relies on Madame Justice Desjardins' description of subsection 231.3(3) in *Solvent Petroleum Extraction Inc. v. M.N.R.*, [1990] 1 F.C. 20; (1989), 50 C.C.C. (3d) 182; 28 F.T.R. 79; 99 N.R. 22 (C.A.), at page 24 F.C.; affg [1988] 3 F.C. 465; (1988), 18 F.T.R. 286 (T.D.):

Subsection 231.3(1) states that "A judge may". Subsection 231.3(3) states that "A judge shall". It would therefore appear from the language of subsection 231.3(3) that if the issuing judge comes to the conclusion that the conditions of paragraphs 231.3(3)(a), (b) and (c) are met, he need not nor is he permitted to consider whether there has been a previous substantive voluntary compliance by the taxpayer, whether further documents might be remitted voluntarily, or whether the applicant for the warrants has taken all reasonable steps to obtain the information from an alternative source before applying for the warrants. In brief, if the conditions are met, he must issue the warrant.

The decision by the Federal Court of Appeal in the *Solvent Petroleum* case is directly applicable and binding for the purposes of this case. Leave to appeal that decision was refused by the Supreme Court on November 23, 1989 (S.C.C. file 21556).

L'avocat soutient d'abord que le paragraphe 231.3(3) contrevient à l'article 8 de la Charte, parce qu'il oblige le juge à délivrer un mandat, s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise et que la preuve de cette infraction se trouve vraisemblablement à l'endroit visé par la demande de perquisition. Ainsi, selon l'avocat, la loi enlève au juge le pouvoir discrétionnaire, qu'il aurait par ailleurs, de refuser de délivrer des mandats abusifs, bien qu'ils respectent les exigences du paragraphe 231.3(3). Ces situations pourraient exister, par exemple, dans les cas où l'on aurait obtenu plusieurs mandats antérieurs autorisant la perquisition du même endroit ou lorsque, en raison de la situation spéciale qui prévaut, il est souhaitable d'ajouter des conditions au mandat. Voir, par exemple, *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1989] R.J.Q. 2043 (C.A.); inf. [1987] R.J.Q. 2543 (C.S.); *Pacific Press Ltd. v. Queen in right of B.C. et al.*, [1977] 5 W.W.R. 507; (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; 38 C.R.N.S. 296 (C.S.); *F Ltée c. Québec (Directeur, Division des enquêtes spéciales, ministre du Revenu national Impôt)* (C.S. Qué.), le juge Boilard, non publié.

Cet argument selon lequel le paragraphe 231.3(3) ne permet pas au juge d'empêcher les fouilles et perquisitions abusives est fondé sur la description suivante que le juge Desjardins a faite de cette disposition dans l'arrêt *Solvent Petroleum Extraction Inc. c. M.R.N.*, [1990] 1 C.F. 20; (1989), 50 C.C.C. (3d) 182; 28 F.T.R. 79; 99 N.R. 22 (C.A.), à la page 24 C.F.; conf. [1988] 3 C.F. 465; (1988), 18 F.T.R. 286 (1<sup>re</sup> inst.):

Le paragraphe 231.3(1) dit que «un juge peut décerner.» Le paragraphe 231.3(3) énonce que «le juge saisi de la requête décerne». En conséquence, il ressort, semble-t-il, du texte du paragraphe 231.3(3) que si le juge qui décerne le mandat parvient à la conclusion que les conditions posées par les alinéas 231.3(3)(a), (b) et (c) sont remplies, il n'a pas ni n'est autorisé à examiner si, auparavant, le contribuable s'est volontairement conformé à la demande de production de documents, si d'autres documents pourraient être remis volontairement, ou si le demandeur de mandats a pris toutes les mesures raisonnables pour obtenir les renseignements d'une autre source avant de solliciter les mandats. En bref, si les conditions sont remplies, il doit décerner le mandat.

La décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Solvent Petroleum* est directement pertinente et doit s'appliquer aux fins du présent litige. La Cour suprême a refusé l'autorisation d'en appeler de cette décision le 23 novembre 1989 (dossier 21556 de la C.S.C.).

The view, set out above, in the *Solvent Petroleum* case is similar to that expressed in *McLeod and Red Lake Supermarkets v. The Queen* (Ont. S.C., October 1987, not reported). In *Re Church of Scientology et al. and The Queen* (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.) at page 545, it was held, with respect to subsection 446(1) of the *Criminal Code*<sup>1</sup> [R.S.C. 1970, c. C-34], that "shall" was mandatory. It was held, at page 545, that "shall" in subsection 446(1) could not be interpreted as being equivalent to "may":

The learned motions court judge in *R. v. Zaharia and Church of Scientology of Toronto* (1985), 21 C.C.C. (3d) 118 at pp.

<sup>1</sup> 446. (1) Where anything that has been seized under section 445 or under a warrant issued pursuant to section 443 is brought before a justice, he shall, unless the prosecutor otherwise agrees, detain it or order that it be detained, taking reasonable care to ensure that it is preserved until the conclusion of any investigation or until it is required to be produced for the purposes of a preliminary inquiry or trial, but nothing shall be detained under the authority of this section for a period of more than three months after the time of seizure unless, before the expiration of that period,

(a) a justice is satisfied on application that, having regard to the nature of the investigation, its further detention for a specified period is warranted and he so orders; or

(b) proceedings are instituted in which the thing detained may be required.

(2) When an accused has been committed for trial the justice shall forward anything to which subsection (1) applies to the clerk of the court to which the accused has been committed for trial to be detained by him and disposed of as the court directs.

(3) Where a justice is satisfied that anything that has been seized under section 445 or under a warrant issued pursuant to section 443 will not be required for any purpose mentioned in subsection (1) or (2), he may,

(a) if possession of it by the person from whom it was seized is lawful, order it to be returned to that person, or

(b) if possession of it by the person from whom it was seized is unlawful,

(i) order it to be returned to the lawful owner or to the person who is entitled to possession of it, or

(ii) order it to be forfeited or otherwise dealt with in accordance with law, where the lawful owner or the person who is entitled to possession of it is not known.

L'opinion précitée qui a été formulée dans l'arrêt *Solvent Petroleum* est semblable à celle qui a été exprimée dans *McLeod and Red Lake Supermarkets v. The Queen* (C.S. Ont., octobre 1987, non publié). Dans *Re Church of Scientology et al. and The Queen* (N° 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449 C.A. Ont., à la page 545, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé, relativement au paragraphe 446(1) du *Code criminel*<sup>1</sup> [S.R.C. 1970, chap. C-34], que le mot «shall» avait un caractère obligatoire. À la page 545, elle a dit que le mot «shall» (ou «doit») du paragraphe 446(1) ne peut être interprété comme étant l'équivalent de «may» (ou «peut») (page 545):

<sup>1</sup> [TRADUCTION] Dans *R. v. Zaharia and Church of Scientology of Toronto* (1985), 21 C.C.C. (3d) 118, 5 C.P.C. (2d) 92, le

<sup>1</sup> 446. (1) Lorsqu'une chose saisie aux termes de l'article 445 ou en vertu d'un mandat décerné conformément à l'article 443 est portée devant un juge de paix, ce dernier doit, à moins que le poursuivant ne convienne d'une autre procédure, retenir cette chose ou en ordonner la rétention, en prenant raisonnablement soin d'en assurer la conservation jusqu'à la conclusion de toute enquête ou jusqu'à ce que sa production soit requise aux fins d'une enquête préliminaire ou d'un procès; mais rien ne doit être retenu sous l'autorité du présent article durant une période excédant trois mois après la date de la saisie, à moins que, avant l'expiration de cette période,

(a) un juge de paix ne soit convaincu, à la suite d'une demande, que, compte tenu de la nature de l'enquête, la prolongation de sa rétention pendant une période spécifiée est justifiée et qu'il ne l'ordonne; ou

(b) des procédures n'aient été entamées au cours desquelles la chose retenue peut être requise.

(2) Lorsqu'un prévenu a été renvoyé pour subir son procès, le juge de paix doit faire parvenir toute chose à laquelle s'applique le paragraphe (1) au greffier de la cour devant laquelle le prévenu a été renvoyé pour subir son procès, afin que ce greffier la détienne et qu'il en soit disposé selon les instructions de la cour.

(3) Lorsqu'un juge de paix est convaincu qu'une chose saisie aux termes de l'article 445, ou en vertu d'un mandat décerné conformément à l'article 443, ne sera pas requise pour quelque fin mentionnée au paragraphe (1) ou (2), il peut,

(a) en cas de légalité de la possession de cette chose par la personne entre les mains de qui elle a été saisie, ordonner qu'elle soit retournée à ladite personne, ou

(b) en cas d'illégalité de la possession de cette chose par la personne entre les mains de qui elle a été saisie,

(i) ordonner qu'elle soit retournée au propriétaire légitime ou à la personne ayant droit à la possession de cette chose, ou

(ii) ordonner qu'elle soit confisquée ou qu'il en soit disposé de quelque autre façon en conformité de la loi, lorsque n'est pas connu le propriétaire légitime, ni la personne ayant droit à la possession de cette chose.

124-5, 5 C.P.C. (2d) 92, made the following statement with respect to this section:

To the extent that s. 446(1) is to be read as authorizing *ex parte* proceedings, it would have to be declared of no force and effect because of its violation of s. 8. In my view, however, it is not necessary to read the section in that way. Subsection 446(3) does not in terms require a hearing or notice when a justice is requested to act, but it is common that it is the actual practice to proceed by way of notice and hearing.

Similarly, it was submitted that the use of the word "shall" in s. 446(1) was an unwarranted fettering of the discretion of the officer who is to act judicially. In my view, the word should be construed as permissive rather than mandatory, and the section can stand.

So far as this ruling of the learned motions court judge is concerned, the appellant Church of Scientology and the Crown agreed that he was in error in stating that the word "may" [sic] should be interpreted as "shall" [sic]. We agree that this was an error and, in our opinion, it led to a fundamental misconception on the part of the learned motions court judge as to the purpose and effect of s. 446(1).

In *Re Hertel et al. and The Queen* (1986), 37 D.L.R. (4th) 706; 8 B.C.L.R. (2d) 104; 32 C.C.C. (3d) 335; [1987] 1 C.T.C. 15 (S.C.), however, it was held that Parliament really meant to say "may" instead of "shall" in subsection 231.3(6) of the *Income Tax Act*. And in *Kourteassis v. M.N.R.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), Mr. Justice Locke dealt with the argument as follows [at pages 28 to 32]:

The next ground of constitutionality is that the words of s. 231.3(1) and (3) are inconsistent with ss. 7 and 8 of the Charter as no judicial discretion is reserved to the judge, which is said to be fundamental.

In *Re Hertel*, 8 B.C.L.R. (2d) 104, 32 C.C.C. (3d) 335, [1987] 1 C.T.C. 15, 37 D.L.R. (4th) 706 (sub nom. *Hertel v. R.*), Bouck J. had an application under s. 231.3(6) that the documents or things seized be retained by the Minister of National Revenue until the conclusion of the investigation. That section reads:

(6) ... where any document or thing seized ... is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge shall, unless the Minister waives retention, order that it be retained by the Minister ...

He commented at some length on the thesis that the independence of the judiciary was at stake as no discretion was left in the trial judge. He solved it as did Osler J. in *R. v. Church of Scientology* (1985) 14 C.R.R. 303, 21 C.C.C. (3d) 118 (sub nom. *R. v. Zaharia*) (Ont. H.C.), by saying [p. 116]:

savant juge des requêtes a formulé les remarques suivantes à l'égard de cet article (p. 124-125):

Dans la mesure où le paragraphe 446(1) doit être lu comme autorisant des procédures *ex parte*, il devrait être déclaré invalide, parce qu'il viole l'article 8. À mon avis, toutefois, il n'est pas nécessaire de lire l'article de cette façon. Le paragraphe 446(3) n'exige pas en toutes lettres une audition ou un avis lorsqu'on demande à un juge d'agir, mais il est reconnu que la pratique réelle consiste à procéder par voie d'avis et d'audition.

De la même façon, on a allégué que l'utilisation du mot «shall» («doit») au paragraphe 446(1) constituait un affaiblissement non justifié du pouvoir discrétionnaire de l'agent qui doit agir sur le plan judiciaire. À mon avis, ce mot devrait être considéré comme ayant un caractère permissif plutôt qu'obligatoire; en conséquence, l'article est valide.

En ce qui a trait à cette décision du savant juge des requêtes, l'appelante Church of Scientology et la Couronne ont reconnu que le juge a eu tort de dire que le mot «may» pouvait être assimilé au mot «shall». Nous sommes d'accord pour dire qu'il s'agissait là d'une erreur et, à notre avis, cette erreur a incité le savant juge des requêtes à faire une fausse interprétation fondamentale en ce qui a trait au but et à l'effet du paragraphe 446(1).

Toutefois, dans *Re Hertel et al. and The Queen* (1986), 37 D.L.R. (4th) 706; 8 B.C.L.R. (2d) 104; 32 C.C.C. (3d) 335; [1987] 1 C.T.C. 15 (C.S.), il a été décidé que le Parlement voulait réellement dire «may» («peut») plutôt que «shall» (exprimé dans la version française par l'indicatif présent) au paragraphe 231.3(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En outre, dans *Kourteassis v. M.N.R.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), le juge Locke a fait les remarques suivantes [aux pages 28 à 32]:

[TRADUCTION] Le motif de constitutionnalité suivant est le fait que le texte des paragraphes 231.3(1) et (3) est incompatible avec les art. 7 et 8 de la Charte, parce qu'il n'accorde aucun pouvoir discrétionnaire au juge, lequel serait fondamental.

Dans *Re Hertel* 8 B.C.L.R. (2d) 104, 32 C.C.C. (3d) 335, [1987] 1 C.T.C. 15, 37 D.L.R. (4th) 706 (sub nom. *Hertel v. R.*), le juge Bouck devait se prononcer sur une demande (fondée sur le paragraphe 231.3(6) de conservation des documents ou choses saisis par le ministre du Revenu national jusqu'à la fin de l'enquête. Cet article se lit comme suit:

(6) ... lorsque des documents ou choses saisis ... sont apportés à un juge ou qu'il en est fait rapport à un juge, ce juge ordonne que le ministre les retienne sauf si celui-ci y renonce ...

Il s'est attardé sur l'argument selon lequel l'indépendance de l'appareil judiciaire était en jeu, étant donné que le juge de première instance ne conservait aucun pouvoir discrétionnaire. Il a répondu à cet argument comme l'a fait le juge Osler dans *R. v. Church of Scientology* (1985), 14 C.R.R. 303, 21 C.C.C. (3d) 118 (sub nom. *R. v. Zaharia*) (H.C. Ont.), en disant ce qui suit [p. 116]:

In a like way, I propose to hold that Parliament really meant to say "may" instead of "shall" in s. 231.3(6) of the Income Tax Act. Such an interpretation leaves a discretion in the court as to whether items seized can be retained by the Income Tax Department when it applies for an order. . .

In his view, the doctrine of separation of powers of executive and judiciary was directly challenged, and he canvassed the existing decisions at some length, they going both ways in Canada, but the three American authorities he cited all held that the legislation was unconstitutional as an intrusion upon the judicial function since it completely removed from the judiciary the power to refuse the issue of a warrant in certain cases.

The ground of the interference with the independence of the judiciary was not argued before us, but I take due note thereof. The principal argument was based on *Hunter v. Southam* and its insistence upon the pivotal importance of the assessment by the judge. Section 231.3(1) and (3) was contrasted with s. 443 [now s. 487] of the Criminal Code which says:

443. (1) A justice who is satisfied by information upon oath in Form 1 that there is reasonable ground to believe . . . may at any time issue a warrant under his hand authorizing a person named therein

(d) to search . . . and to seize . . .

This was interpreted by the courts in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, 28 C.R. (3d) 289, 70 C.C.C. (2d) 385, 141 D.L.R. (3d) 590, 1 C.R.R. 318, 44 N.R. 462 [Que.], where Lamer J. set out the arguments and gave his view on the jurisdiction of the court to attach conditions [pp. 888-889]:

Some would say that the justice of the peace has no discretion to refuse to issue a search warrant or to impose terms of execution once the requirements of form and substance in s. 443 have been met. They would argue that in s. 443 the work "may" means "must" and does not confer any discretion. According to this interpretation, the justice of the peace may issue a warrant only if he is satisfied that there is reasonable ground to believe that one of the things provided for in s. 443(1) is to be found in the place sought to be searched, but must do so as soon as he is so satisfied, and the only condition of execution on the premises that he may impose is set out in s. 444 of the Code:

"444. A warrant issued under section 443 shall be executed by day, unless the justice, by the warrant, authorizes execution of it by night."

Others, on the contrary, would say that generally the justice of the peace has the discretion to refuse the warrant, so long as this discretion is exercised judicially and so long as the decision to refuse the warrant is not capricious or arbitrary . . .

The justice of the peace, in my view, has the authority, where circumstances warrant, to set out execution procedures in the search warrant; I would even go so far as to say that he has the right to refuse to issue the warrant in special circumstance, such

De la même façon, je suis d'avis que le Parlement voulait vraiment dire «*may*» («*peut*») au lieu de «*shall*» (exprimé, dans la version française par l'indicatif présent) au paragraphe 231.3(6) de la Loi de l'impôt sur le revenu. Cette interprétation laisse à la Cour le pouvoir discrétionnaire de déterminer si le ministère du Revenu national peut conserver des articles saisis lorsqu'il demande une ordonnance . . .

Il a dit que la doctrine de la séparation des pouvoirs entre l'appareil exécutif et l'appareil judiciaire était directement contestée et il s'est attardé aux décisions allant dans les deux sens au Canada, mais dans les trois décisions américaines qu'il a citées, le texte législatif a été jugé inconstitutionnel pour le motif qu'il empiétait sur le pouvoir de l'appareil judiciaire, puisqu'il retirait complètement à celui-ci le pouvoir de refuser de délivrer un mandat dans certains cas.

Le motif de l'ingérence dans l'indépendance de l'appareil judiciaire n'a pas été soulevé devant nous, mais j'en prends dûment note. Le principal argument était fondé sur l'arrêt *Hunter c. Southam* et sur l'importance que la Cour a accordée à l'évaluation du juge. Les paragraphes 231.3(1) et (3) ont été comparés à l'article 443 [maintenant l'art. 487] du Code criminel, qui se lit comme suit:

443. (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment suivant la formule 1, qu'il existe un motif raisonnable de croire . . . peut, à tout moment, lancer un mandat sous son seing, autorisant une personne y nommée

(d) à faire une perquisition pour rechercher . . . et pour la saisir . . .

Les tribunaux ont interprété cette disposition dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, 28 C.R. (3d) 289, 70 C.C.C. (2d) 385, 141 D.L.R. (3d) 590, 1 C.R.R. 318, 44 N.R. 462 [Que.], où le juge Lamer a résumé les arguments et donné son avis sur le pouvoir de la Cour de fixer des conditions [p. 888-889]:

Certains pourraient prétendre que le juge de paix n'a pas la discrétion de refuser la délivrance du mandat de perquisition ou encore d'imposer des modalités d'exécution dès lors que les conditions de forme et de fond de l'art. 443 ont été satisfaites. Ils pourraient arguer que, dans le contexte de l'art. 443, le mot «*peut*» a le sens de «*doit*» et qu'il n'octroie pas une discrétion. Selon cette interprétation, si le juge de paix ne peut délivrer un mandat que s'il est convaincu qu'il existe un motif raisonnable pour croire qu'une des choses prévues à l'art. 443(1) se trouve dans l'endroit que l'on veut fouiller, il doit le faire, par ailleurs, dès lors qu'il en est convaincu, et la seule modalité d'exécution sur les lieux qu'il lui est loisible d'imposer se trouve à l'art. 444 du Code:

«444. Un mandat décerné en vertu de l'article 443 doit être exécuté de jour, à moins que le juge de paix, par le mandat, n'en autorise l'exécution de nuit.»

D'autres, au contraire, reconnaîtraient de façon générale au juge de paix la discrétion de refuser le mandat, en autant que cette discrétion soit exercée judiciairement et que la décision de refuser le mandat ne tienne pas du caprice ou de la fantaisie . . .

Le juge de paix a, selon moi, le pouvoir, lorsque les circonstances le commandent, d'assortir le mandat de perquisition de modalités d'exécution; j'irais même jusqu'à lui reconnaître le droit de refuser le mandat dans certaines circonstances très

as those found in *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.*, *supra*.

*Hunter v. Southam* emphasized the crucial role of the independent arbiter—the judge—and set up an objective standard. The judge is the balance wheel between conflicting interests of the state on the one hand and the individual on the other. With this in mind I turn to an analysis of s. 231.3. In abbreviated form it says:

231.3 (1) A judge *may* on *ex parte* application, issue a warrant ...

(2) An application under subsection (1) shall be supported by information on oath establishing the facts on which the application is based

(3) A judge *shall* issue the warrant referred to in subsection (1) where he is satisfied that there are reasonable grounds to believe that ...

(b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and

(c) the building ... specified ... is likely to contain such a document ...

I am of the opinion these three subsections must be read together. The crucial function of the judge is to decide whether the facts before him are sufficient to warrant an intrusion of privacy. This is discretionary in the judge. In order to exercise his discretion, the guidelines are set out in subs. (3). If the evidence fails the standards of subs. (3), he will not be satisfied and will decline to issue the warrant. If the evidence is sufficient, the statute says he "shall" issue the warrant.

It is said that this deprives the judge of a discretion. It does not deprive him of the discretion as to whether the warrant should issue at all, and as to which he fulfils his balance wheel function. It does deprive him of a discretion as to whether the warrant in fact issues after he makes the primary essential decision.

One might ask rhetorically, and why not? Having made the primary decision, surely the figurative stamping of the piece of paper is unimportant. What the mandatory word does is to deprive the judge of the discretions argued for in *Paroian*—that it was unnecessary to issue the process because the minister already had enough material. This is not for the court to say, but I do not feel that the standards of *Hunter v. Southam* have been defeated. The judge's crucial role has been fulfilled and nothing remains except to stamp the piece of paper. It is thus true that discretion has been impaired in an administrative aspect, but not at all to impair the judge's primary function. It is also plain he can always attach conditions to the manner of execution of the warrant, and this of his own motion under the doctrine of inherent jurisdiction.

I do not believe the independence of the judge is threatened; it is only he who has the power to decide whether the process will issue, and he has the opportunity of doing that. What follows is surplusage.

It is therefore my opinion that s. 231.3 does not impair the court's discretion to fulfil its duties in its crucial role of acting as the independent arbiter between state and individual.

particulières, telles celles que l'on trouve dans *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.*, précitée.

Dans *Hunter c. Southam*, la Cour a insisté sur le rôle crucial de l'arbitre indépendant, en l'occurrence, le juge, et énoncé un critère objectif. Le juge doit assurer l'équilibre entre les intérêts opposés de l'État, d'une part, et ceux des particuliers, d'autre part. Compte tenu de ce qui précède, j'analyse maintenant l'article 231.3 qui, sous sa forme abrégée, se lit comme suit:

231.3 (1) Sur requête *ex parte* ... un juge *peut* décerner un mandat ...

(2) La requête visée au paragraphe (1) doit être appuyée par une dénonciation sous serment qui expose les faits au soutien de la requête

(3) Le juge saisi de la requête *décerne* le mandat mentionné au paragraphe (1) s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit ...

b) il est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction; et

c) le bâtiment ... précisé dans la requête ... contient vraisemblablement de tels documents ...

À mon avis, ces trois paragraphes doivent être lus ensemble. Le rôle crucial du juge consiste à déterminer si les faits qui lui ont été présentés justifient une ingérence dans la vie privée. Il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire pour le juge. Les critères à appliquer pour exercer ce pouvoir discrétionnaire sont énoncés au paragraphe (3). Si la preuve ne respecte pas les critères de cette disposition, le juge ne sera pas convaincu et refusera de décerner le mandat. Si la preuve est suffisante, la loi dit qu'il *décerne*[ra] (en anglais, «*shall*») le mandat.

On soutient que cela enlève au juge son pouvoir discrétionnaire. Cela ne l'empêche pas de déterminer si un mandat devrait être décerné et c'est une question à l'égard de laquelle il joue son rôle de maintien de l'équilibre. Cela l'empêche de déterminer si le mandat est effectivement décerné une fois qu'il rend la première décision essentielle.

L'on pourrait se demander, d'un point de vue rhétorique, et pourquoi pas? Une fois que la première décision est prise, l'estampillage du document n'a certainement aucune importance. Le mot à caractère obligatoire enlève au juge le pouvoir discrétionnaire débattu dans l'arrêt *Paroian*, où il a été décidé qu'il n'était pas nécessaire de délivrer le mandat, étant donné que le ministre avait déjà suffisamment de documents. Il n'appartient pas à la Cour de trancher cette question, mais, à mon avis, les critères de l'arrêt *Hunter c. Southam* ont été respectés. Le rôle crucial du juge a été rempli et il ne reste rien d'autre à faire, sinon estampiller le document. Il est vrai que le pouvoir discrétionnaire a été affaibli sur le plan administratif, mais le rôle premier du juge n'a aucunement été atténué. En outre, il est aussi évident que le juge peut toujours imposer des conditions relatives à la façon d'exécuter le mandat, et ce, de son propre chef, selon la doctrine du pouvoir inhérent.

Je ne crois pas que l'indépendance de l'appareil judiciaire soit menacée: seul le juge a le pouvoir de déterminer si le mandat sera décerné et il a la possibilité de le faire. Ce qui suit est du surplus.

À mon avis, l'article 231.3 n'enlève pas à la Cour le pouvoir discrétionnaire de remplir ses fonctions primordiales comme arbitre indépendant entre l'État et les particuliers.

Counsel informed me that it was his information that leave to appeal the *Kourteassis* decision to the Supreme Court would be sought. It is clear, in any event, that there is not uniformity of opinion on whether or not subsection 231.3(3) allows discretion in a judge to refuse warrants which might be abusive.

Section 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 was also cited to me:

11. The expression "shall" is to be construed as imperative and the expression "may" as permissive.

This section, however, adds little to the argument since it must be read in the light of subsection 3(1) of the *Interpretation Act*:

3. (1) Every provision of this Act applies, unless a contrary intention appears, to every enactment, whether enacted before or after the commencement of this Act.

If it is clear that the intention of Parliament was to leave discretion in a judge to refuse to issue a warrant when the search would offend section 8 of the Charter, then that interpretation would prevail, over the general rule of interpretation set out in section 11 of the *Interpretation Act*.

There is considerable jurisprudence which holds that "shall" can be either directory or mandatory. This jurisprudence might be relevant to the interpretation of subsection 231.3(3). More importantly, however, the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] might play a role so as to require subsection 231.3(3) to be interpreted so as to preserve for a judge discretion, to refuse warrants, in the case of abusive searches and seizures. Section 2 of that Act when read together with section 1 requires:

Every law of Canada shall . . . be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe . . . the right of the individual to life, liberty, security of the person . . .

Alternatively the Court's inherent power to control the abuse of its own process might operate to

Selon ce que l'avocat aurait appris, une permission de porter la décision *Kourteassis* en appel devant la Cour suprême serait demandée. À tout événement, il est évident qu'il n'y a pas consensus sur la question de savoir si le paragraphe 231.3(3) accorde au juge le pouvoir discrétionnaire de refuser de délivrer des mandats pouvant être abusifs.

On m'a également cité l'article 11 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21, qui se lit comme suit:

11. L'obligation s'exprime essentiellement par l'indicatif présent du verbe porteur de sens principal et, à l'occasion, par des verbes ou expressions comportant cette notion. L'octroi de pouvoirs, de droits, d'autorisations ou de facultés s'exprime essentiellement par le verbe «pouvoir» et, à l'occasion, par des expressions comportant cette notion.

Cependant, cet article n'ajoute pas vraiment d'élément nouveau à l'argument, puisqu'il doit être lu à la lumière du paragraphe 3(1) de la *Loi d'interprétation*:

3. (1) Sauf indication contraire, la présente loi s'applique à tous les textes, indépendamment de leur date d'édiction.

Si le Parlement avait manifestement eu l'intention d'accorder au juge le pouvoir discrétionnaire de refuser de décerner un mandat dans les cas où la perquisition contreviendrait à l'article 8 de la Charte, cette interprétation l'emporterait sur la règle d'interprétation générale énoncée à l'article 11 de la *Loi d'interprétation*.

Les tribunaux ont décidé à maintes reprises dans le passé que le mot «shall» («doit») peut avoir un caractère obligatoire ou facultatif. Cette jurisprudence pourrait être pertinente à l'interprétation du paragraphe 231.3(3). Cependant, ce qui est plus important, c'est qu'il se peut que cette disposition doive être interprétée, compte tenu de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), Annexe III], de façon à préserver le pouvoir discrétionnaire du juge de refuser de décerner des mandats, en cas de fouilles et perquisitions abusives. L'article 2 de cette Déclaration, conjugué à l'article 1, prévoit ce qui suit:

Toute loi du Canada . . . doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre . . . le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne . . .

Subsidiairement, le pouvoir inhérent de la Cour de contrôler l'utilisation abusive de ses propres procé-

enable a judge to refuse to issue an abusive warrant. See generally: *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; 13 C.C.C. (3d) 1; 3 O.A.C. 254 (C.A.); *R. v. Miles of Music Ltd.* (1989), 48 C.C.C. (3d) 96 (Ont. C.A.) and section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. These are all speculative arguments, however, and have not been addressed by counsel. Certainly, it seems to me a judge would strive against issuing an abusive warrant which offended section 8 of the Charter, if he or she knew, at the time the request was made, that the warrant was abusive. At the very least, I do not think subsection 231.3(3) precludes a judge from adding terms and conditions to a warrant sought. There is nothing in subsection 231.3(3) which says that a judge must issue a warrant in the exact terms in which it is sought.

The difficulty in this case is that there are no factual underpinnings to support the argument being made. There was no abusive search or seizure, contrary to section 8 of the Charter, in this case. Thus, the challenge to subsection 231.3(3), on the ground that there is no discretion left in the hands of a trial judge to guard against unconstitutional search and seizures, is academic. It is clear that some discretion is removed from a judge by subsection 231.3(3). For example, those aspects referred to by Madame Justice Desjardins (refusing a warrant because of prior voluntary compliance by the taxpayer or because no attempts had been made to obtain the information elsewhere). But there still may be authority to refuse warrants which would offend section 8 of the Charter. It is difficult to contemplate what form such warrants might take, however, in the absence of a concrete factual situation. It is simply unnecessary, for the purposes of this application, to decide the issue of interpretation which is raised. The searches and seizures in this case were not abusive. Accordingly, there is no need to address counsel's substantive argument on this point.

#### Wholesale search and seizures which are not properly authorized

The argument that subsection 231.3(3) indirectly allows for wholesale searches and seizures, with-

dures pourrait permettre à un juge de refuser de délivrer un mandat abusif. Voir, de façon générale, *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; 13 C.C.C. (3d) 1; 30 A.C. 254 (C.A.); *R. v. Miles of Music Ltd.* (1989), 48 C.C.C. (3d) 96 (C.A. Ont.) et l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]. Toutefois, ce ne sont là que des suppositions et l'avocat n'en a pas parlé. Il m'apparaît évident que le juge évitera de décerner un mandat abusif contrevenant à l'article 8 de la Charte s'il sait, au moment où la demande est présentée, que le mandat est abusif. À tout le moins, je ne crois pas que le paragraphe 231.3(3) interdise au juge d'ajouter des conditions à un mandat demandé. Le paragraphe 231.3(3) ne dit aucunement que le juge doit délivrer un mandat selon des conditions identiques à celles du mandat recherché.

Le problème dans le présent litige réside dans l'absence de fondement factuel à l'appui de l'argument invoqué. Il n'y a pas eu, en l'espèce, de fouille ou perquisition abusive faite contrairement à l'article 8 de la Charte. Ainsi, l'argument selon lequel le paragraphe 231.3(3) enlève au juge de première instance le pouvoir discrétionnaire d'empêcher les fouilles et perquisitions inconstitutionnelles est théorique. Il est évident que cette disposition enlève au juge une partie de son pouvoir discrétionnaire, notamment dans les cas mentionnés par le juge Desjardins (refus de délivrer un mandat parce que le contribuable s'est déjà volontairement conformé ou parce qu'on n'a fait aucun effort pour obtenir les renseignements ailleurs). Mais il se peut que le juge conserve encore le pouvoir de refuser de délivrer des mandats qui contreviendraient à l'article 8 de la Charte. Toutefois, en l'absence de faits concrets, il est difficile de dire de quel genre de mandats il pourrait s'agir. Aux fins de la présente demande, il n'est tout simplement pas nécessaire de trancher la question d'interprétation qui est soulevée. En l'espèce, les fouilles et perquisitions n'étaient pas abusives. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument de fond que l'avocat a soulevé sur ce point.

#### Les fouilles et perquisitions générales qui ne sont pas dûment autorisées

Dans l'affaire *Solvent Petroleum Extraction* (précitée), la Cour d'appel fédérale a récemment

out adequate authorization, was dealt with recently by the Federal Court of Appeal in the *Solvent Petroleum Extraction* case (*supra*). That decision was made in the context of the following jurisprudence. The Supreme Court, in *Hunter v. Southam* (*supra*) declared subsection 10(1) of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23] invalid as being overbroad and as allowing searches and seizures without adequate independent prior authorization. Subsection 10(1) read:

10. (1) Subject to subsection (3), in any inquiry under this Act the Director [of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch] or any representative authorized by him may enter any premises on which the Director believes there may be evidence relevant to the matters being inquired into and may examine any thing on the premises and may copy or take away for further examination or copying any book, paper, record or other document that in the opinion of the Director or his authorized representative, as the case may be, may afford such evidence.

The Chief Justice said, of this subsection, at page 160 of the *Hunter* decision:

If the issue to be resolved in assessing the constitutionality of searches under s. 10 were in fact the governmental interest in carrying out a given search outweighed that of the individual in resisting the governmental intrusion upon his privacy, then it would be appropriate to determine the balance of the competing interests after the search had been conducted. Such a *post facto* analysis would, however, be seriously at odds with the purpose of s. 8. That purpose is, as I have said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation.

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.

And at page 167:

The purpose of an objective criterion for granting prior authorization to conduct a search or seizure is to provide a consistent standard for identifying the point at which the interests of the state in such intrusions come to prevail over the interests of the individual in resisting them. To associate it with an applicant's reasonable belief that relevant evidence may be uncovered by the search, would be to define the proper standard as the possibility of finding evidence. This is a very low

examiné l'argument selon lequel le paragraphe 231.3(3) permet indirectement des fouilles et perquisitions générales qui n'ont pas été dûment autorisées. Cette décision a été rendue à la lumière de la jurisprudence suivante. Dans *Hunter c. Southam* (précité), la Cour suprême a déclaré que le paragraphe 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, chap. C-23] était invalide, parce qu'il était trop large et qu'il permettait des fouilles et perquisitions non dûment autorisées de façon indépendante. Voici le texte de cette disposition:

10. (1) Sous réserve du paragraphe (3), dans une enquête tenue en vertu de la présente loi, le directeur [des enquêtes et recherches de la Direction des enquêtes sur les coalitions] ou tout représentant qu'il a autorisé peut pénétrer dans tout local où le directeur croit qu'il peut exister des preuves se rapportant à l'objet de l'enquête, examiner toutes choses qui s'y trouvent et copier ou emporter pour en faire un plus ample examen ou pour en tirer des copies tout livre, document, archive ou autre pièce qui, de l'avis du directeur ou de son représentant autorisé, selon le cas, est susceptible de fournir une telle preuve.

Voici ce que le juge en chef a dit au sujet de cette disposition à la page 160 de l'arrêt *Hunter*:

Si la question à résoudre en appréciant la constitutionnalité des fouilles et des perquisitions effectuées en vertu de l'art. 10 était de savoir si en fait le droit du gouvernement d'effectuer une fouille ou une perquisition donnée l'emporte sur celui d'un particulier de résister à l'intrusion du gouvernement dans sa vie privée, il y aurait alors lieu de déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée. Cependant, une telle analyse après le fait entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8. Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente.

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 . . .

Et à la page 167:

L'établissement d'un critère objectif applicable à l'autorisation préalable de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie a pour but de fournir un critère uniforme permettant de déterminer à quel moment les droits de l'État de commettre ces intrusions l'emportent sur ceux du particulier de s'y opposer. Relier ce critère à la conviction raisonnable d'un requérant que la perquisition peut permettre de découvrir des éléments de preuve pertinents équivaudrait à définir le critère approprié

standard which would validate intrusion on the basis of suspicion, and authorize fishing expeditions of considerable latitude. It would tip the balance strongly in favour of the state and limit the right of the individual to resist, to only the most egregious intrusions. I do not believe that this is a proper standard for securing the right to be free from unreasonable search and seizure.

At that time subsections 231(1) and (2) of the *Income Tax Act* governed searches made for the purposes of the Act:

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

comme la possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il s'agit d'un critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l'aveuglette très étendues. Ce critère favoriserait considérablement l'État et ne permettrait au particulier de s'opposer qu'aux intrusions les plus flagrantes. Je ne crois pas que ce soit là un critère approprié pour garantir le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

À cette époque, les paragraphes 231(1) et (2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'appliquaient aux fouilles effectuées aux fins de la Loi:

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

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.

The Federal Court of Appeal in *F.K. Clayton Group Ltd. v. M.N.R.*, [1988] 2 F.C. 467; [1988] 1 C.T.C. 353; 88 DTC 6202; 82 N.R. 313, at pages 475-476 F.C., paragraph 231(1)(d) and subsection 231(2) to be invalid as not meeting the *Hunter and Southam* test:

Privacy, however, is not the only interest protected by section 8. As the reasons for judgment in *Southam* demonstrate, the rule requiring that searches be previously authorized by warrant had its origins in the need to protect property rights. In the present case, the appellants have an important property interest in the things seized which are, by definition, the books and records of the business carried on by them. I believe we should take judicial notice of the fact that the seizure of such books and records and their physical removal from the company's business premises is bound to have the most serious repercussions on its ability to carry on its business.

All these things being considered, it is my opinion that the Trial Judge properly found paragraph 231(1)(d) and subsection 231(2) to be contrary to the guarantee against unreasonable search and seizure contained in section 8.

In the first place, the seizure, being warrantless, is *prima facie* unreasonable. It does not have the prior sanction of an impartial arbiter "capable of acting judicially".

Secondly, the legislation sets no objective standard against which to test the validity of the seizure. The words of paragraph 231(1)(d) authorize the official to make a wholly subjective assessment of the need to seize:

231. (1) ...

d) if ... it appears to him ...

Thirdly, the standard which is set by the legislation is far too low, requiring only the appearance of a violation to justify the seizure ...

Fourthly, it is my view that the scope of the seizure authorized by paragraph 231(1)(d) is too broad. As interpreted by the Minister, once a violation of the Act or Regulations has taken place, the paragraph authorizes the seizure of records that "may be required as evidence as to the violation of any provision of [the] Act."

This is precisely the type of provision which has already been found by this Court to fall foul of section 8. [Footnotes omitted.]

And in *M.N.R. v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535; (1984), 13 D.L.R. (4th) 706; 12 C.R.R. 45; [1984] CTC 506; 84 DTC 6478; 55 N.R. 255, the Federal Court of Appeal held subsection 231(4) to be invalid. Subsection 231(4) read:

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*.

<sup>a</sup> Dans *F.K. Clayton Group Ltd. c. M.R.N.*, [1988] 2 C.F. 467; [1988] 1 C.T.C. 353; 88 D.T.C. 6202; 82 N.R. 313, la Cour d'appel fédérale a déclaré, aux pages 475 et 476 C.F., l'alinéa 231(1)d) et le paragraphe 231(2) invalides parce qu'ils ne respectaient pas le critère établi dans l'arrêt *Hunter et Southam*:

<sup>b</sup> Le droit à la vie privée n'est pourtant pas le seul droit protégé par l'article 8. Ainsi qu'il ressort des motifs de jugement prononcés dans l'affaire *Southam*, la règle voulant que la perquisition soit préalablement autorisée par un mandat découle de la nécessité de protéger les droits de propriété. En l'espèce, les appelants ont un droit de propriété important sur les choses saisies qui sont, par définition, les livres et registres de l'entreprise qu'ils exploitent. J'estime que la Cour devrait prendre connaissance d'office du fait que la saisie de ces livres et registres et leur retrait des locaux commerciaux de la société doivent avoir la plus sérieuse incidence sur la capacité de cette dernière d'exploiter son entreprise.

<sup>c</sup> Tout bien considéré, j'estime que le juge de première instance a eu raison de conclure que l'alinéa 231(1)d) et le paragraphe 231(2) étaient incompatibles avec la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives prévue à l'article 8.

<sup>d</sup> En premier lieu, la saisie, effectuée sans mandat, est à première vue abusive; elle n'a pas la sanction préalable d'un arbitre impartial «en mesure d'agir de façon judiciaire».

<sup>e</sup> En deuxième lieu, la législation n'établit aucune norme objective permettant de vérifier la validité de la saisie. Selon le libellé de l'alinéa 231(1)d), le fonctionnaire peut apprécier de façon totalement subjective la nécessité de saisir:

231. (1) ...

<sup>f</sup> d) si . il lui semble ...

<sup>g</sup> En troisième lieu, la norme établie par la Loi est beaucoup trop basse, exigeant seulement l'apparence d'une violation pour justifier la saisie.

<sup>h</sup> En quatrième lieu, j'estime que la saisie autorisée par l'alinéa 231(1)d) est d'une portée trop générale. Selon l'interprétation du ministre, dès lors qu'une violation de la Loi ou du Règlement a eu lieu, cet alinéa autorise la saisie de registres «qui peuvent être requis comme preuves de l'infraction à toute disposition de la Loi».

<sup>i</sup> C'est précisément ce type de disposition que cette Cour a déjà trouvé incompatible avec l'article 8: [Notes en bas de page omises.]

<sup>j</sup> Enfin, dans *M.R.N. c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535; (1984), 13 D.L.R. (4th) 706; 12 C.R.R. 45; [1984] CTC 506; 84 DTC 6478; 55 N.R. 255, la Cour d'appel fédérale a déclaré invalide le paragraphe 231(4), dont le texte était le suivant:

## 231. ...

(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 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.

Mr. Justice Pratte, speaking for the majority of the Court, stated at page 549:

I would be ready to concede that, in certain circumstances, the fact that a taxpayer has committed a serious offence under the *Income Tax Act* may justify the inference that he probably also committed other offences under the Act. However, I cannot accept the general proposition that the mere fact that a taxpayer has, at a particular time, committed an offence under the *Income Tax Act* or the Regulations, however trifling that offence, affords sufficient justification for the general power of search and seizure conferred by subsection 231(4). In my view, that subsection violates section 8 of the *Constitution Act, 1982* in that it contravenes the right of the taxpayer "to be secure against unreasonable search or seizure."

The relevant provisions of the *Income Tax Act* were amended by S.C. 1986, c. 6 [s. 121]. I will set out subsections 231.3(3), (4) and (5) of the present Act, again, for ease of reference:

## 231.3 ...

(3) A judge shall issue the warrant referred to in subsection (1) where he is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

- (a) an offence under this Act has been committed;
- (b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and

(c) the building, receptacle or place specified in the application is likely to contain such a document or thing.

(4) A warrant issued under subsection (1) shall refer to the offence for which it is issued, identify the building, receptacle or place to be searched and the person alleged to have committed the offence and it shall be reasonably specific as to any document or thing to be searched for and seized.

## 231. ...

(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 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.

S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, le juge Pratte a dit ce qui suit à la page 549:

Je serais prêt à admettre que, dans certains cas, il peut être justifié de conclure, lorsqu'un contribuable a commis une infraction grave à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qu'il a probablement commis d'autres infractions à la Loi. Cependant, je ne peux admettre la proposition générale voulant que le simple fait qu'un contribuable ait, à un certain moment, commis une infraction à la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou aux règlements, si peu importante que soit cette infraction, constitue une justification suffisante du pouvoir général de perquisition et de saisie conféré par le paragraphe 231(4). À mon avis, ce paragraphe contrevient à l'article 8 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en ce qu'il viole le droit du contribuable «à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.»

Les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont été modifiées par S.C. 1986, chap. 6 [art. 121]. Pour faciliter la compréhension du litige, je reproduis à nouveau ci-après le libellé des paragraphes 231.3(3), (4) et (5) de la Loi actuellement en vigueur:

## 231.3 ...

(3) Le juge saisi de la requête décerne le mandat mentionné au paragraphe (1) s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit:

- a) une infraction prévue par la présente loi a été commise;
- b) il est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction;

c) le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

(4) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) doit indiquer l'infraction pour laquelle il est décerné, dans quel bâtiment, contenant ou endroit perquisitionner ainsi que la personne accusée d'avoir commis l'infraction. Il doit donner suffisamment de précisions sur les documents ou choses à chercher et à saisir.

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in subsection (1), any other document or thing that he believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section. [Underlining added.]

As noted, the question of whether or not these provisions meet the *Hunter v. Southam* (*supra*) test was dealt with by the Federal Court of Appeal in the *Solvent Petroleum* case (*supra*). They were held to have done so.

Finally, they say that the authorizing legislation being section 231.3 of the *Income Tax Act* is *ultra vires* on the basis that it contravenes the Charter and cannot support the warrants herein. Their attack is directed both towards a seizure of things referred to in the warrant (subsection 231.3(3)) and a seizure of things not identified in the warrant which the person executing the warrant "believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act" (subsection 231.3(5)).

In *M.N.R. v. Kruger*, [1984], 2 F.C. 535 (C.A.), at page 549 decided before the Supreme Court of Canada rendered its decision in *Hunter v. Southam*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court held that subsection 231(4) contravened section 8 of the Charter in that it gave the minister, when he believed one particular offence has been committed, the power to authorize a general search and seizure relating to the violation of any of the provisions of the Act or regulations made under it. (See also *Vespoli, D. et al. v. The Queen et al.* (1984), 84 DTC 6489 (F.C.A.) rendered the same day.)

In *Print Three Inc. et al. and The Queen, Re* (1985), 20 C.C.C. (3d) 392 (Ont. C.A.), decided after *Hunter v. Southam*, additional reasons were given by the Ontario Court of Appeal in support of the conclusion that subsection 231(4) was in contravention of section 8 of the Charter. It was said at page 396:

In our view, there are additional reasons to those relied upon by the Federal Court of Appeal for holding the subsection to be in breach of s. 8. It is clear that to meet the standards of reasonableness there must first be an independent arbiter (judge) who is satisfied that there are reasonable grounds for believing that an offence has been committed (see *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*). In s. 231(4) and (5), it is the Minister who has to have the reasonable and probable grounds and there is no standard or conditions precedent set out for the judge on which to base his assessment of whether the Minister's belief is properly founded. Mr. Kelly argued that the only reasonable construction of s.-s.5 is that facts must be laid before the judge so he can be satisfied that the Minister has reasonable and probable grounds. Even if the subsection could be so construed,

(5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.» [C'est moi qui souligne.]

Comme je l'ai souligné, la Cour d'appel fédérale a examiné, dans l'arrêt *Solvent Petroleum* (précité), la question de savoir si ces dispositions respectaient ou non le critère établi dans l'affaire *Hunter c. Southam* (précitée). Elle a répondu à cette question par l'affirmative.

En dernier lieu, ils prétendent que la disposition autorisant à les décerner qui est l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est *ultra vires* parce qu'elle va à l'encontre de la Charte et ne saurait servir de fondement aux mandats en l'espèce. Leur attaque vise à la fois une saisie de choses dont le mandat a fait état (paragraphe 231.3(3)) et une saisie de choses non mentionnées dans le mandat que la personne qui exécute le mandat «croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi» (paragraphe 231.3(5)).

Dans la décision *M.R.N. c. Kruger*, [1984] 2 C.F. 535 (C.A.), à la page 549, rendue avant que la Cour suprême ne rende son arrêt *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, cette Cour a statué que le paragraphe 231(4) contrevient à l'article 8 de la Charte parce qu'il conférerait au ministre, lorsqu'il avait des motifs de croire qu'une infraction spécifique avait été commise, le pouvoir d'autoriser des recherches et une saisie sans restriction, relativement à la violation de toute disposition de la Loi ou des règlements pris en vertu de celle-ci. (Voir également *Vespoli, D. et al. c. La Reine et al.* (1984), 84 DTC 6489 (C.A.F.) rendue le même jour.)

Dans la décision *Print Three Inc. et al. and The Queen, Re* (1985), 20 C.C.C. (3d) 392 (C.A. Ont.), rendue après l'affaire *Hunter c. Southam*, la Cour d'appel de l'Ontario a invoqué des motifs supplémentaires pour étayer la conclusion que le paragraphe 231(4) contrevient à l'article 8 de la Charte. Il est dit à la page 396:

[TRADUCTION] À notre avis, il existe des motifs qui s'ajoutent à ceux invoqués par la Cour d'appel fédérale pour statuer que le paragraphe contrevient à l'art. 8. Il est clair que pour remplir les normes du caractère raisonnable, il doit y avoir tout d'abord un arbitre indépendant (juge) qui est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction a été commise (voir *Hunter et al. c. Southam Inc.*, susmentionné). Dans les paragraphes 231(4) et (5), c'est le ministre qui doit avoir les motifs raisonnables et probables et il n'existe pas de précédent quant aux normes ou conditions sur lequel le juge peut fonder son appréciation de la question de savoir si la croyance du ministre est bien fondée. M. Kelly soutient que la seule interprétation raisonnable du par. 5 réside dans ce que les faits doivent être présentés au juge afin qu'il puisse être con-

there are, as we have noted, additional flaws in s. 231(4) and (5). There is no requirement that the Minister have grounds to believe that evidence is likely to be found at the place of the search and there is no requirement that he present such grounds to the judge. There is, equally, no direction as to what is to be issued by the judge in granting his "approval". It is the Minister who issues what is, in essence, the warrant. Finally the Minister is not required in the authorization to specify the things to be searched for. [Underlining added.]

The present subsection 231.3(3) requires that the judge, who issues the warrant, be satisfied that the Minister has reasonable ground to believe that an offence has been committed, that specified things are to be searched for and that the evidence is likely to be found at the place of the search indicated in the application. These conditions meet the deficiencies noted in the above decision with regard to the former subsections 231(4) and 231(5)...

With respect to subsection 231.3(5), the appellants submit that a parallel cannot be drawn between section 489 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 and subsection 231.3(5) of the *Income Tax Act* in that the doctrine of "plain view" is inapplicable to a situation such as the present one where complex business documents are involved. Unlike a case where, upon entry, a police officer may see narcotics in open view, documents such as those contemplated by subsection 231.3(5) would require detailed examination by the authorities to determine whether they support a violation of the Act. Therefore the subsection provides for a "wholesale search" of a citizen's home which is a principle repugnant to the provisions of sections 7 and 8 of the Charter.

The common law rule with regard to the "plain view" doctrine is that where, during the course of executing a legal warrant, an officer locates anything which he reasonably believes is evidence of the commission of a crime, he has the power to seize it (*Ghani v. Jones*, [1970] 1 Q.B. 693 (C.A.) Lord Denning M.R. at page 706; *Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones*, [1968] 2 Q.B. 299 (C.A.), Diplock L.J., at page 313; *Reynolds v. Comr. of Police of the Metropolis*, [1984] 3 All E.R. 649 (C.A.) at pages 653, 659, 662; *Re Regina and Shea* (1982), 1 C.C.C. (3d) at page 316 Ont. H.C. The principle is known here and in the United States (*Texas v. Brown*, 75 L.Ed. (2d) 502 (1983 U.S.S.C.)).<sup>4</sup> Seizure done in such a fashion has been held valid by the following Courts: *R. v. Longtin* (1983), 5 C.C.C. (3d) 12 (Ont. C.A.) at page 16; *Re Regina and Shea* (1982), 1 C.C.C. (3d) 316 (Ont. H.C.) at pages 321-22.

<sup>4</sup> In *Texas v. Brown supra*, four justices of the United States Supreme Court adopted as a point of reference for further discussion (at p. 511) the plurality's view of *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971). At p. 510, Rehnquist J. for himself and for the Chief Justice Burger, Justice White and Justice O'Connor said that the "plain view" doctrine permits the warrantless seizure by the police of private possessions where three requirements are satisfied:

(Continued on next page)

vaincu que le ministre a des motifs raisonnables et probables. Même si le paragraphe peut être ainsi interprété, il existe, ainsi que nous l'avons souligné, des vices qui entachent les par. 231(4) et (5). Il n'est pas nécessaire que le ministre ait des motifs de croire qu'un élément de preuve est susceptible d'être découvert au lieu où la perquisition a été effectuée, et il n'est pas nécessaire qu'il présente ces motifs au juge. De même, il n'existe aucune instruction sur ce que le juge doit décerner en accordant son «agrément». C'est le ministre qui décerne ce qui est essentiellement le mandat. En dernier lieu, le ministre n'est pas tenu d'indiquer dans son autorisation les choses qui doivent faire l'objet de la perquisition. [C'est moi qui souligne.]

L'actuel paragraphe 231.3(3) exige que le juge qui décerne le mandat soit convaincu que le ministre a un motif raisonnable de croire qu'une infraction a été commise, que les choses précisées doivent faire l'objet de la perquisition et que des éléments de preuve soient susceptibles d'être découverts au lieu de la perquisition indiqué dans la demande. Ces conditions correspondent aux défauts notés dans la décision ci-dessus en ce qui concerne les anciens paragraphes 231(4) et 231(5)...

Pour ce qui est du paragraphe 231.3(5), les appelants soutiennent qu'on ne saurait établir un parallèle entre l'article 489 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46 et le paragraphe 231.3(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce que la doctrine «plain view» ne s'applique pas à une situation telle que l'espèce présente où des documents commerciaux complexes sont en cause. À la différence du cas où, à l'entrée, un agent de police peut voir des stupéfiants qui s'exposent à la vue, des documents tels que ceux mentionnés au paragraphe 231.3(5) exigeraient que les autorités fassent un examen détaillé pour déterminer s'ils constituent la preuve d'une violation de la Loi. Le paragraphe prévoit donc une «fouille, une perquisition générale» de la maison d'un citoyen, ce qui constitue un principe incompatible avec les articles 7 et 8 de la Charte.

En *common law*, la règle concernant la doctrine «plain view» est que si, au cours de l'exécution d'un mandat légal, un agent repère quelque chose qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'un crime, il peut le saisir (*Ghani v. Jones*, [1970] 1 Q.B. 693 (C.A.), lord Denning, M.R., à la page 706; *Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones*, [1968] 2 Q.B. 299 (C.A.), lord juge Diplock, à la page 313; *Reynolds v. Comr. of Police of the Metropolis*, [1984] 3 All E.R. 649 (C.A.), aux pages 653, 659 et 662; *Re Regina and Shea* (1982), 1 C.C.C. (3d) à la page 316 (H.C. Ont.). Le principe est connu du Canada et aux États-Unis (*Texas v. Brown*, 75 L.Ed. (2d) 502 (1983 U.S.S.C.)).<sup>4</sup> Les tribunaux suivants ont confirmé la saisie pratiquée de cette façon: *R. v. Longtin* (1983), 5 C.C.C. (3d) 12 (C.A. Ont.), à la page 16; *Re Regina and Shea* (1982), 1 C.C.C. (3d) 316 (H.C. Ont.) aux pages 321 et 322.

<sup>4</sup> Dans l'affaire *Texas v. Brown* susmentionnée, quatre juges de la Cour suprême des États-Unis ont adopté, comme point de repère pour une nouvelle discussion (à la p. 511), le point de vue de la majorité dans *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971). À la p. 510, le juge Rehnquist en son nom et au nom du juge en chef Burger, le juge White et le juge O'Connor ont dit que la doctrine «plain view» permet la saisie sans mandat des biens privés lorsque trois conditions sont remplies:

(Suite à la page suivante)

In any event, the context in which the search for and seizure of “plain view” documents appears in the Act i.e. in the course of searching for and seizing business documents under a warrant which would obviously involve examination of documents by the searcher in order to determine whether their seizure is authorized by that warrant, suggests that the authority to seize other business documents not covered by the warrant meets the test of reasonableness and therefore of validity.

That decision is binding for the purposes of this case.

Reasonable grounds is a lesser test than reasonable and probable grounds?

The plaintiffs’ (applicants’) third argument is that subsection 231.3(3) is invalid because it requires that there be only reasonable grounds to believe that an offence has been committed before a warrant is issued. It is argued that since this is a lesser test than one requiring reasonable and probable grounds it does not meet the requirements of section 8 of the Charter.

This argument was dealt with, by the British Columbia Court of Appeal, in *Kourtesis v. Minister of National Revenue (supra)* [at pages 24 to 28]:

It is argued that the newly enacted s. 231.3(3) is wounded fatally because of the omission of the words “and probable”:

(3) A judge shall issue the warrant referred to . . . where he is satisfied that there are reasonable grounds to believe that . . .

Subject to what follows, there is no Canadian authority directly in point dealing with the question as to whether the words “reasonable” and “reasonable and probable” can necessarily be equated and one looks for general clues. Indefatigable appellant’s counsel supplied the court with a list of 54 Canadian statutes ranging from the Agricultural Products Standards Act to the Yukon Act, each of which contain distinct search and seizure clauses and all of which contain provisions relating

*(Continued from previous page)*

First, the police officer must lawfully make an “initial intrusion” or otherwise properly be in a position from which he can view a particular area. *Id.*, at 465-468, 29 L. Ed. 2d 564, 91 S. Ct 2022. Second, the officer must discover incriminating evidence “inadvertently”, which is to say, he may not “know in advance the location of [certain] evidence and intend to seize it,” relying on the plain-view doctrine only as a pretext. *Id.*, at 470, 29 L Ed 2d 564, 91 S Ct 2022. Finally, it must be “immediately apparent” to the police that the items they observe may be evidence of a crime, contraband, or otherwise subject to seizure. *Id.*, at p. 466, 29 L Ed 2d 564, 91 S Ct 2022.

En tout état de cause, il ressort du contexte légal de la recherche et la saisie de documents visés par la doctrine «*plain view*», c’est-à-dire au cours de la recherche et de la saisie de documents commerciaux en vertu d’un mandat qui entraîneraient [sic] évidemment l’examen de documents par le chercheur pour déterminer si leur saisie est autorisée par le mandat, que l’autorisation de saisir d’autres documents commerciaux non visés par le mandat remplit le critère du caractère raisonnable et donc de la validité.

Cette décision doit s’appliquer à la présente cause.

Les motifs raisonnables constituent-ils un critère moins sévère que les motifs raisonnables et probables?

En troisième lieu, les demandeurs (requérants) soutiennent que le paragraphe 231.3(3) est invalide parce qu’il exige uniquement des motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise avant qu’un mandat ne soit délivré. On soutient qu’il s’agit là d’un critère moins sévère que celui qui exige des motifs raisonnables et probables et que la disposition ne respecte donc pas les exigences de l’article 8 de la Charte.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a examiné cet argument dans *Kourtesis v. Minister of National Revenue* (précité) [aux pages 24 à 28]:

[TRADUCTION] On allègue que le nouveau paragraphe 231.3(3) est invalide parce qu’il ne renferme pas les mots «et probables»:

(3) Le juge saisi de la requête décerne le mandat mentionné . . . s’il est convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit . . .

Sous réserve de ce qui suit, il n’existe aucune autorité canadienne portant directement sur la question de savoir si le mot «raisonnables» veut nécessairement dire la même chose que les mots «raisonnables et probables» et il faut examiner des indices généraux. L’avocat de la partie appelante s’est donné la peine de remettre à la Cour une liste de 54 lois canadiennes allant de la Loi sur les normes des produits agricoles canadiens à la Loi sur le Yukon, chacune de ces lois renferme des

*(Suite de la page précédente)*

[TRADUCTION] En premier lieu, l’agent de police doit légalement faire une «intrusion initiale» ou autrement se trouver légalement dans une position d’où il peut inspecter un endroit particulier. *Id.*, aux p. 465-468, 29 L. Ed. 2d 564, 91 S. Ct 2022. En deuxième lieu, l’agent doit découvrir la preuve incriminante par «inadvertance», c’est-à-dire qu’il ne peut «connaître à l’avance l’endroit où se trouvent [certains] éléments de preuve et avoir l’intention de les saisir», s’appuyant sur la doctrine «*plain view*» uniquement comme prétexte. *Id.*, à la p. 470, 29 L Ed 2d 564, 91 S Ct 2022. En dernier lieu, la police doit «se rendre compte immédiatement» que les articles qu’elle observe peuvent constituer la preuve d’un crime, d’une contrebande, ou autrement être susceptibles de saisie. *Id.*, à la p. 466, 29 L Ed 2d 564, 91 S Ct 2022.

to the exercise of judicial discretion by the judge or other authority. The statutes were produced in support of another argument in this case, but for what it is worth, only two of those statutes used the standard "reasonable and probable grounds"—the Transportation of Dangerous Goods Act, R.S.C. 1985, c. T-19, and the Yukon Act, R.S.C. 1985, c. Y-2. On 12th December 1988, amendments were proclaimed of these last statutes presumably pursuant to the provisions of the *Statute Revision Act* R.S.C. 1985, c. S-20, which permits the Statutes Revision Commission to make such alterations in language as may be required to preserve a uniform mode of expression. In any event, the words "and probable" were deleted from those statutes.

Section 443 [now 487] of the Criminal Code (information for a search warrant) has always read, and now uses, the word "reasonable" only.

The 1988 edition of Martin's Criminal Code sets out s. 455, which reads:

455. Anyone who, on reasonable and probable grounds, believes that a person has committed an indictable offence may lay an information . . .

The corresponding section in the 1989 edition of Martin, s. 504, omits the words "and probable". In like manner, Form 2, the general form of information, was amended by deletion. Section 10 [now ss. 11 and 12] of the Narcotic Control Act provides that a peace officer may:

10. (1) . . .

(c) seize and take away any narcotic . . . in such place in which he reasonably suspects a narcotic is contained . . .

(2) the justice who is satisfied by information upon oath that there are reasonable grounds for believing that there is a narcotic . . . in any dwelling-house may issue a warrant . . .

However, the word "probable" still appears in Form 7, the Warrant for Arrest, and in a number of other sections of the Criminal Code dealing in particular with the defence of self-defence.\*

In *Hunter v. Southam* at pp. 158-159 the Chief Justice also said:

The Fourth Amendment of the United States Constitution, also guarantees a broad right. It provides:

"The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."

\* Editor's Note: This paragraph is not found in the reasons for judgment as reported in *Kourtesis v. M.N.R.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.) but it does appear in the reasons for judgment as issued by the Court and on the Quicklaw data base (B.C.J.).

dispositions distinctes sur les fouilles et les perquisitions ainsi que des dispositions concernant l'exercice du pouvoir judiciaire par le juge ou une autre autorité. Les lois ont été produites à l'appui d'un autre argument dans cette affaire-là, mais, à tout événement, seules deux de ces lois renfermaient les mots «motifs raisonnables et probables», soit la Loi sur le transport des marchandises dangereuses, L.R.C. (1985), chap. T-19, et la Loi sur le Yukon, L.R.C. (1985), chap. Y-2. Le 12 décembre 1988, les modifications apportées à ces deux dernières lois ont été proclamées; il s'agissait de modifications qui ont vraisemblablement été apportées conformément à la *Loi sur la révision des lois*, L.R.C. (1985), chap. S-20, qui permet à la Commission de révision des lois de faire les modifications de langage requises pour préserver un mode d'expression uniforme. À tout événement, les mots «et probables» ont été supprimés de ces lois.

À l'article 443 [actuellement l'art. 487] du Code criminel (dénonciation relative à un mandat de perquisition), seul le mot «raisonnables» est utilisé et il en a toujours été ainsi.

L'article 455 du Code criminel (édition 1988 de Martin) se lit comme suit:

455. Quiconque croit, pour des motifs raisonnables et probables, qu'une personne a commis un acte criminel peut faire une dénonciation . . .

L'article correspondant de l'édition de 1989 de ce même Code, soit l'article 504, ne renferme pas les mots «et probables». Ces mots ont également été supprimés de la formule 2, soit la formule générale de dénonciation. En vertu de l'article 10 [actuellement art. 11 et 12] de la Loi sur le contrôle des stupéfiants, un agent de la paix peut:

10. (1) . . .

c) saisir et enlever tout stupéfiant dans un tel endroit, toute chose qui s'y trouve et dans laquelle il soupçonne, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'un stupéfiant est contenu . . .

(2) un juge de paix convaincu, d'après une dénonciation faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant . . . se trouve dans une maison d'habitation quelconque peut délivrer un mandat . . .

Toutefois, le mot «probables» apparaît encore à la formule 7, le mandat d'arrestation, et dans certains autres articles du Code criminel portant notamment sur l'autodéfense.\*

Dans *Hunter c. Southam*, le juge en chef a également dit ce qui suit aux pages 158-159:

Le Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis garantit également un droit général. Il prévoit:

[TRADUCTION] «Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies abusives ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est pour un motif plausible, soutenu par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou choses à saisir.»

\* Note de l'arrêstiste: Ce paragraphe ne paraît pas dans les motifs de jugement tels qu'ils ont été publiés dans *Kourtesis v. M.N.R.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.). Par contre, il paraît dans les motifs de jugement tels qu'ils ont été rendus par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Il figure également dans les motifs tels qu'ils ont été publiés dans la banque de données Quicklaw (B.C.J.).

Construing this provision in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), Stewart J. delivering the majority opinion of the United States Supreme Court declared at p. 351 that "the fourth amendment protects people, not places". Justice Stewart rejected any necessary connection between that Amendment and the notion of trespass. With respect, I believe this approach is equally appropriate in construing the protections in s. 8 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

In *R. v. DeBot* (1986), 54 C.R. (3d) 120, 30 C.C.C. (3d) 207, 26 C.R.R. 275, 17 O.A.C. 141, Martin J.A. said, referring to *Hunter v. Southam*:

The standard of "reasonable grounds to believe" and that of "probable cause", which is contained in the Fourth Amendment to the American Constitution are identical . . . The standard . . . is not to be equated with proof beyond a reasonable doubt or a prima facie case. The standard to be met is one of reasonable [sic] probability.

The Supreme Court has, on a number of occasions, referred to decisions of the United States and picks and chooses as to whether it will apply the reasoning, always taking care to say these cases are of limited use though their underlining philosophy is often illuminating. In an article to which we were referred, "The Incredible Shrinking Fourth Amendment" by Cyrus J. Wasserstrom (1984), 21 Amer. Crim. L. Rev. 271, the author learnedly dissects varying changes of interpretation adopted by the Supreme Court of the United States over the many years since the declaration of the Fourth Amendment. At p. 306 the author says:

Certainly, the phrase "probable cause" suggests a quantum of evidence at least sufficient to establish more than a fifty percent probability—at least some sort of more-likely-than-not or preponderance of the evidence standard. Although the Court has not expressed the probable cause requirement in these probabilistic terms, it has for years consistently stated the requirement in a way that suggests an even higher degree of probability. For what the Court has said is that probable cause for an arrest exists where the evidence is "sufficient to warrant a prudent man in believing that the [suspect] had committed or was committing an offense." And it has used the equivalent language to describe the quantum of evidence required to justify a search, i.e. *that the police officer must reasonably believe that the evidence sought will be found in the place to be searched*. Such a belief would clearly not be warranted if the facts available to the officer made it as likely as not that he was wrong. Probable cause interpreted in this way also has a very important virtue; it sets a fixed and intelligible standard for the officer who is contemplating an evidentiary search or an arrest. It tells him that unless he thinks that the search *will be*, not *might be*, successful, or unless [sic] he thinks that the suspect *has*, not *might have*, committed an offense, he must investigate further before he can search or seize evidence . . . [Emphasis is mine and the author's.]

When I look at the comparative uniformity of Canadian statute law in relation to search and seizure provisions I find that now in almost every case the word "reasonable" is used

Interprétant cette disposition dans l'arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), le juge Stewart qui a prononcé le jugement de la Cour suprême des États-Unis à la majorité déclare, à la p. 351, que «le quatrième amendement protège les personnes et non les lieux». Le juge Stewart a rejeté tout lien nécessaire entre cet amendement et le concept d'intrusion. Avec égards, j'estime que ce point de vue est également applicable à l'interprétation de la protection offerte par l'art. 8 de la *Charte des droits et libertés*.

Dans *R. v. DeBot* (1986), 54 C.R. (3d) 120, 30 C.C.C. (3d) 207, 26 C.R.R. 275, 17 O.A.C. 141, le juge Martin, J.C.A., a commenté comme suit l'arrêt *Hunter c. Southam*:

[TRADUCTION] Le critère des «motifs raisonnables de croire» et celui du «motif plausible» du quatrième amendement de la Constitution américaine sont identiques . . . Le critère . . . ne saurait être assimilé à une preuve au-delà de tout doute raisonnable ou à une preuve prima facie. Le critère à respecter en est un de probabilité raisonnable.

La Cour suprême a déjà cité des décisions des États-Unis et détermine si elle en appliquera le raisonnement en prenant bien soin de préciser chaque fois que ces causes sont d'une utilité restreinte, bien que leur philosophie sous-jacente soit souvent éclairante. Dans un article qui nous a été cité, «The Incredible Shrinking Fourth Amendment» (1984), 21 Amer. Crim. L. Rev. 271, l'auteur Cyrus J. Wasserstrom analyse savamment divers changements d'interprétation que la Cour suprême des États-Unis a adoptés au fil des années depuis la déclaration du Quatrième amendement. Voici ce que dit l'auteur à la page 306:

L'expression «motif plausible» renvoie certainement à une preuve à tout le moins suffisante pour établir une probabilité de plus de cinquante pour cent, du moins à une certaine norme de prépondérance de la preuve (plus probable qu'improbable). Bien que la Cour n'ait pas exprimé le critère du motif plausible en termes aussi précis, elle a constamment énoncé l'exigence d'une façon qui sous-entend un degré de probabilité encore plus élevé. En effet, la Cour a dit qu'un motif plausible d'arrestation existe lorsque la preuve est «suffisante pour permettre à un homme prudent de croire que le prévenu a commis ou était en train de commettre une infraction». La Cour a également utilisé les mêmes propos pour décrire le degré de preuve requis pour justifier une perquisition: *l'agent de la paix doit avoir des motifs raisonnables de croire que la preuve recherchée se trouve dans l'endroit visé par la demande de perquisition*. Cette croyance ne serait manifestement pas justifiée si, d'après les faits portés à sa connaissance, l'agent avait autant de chance d'avoir tort que raison. Cette interprétation du motif plausible comporte également une autre caractéristique très importante: elle impose une norme stricte et intelligible pour l'agent qui envisage de procéder à une arrestation ou à une perquisition. Elle lui dit que, à moins qu'il ne croie que la fouille lui *permettra*, et non pas *pourrait* lui permettre, de trouver des éléments de preuve ou à moins qu'il ne pense que le suspect *a*, et non pas *pourrait avoir*, commis une infraction, il devra poursuivre son enquête avant de pouvoir faire une perquisition ou saisir des éléments de preuve . . . [Les italiques sont de moi et de l'auteur.]

Lorsque j'examine l'uniformité comparative des dispositions législatives canadiennes se rapportant aux fouilles et aux perquisitions, je constate qu'aujourd'hui, dans presque tous les cas,

and not the words "reasonable and probable". The appellant's argument on this point rests upon one paragraph in *Hunter v. Southam* as establishing a standard of conduct for the issuance of search warrants. I acknowledge that the word is used again, four years later, in *Simmons*, which purports to summarize *Hunter*, but five years earlier in *Coopers & Lybrand*, the word "probable" was not mentioned.

On a further consideration of *Hunter v. Southam* three other points arise. In the first place, s. 10(1) of the Combines Investigation Act then under consideration does not contain the word either "reasonable" or "probable". Second, s. 443 of the Criminal Code—"reasonable cause"—is referred to both by Prowse J.A. of the Alberta Court of Appeal and in the body of the Chief Justice's judgment, without any apparent disapproval, and last, when the Chief Justice comments on s. 443 of the Criminal Code and contrasts it with the American Bill of Rights at p. 167, he says:

The phrasing is slightly different, but the standard in each of these formulations is identical.

In perspective I now find that the word "probable" has substantially vanished from the statutory jurisprudence of federal statutes. Why is this so? Is it for the sake of uniformity? Or have "reasonable and probable" been deemed to be the same? I do not agree that they are the same, and I refer to Wasserstrom's commentary previously cited.

I find the grounds of "reasonable" above entirely satisfactory in dealing with all matters other than search warrants. The invasion of a dwelling-house has been commented on recently in this court in *R. v. Parent*, [1989] B.C.W.L.D. 979 (not yet reported), and by the Supreme Court of Canada in *Simmons*. I find it disturbing to consider that if the word "reasonable" means that the applicant hopes to find something, but the words "reasonable and probable" means he expects to find it, that the lesser standard will do to invade a dwelling-house.

If one takes the two phrases and reads them literally, side by side, I do not think the use of the word "reasonable" is enough.

However, if the words of Chief Justice Dickson "the phrasing is slightly different but the standard in each of these formulations is identical", referring to the American Constitution, means anything, it must mean that the word can be subject to a gloss of interpretation. If, for instance, the word "reasonable" is to be interpreted to mean that the police officers must reasonably believe that the evidence sought will be found in the place to be searched, then I am content: this suggests a "more likely than not" standard. Less than this seems to me to be only an exploration, which should not be allowed.

Adhering to the literal view only would mean that all the search and seizure provisions in Canada should be set aside. Allowing a gloss would save them. However, I examine only one statute—the *Income Tax Act*. It is the judge who under s. 231.3(3) must be satisfied that there are reasonable grounds to

le mot «raisonnables» est utilisé et non les mots «raisonnables et probables». L'argument de l'appellant à cet égard est fondé sur un paragraphe de la décision rendue dans *Hunter c. Southam*, lequel paragraphe établirait une norme de conduite à suivre pour la délivrance des mandats de perquisition. Je reconnais que le mot est utilisé à nouveau, quatre ans plus tard, dans *Simmons*, où l'on a tenté de résumer la décision rendue dans *Hunter*, mais cinq ans plus tôt, dans *Coopers & Lybrand*, le mot «probables» n'était pas mentionné.

Trois autres commentaires découlent d'une autre lecture de l'arrêt *Hunter c. Southam*. D'abord, le paragraphe 10(1) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions qui faisait alors l'objet du litige ne renferme ni le mot «raisonnables» ni le mot «probables». En deuxième lieu, le juge Prowse, J.A., de la Cour d'appel de l'Alberta, et le juge en chef, dans le texte principal de son jugement, ont cité tous deux l'article 443 du Code criminel («motifs raisonnables») sans apparemment le dépasser et, enfin, lorsque le juge en chef compare l'art. 443 du Code criminel à la Déclaration américaine des droits, à la p. 167, il dit ce qui suit:

La formulation est légèrement différente mais le critère est identique dans chacun de ces cas.

Lorsque j'examine les choses dans leur contexte, je constate que le mot «probable» est pour ainsi dire disparu de la jurisprudence relative aux lois fédérales. Pourquoi en est-il ainsi? Est-ce pour une question d'uniformité? A-t-on présumé que les mots «raisonnables et probables» voulaient dire la même chose? À mon avis, tel n'est pas le cas et je me reporte aux commentaires précités de Wasserstrom.

À mon sens, les motifs «raisonnables» susmentionnés sont entièrement satisfaisants pour tous les cas autres que les mandats de perquisition. Notre Cour a récemment formulé des commentaires concernant l'intrusion d'une maison d'habitation dans *R. c. Parent*, [1989] B.C.W.L.D. 979 (non encore publié) et la Cour suprême du Canada en a fait autant dans l'arrêt *Simmons*. J'ai du mal à accepter que, si le mot «raisonnables» signifie que le requérant espère trouver quelque chose alors que les mots «raisonnables et probables» signifient qu'il s'attend à trouver quelque chose, le critère moins élevé suffira pour permettre l'intrusion d'une maison d'habitation.

À mon avis, une lecture des deux expressions côte à côte ne permet pas de dire que l'utilisation du mot «raisonnables» est suffisante.

Toutefois, si les mots du juge en chef Dickson «la formulation est légèrement différente mais le critère est identique» au sujet de la Constitution américaine signifient quelque chose, ils doivent vouloir dire que les mots peuvent faire l'objet de diverses interprétations. Ainsi, si le mot «raisonnables» est interprété de façon à signifier que les policiers doivent avoir des motifs raisonnables de croire que la preuve recherchée sera trouvée à l'endroit visé par la perquisition, alors je serai satisfait, car il s'agit d'un critère signifiant que la probabilité est plus grande que l'improbabilité. L'application d'un critère inférieur à cette norme me semble être une exploration qui ne devrait pas être permise.

Si l'interprétation littérale seulement était retenue, cela signifierait qu'il faudrait annuler toutes les dispositions relatives à la fouille et à la perquisition au Canada. Si cette interprétation pouvait être nuancée, ces dispositions demeureraient valides. Toutefois, je n'examine qu'une seule loi, soit la

believe that (a) an offence under this Act has been committed; (b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and (c) the building receptacle or place specified in the application is likely to contain such a document or thing.

It is important that (b) and (c) contain the word "likely". This must come from the evidence before the judge. If he is then satisfied that the deponent believes that the document may "likely" be found on the premises, I think the more-probable-than-not test has been satisfied. So, in the last resort, I think the *Hunter v. Southam* test is satisfied.

Counsel argues that the Supreme Court, in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; (1988), 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1 at page 523 made it clear that the constitutional test was one of reasonable and probable grounds. This is so, he argues, despite the fact that in *Hunter v. Southam* (*supra*), at pages 158-159 S.C.R., the test was framed by reference to reasonable grounds only (at page 168 S.C.R. of *Hunter v. Southam* the test referred to was "reasonable and probable").

The Federal Court of Appeal in *Solvent Petroleum* (*supra*) also dealt with this argument:

There is no doubt that subsection 231.3(3) meets these minimum standards (See *Kohli v. Moase et al.* (1987), 86 N.B.R. (2d); 219 A.P.R. 15, (N.B.Q.B.)). I add that the possible difference between the words "reasonable and probable grounds" in the former subsection 231(4) and the words "reasonable grounds" in subsection 231.3(3) was not argued as such before us as it was before Lysyk J. in *Kourtessis and Hellenic Import Export Co. Ltd. v. M.N.R.* (1988), 89 DTC 5214 (B.C.S.C.). I have no difficulty with the conclusion at which Lysyk J. has arrived. Having noted that the then section 443 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. 34] (now section 489 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. 46.) spoke about "reasonable grounds" and that the Fourth Amendment to the *United States Constitution* (The Fourth Amendment to the *United States Constitution* reads thus: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.) is different from section 8 of the Charter, the learned judge concluded at page 5218 of the decision:

The sole standard explicitly supplied by s. 8 of the Charter is that of reasonableness. Authority does not establish and, in my

Loi de l'impôt sur le revenu. C'est le juge qui, conformément au paragraphe 231.3(3), doit être convaincu de l'existence d'un motif raisonnable de croire a) qu'une infraction prévue à cette Loi a été commise; b) qu'il est vraisemblable de trouver des documents ou choses pouvant constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction; et c) que le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

On notera que les alinéas b) et c) renferment le mot «vraisemblable» ou «vraisemblablement», ce qui est important. Cet élément doit ressortir de la preuve présentée au juge. S'il est convaincu que le déposant croit qu'il est vraisemblable de trouver le document dans les lieux, j'estime que la norme de la probabilité plus grande que l'improbabilité aura été respectée. Ainsi, en dernier ressort, j'estime que le critère établi dans l'arrêt *Hunter c. Southam* est respecté.

Selon l'avocat, dans *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; (1988), 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1, la Cour suprême a dit clairement, à la page 523, que le critère constitutionnel était l'existence de motifs raisonnables et probables. Il en est ainsi, dit-il, même si, dans *Hunter c. Southam* (précité), aux pages 158 et 159 R.C.S., le critère a été établi en fonction de motifs raisonnables seulement. (à la page 168 R.C.S. de ce même arrêt, le critère mentionné était celui de l'existence de «motifs raisonnables et probables»).

La Cour d'appel fédérale a également examiné cet argument dans l'affaire *Solvent Petroleum* (précitée):

Il ne fait pas de doute que le paragraphe 231.3(3) satisfait à ces normes minimales (Voir *Kohli v. Moase et al.* (1987), 86 N.B.R. (2d); 219 A.P.R. 15, (N.B.Q.B.)). J'ajoute que la différence possible entre l'expression «motifs raisonnables» figurant au paragraphe 231(4) et l'expression «motifs raisonnables» du paragraphe 231.3(3) n'a pas fait l'objet d'une discussion devant nous comme ce fut le cas devant le juge Lysyk dans l'affaire *Kourtessis and Hellenic Import Export Co. Ltd. v. M.N.R.* (1988), 89 DTC 5214 (B.C.S.C.). La conclusion tirée par le juge Lysyk ne soulève aucune difficulté pour moi. Ayant noté que l'ancien article 443 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. 34] (maintenant l'article 489 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. 46.) parlait de «motif raisonnable» et que le Quatrième amendement de la *Constitution des États-Unis* (Le Quatrième amendement de la *Constitution des États-Unis* est ainsi conçu: [TRADUCTION] Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies abusives ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est pour un motif plausible, soutenu par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou choses à saisir.) est différent de l'article 8 de la Charte, le juge a conclu à la page 5218 de la décision:

[TRADUCTION] La seule norme expressément prévue par l'art. 8 de la Charte est celle du caractère raisonnable. La jurispru-

view, principle does not commend the proposition contended for by the petitioners to the effect that absence of a statutory requirement for probable as well as reasonable grounds for belief is constitutionally fatal.

Counsel for the plaintiffs (applicants) argues that Madame Justice Desjardins, when writing the decision in *Solvent Petroleum* (*supra*), did not have the benefit of the Supreme Court's decision in *Simmons* (*supra*), nor did Mr. Justice Lysyk in *Kourtessis* (*supra*). It is argued that the *Simmons* decision requires that a contrary conclusion be reached to that which was reached in the *Solvent Petroleum* and in the *Kourtessis* cases.

I do not read the *Simmons* case in this manner. I do not understand the Supreme Court to have focussed on the argument which counsel wishes to draw from that decision. The reasoning of Mr. Justice Lysyk is very compelling. It is hard to comprehend how one could have reasonable grounds for issuing a search warrant if reasonableness did not comprehend a requirement of probability. Counsel argues that the comments on this issue which are set out by the Federal Court of Appeal in *Solvent Petroleum* were *dicta* since that issue was not argued in that case. This may very well be true but, as I have already noted, the reasoning in *Kourtessis* is very persuasive and the Supreme Court decision in *Simmons* does not detract from it.

Charter of Rights—s. 15—Federal Court or Provincial Superior Courts—and Different Avenues

Counsel's fourth argument is that section 231.3 offends section 15 of the Charter because two methods for obtaining a warrant thereunder exist (from a judge of the Federal Court or from a judge of the superior court of the province):

231. In sections 231.1 to 231.5.

"judge" means a judge of a superior court having jurisdiction in the province where the matter arises or a judge of the Federal Court.

dence ne démontre pas et, à mon avis, les principes ne recommandent pas la proposition faite par les requérants, à savoir que l'absence d'une exigence légale de motifs probables ainsi que raisonnables est fatale sur le plan constitutionnel.

<sup>a</sup> L'avocat des demandeurs (requérants) fait valoir que le juge Desjardins, lorsqu'elle a rédigé sa décision dans l'affaire *Solvent Petroleum* (précitée), et le juge Lysyk, lorsqu'il a rendu son jugement dans l'affaire *Kourtessis* (précitée), n'ont pas eu l'avantage de lire le jugement de la Cour suprême dans *Simmons* (précité). Toujours selon l'avocat, cette dernière décision exige que l'on en arrive à une conclusion contraire à celle qui a été tirée dans les affaires *Solvent Petroleum* et *Kourtessis*.

<sup>d</sup> Ce n'est pas ce que j'ai compris à la lecture de l'arrêt *Simmons*. Je ne crois pas que la Cour suprême se soit penchée sur l'argument que l'avocat désire tirer de cette décision. Le raisonnement du juge Lysyk est irrésistible. Il est difficile de comprendre comment une personne pourrait avoir des motifs raisonnables de délivrer un mandat de perquisition si ces motifs raisonnables ne devaient pas implicitement être aussi des motifs probables. L'avocat soutient que les commentaires formulés par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Solvent Petroleum* à ce sujet étaient des remarques incidentes, puisque cette question n'a pas été débattue dans cette affaire-là. C'est peut-être vrai, mais, comme je l'ai déjà mentionné, le raisonnement suivi dans l'affaire *Kourtessis* est très convaincant et la Cour suprême ne s'en est pas éloignée par la décision qu'elle a rendue dans l'arrêt *Simmons*.

L'article 15 de la Charte des droits—la Cour fédérale ou les cours supérieures des provinces et différentes possibilités

<sup>h</sup> En quatrième lieu, l'avocat allègue que l'article 231.3 contrevient à l'article 15 de la Charte, parce qu'il permet d'utiliser deux méthodes pour obtenir un mandat (demande auprès d'un juge de la Cour fédérale ou d'un juge de la cour supérieure de la province):

231. Les définitions qui suivent s'appliquent aux articles 231.1 à 231.5.

<sup>j</sup> «juge» Juge d'une cour supérieure compétente de la province où l'affaire prend naissance ou juge de la Cour fédérale.

If a warrant is issued by a Federal Court judge that decision is appealable to the Federal Court of Appeal, (as is a decision under subsection 231.3(7) refusing to return documents seized under a warrant). Subsections 27(1) and 27(4) of the *Federal Court Act* provide:

27. (1) An appeal lies to the Federal Court of Appeal from any

- (a) final judgment,
- (b) judgment on a question of law determined before trial, or
- (c) interlocutory judgment, of the Trial Division.

(4) For the purposes of this section, a final judgment includes a judgment that determines a substantive right except as to any question to be determined by a referee pursuant to the judgment.

If a warrant is issued by a judge of the superior court of a province, the decision, in at least some provinces, will be considered to be non final in nature and therefore not appealable to the Court of Appeal of the province: *Kourtessis (supra)*; *Bernstein c. R.*, (C.A.) Montréal, 500-10-000210-888, Beaugregard, Nichols, Rothman, J.J.A., January 30, 1989; S.C. Montréal 500-36-000170-889, May 5, 1988, Mayrand J. And, in *Knox Contracting Ltd. and Knox v. Canada and Minister of National Revenue et al.* (1988), 94 N.B.R. (2d) 8; 89 DTC 5075 (C.A.), it was held that the issuing of a search warrant was an administrative act and part of the investigatory process and therefore not a decision subject to appeal. The New Brunswick Court of Appeal's decision focussed on the wording of subsection 231.3(3) which provides that a judge shall "issue a warrant" rather than "order a warrant to be issued". Both the *Knox* and *Bernstein* decisions are under appeal to the Supreme Court of Canada (S.C.C. files 21271 and 21411 respectively).

In assessing this argument, it must be noted, firstly, that the differences in procedure do not arise solely as between the Federal Court and the superior courts of the provinces. Differences may also exist among the provincial superior courts themselves. For example, in Saskatchewan, *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1965, c. 72, s. 6 gives the Court of Appeal jurisdiction in appeals

Si c'est un juge de la Cour fédérale qui décerne le mandat, cette décision pourra être portée en appel devant la Cour d'appel fédérale (tout comme la décision fondée sur le paragraphe 231.3(7) relativement à un refus de retourner des documents saisis en vertu d'un mandat). Les paragraphes 27(1) et 27(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* se lisent comme suit:

27. (1) Il peut être interjeté appel, devant la Cour d'appel fédérale, des décisions suivantes de la Section de première instance:

- a) jugement définitif;
- b) jugement sur une question de droit rendu avant l'instruction;
- c) jugement interlocutoire.

(4) Pour l'application du présent article, est assimilé au jugement définitif le jugement qui statue au fond sur un droit, à l'exception des questions renvoyées à l'arbitrage par le jugement.

Si c'est un juge de la cour supérieure d'une province qui délivre le mandat, la décision, du moins dans certaines provinces, sera considérée comme une décision non définitive qui ne pourra donc pas être portée en appel devant la cour d'appel de la province: *Kourtessis (précité)*; *Bernstein c. R.*, (C.A.) Montréal, 500-10-000210-888, juges Beaugregard, Nichols, Rothman; 30 janvier 1989, C.S. Montréal, 500-36-000170-889 (5 mai 1988, juge Mayrand). En outre, dans *Knox Contracting Ltd. et Knox c. Canada et Ministre du Revenu national et autres* (1988), 94 N.B.R. (2d) 8; 89 DTC 5075 (C.A.), il a été décidé que la délivrance d'un mandat de perquisition était un acte administratif faisant partie du processus d'enquête et non une décision pouvant faire l'objet d'un appel. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick s'est fondée sur le texte du paragraphe 231.3(3) qui prévoit qu'un juge «décerne un mandat» et non pas «ordonne qu'un mandat soit décerné». Les décisions rendues dans *Knox* et *Bernstein* ont toutes deux été portées en appel devant la Cour suprême du Canada (dossiers respectifs 21271 et 21411 de la C.S.C.).

À ce sujet, il convient de souligner, d'abord, que les différences de procédure existent non seulement entre la Cour fédérale et les cours supérieures provinciales, mais aussi entre les cours supérieures des provinces elles-mêmes. Ainsi, en Saskatchewan, la loi intitulée *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1965, chap. 72, art. 6, permet à la Cour d'appel d'entendre les appels [TRADUCTION] «de

“respecting any judgment, order or decision of any judge of the Court of Queen’s Bench.” In Nova Scotia, the *Judicature Act*, S.N.S. 1972, c. 2, s. 35 gives the Court of Appeal jurisdiction over appeals from “any decision, verdict, judgment or order”. The differences, which counsel allege constitute discrimination contrary to section 15 of the Charter, would seem to result, then, from the various provincial statutes, the rules of court issued thereunder, a difference in the jurisprudence as to whether a judge acting under section 231.3 of the *Income Tax Act*, is acting judicially or administratively, and a difference in the jurisprudence as to whether decisions under section 231.3 are final or interlocutory.

Mr. Justice Lysyk dealt with this same argument in *Kourtesis v. M.N.R.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 342; 44 C.C.C. 79 (S.C.), at page 355 B.C.L.R.:

I will assume, without stopping to review the cases relied upon by Mr. Du Pont, that the rights of appeal with respect to s. 231.3 are not entirely uniform across Canada. If that is so, and even if one makes the further (large) assumption that the differences in question are capable of constituting “discrimination” within the meaning of s. 15(1) of the Charter, any such inequality in rights of appeal does not flow from the provisions of the impugned legislation itself. Accordingly, striking down the challenged enactment would not be an appropriate response to the problem. Other forms of relief to eliminate the alleged disparity in treatment were not proposed and consideration of them at this stage would be premature.

Lastly, counsel for the plaintiffs (applicants) called my attention to the Supreme Court’s decision in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 108; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115. That decision dealt with the fact that in Ontario a person accused of murder could not elect to be tried by judge alone. If the individual had been tried in Alberta, such an election would have been possible. The Supreme Court stated at page 1329 S.C.R. of the *Turpin* decision:

Taking the above definition as the minimal content of the right to equality before the law found in s. 15 of the *Charter*, I would conclude that the impugned provisions deny the appellants equality before the law. The appellants wish to be tried by a judge alone but they are precluded from receiving such a trial by the combined force of ss. 427 and 429 of the *Criminal Code*. Section 430 of the *Criminal Code*, on the other hand, permits those charged with the same offence in Alberta to be tried by a

tout jugement, ordonnance ou décision d’un juge de la Cour du Banc de la Reine». En Nouvelle-Écosse, la loi intitulée *Judicature Act*, S.N.S. 1972, chap. 2, art. 35, accorde à la Cour d’appel la compétence voulue pour entendre les appels [TRADUCTION] «de toute décision, verdict, jugement ou ordonnance». Les différences qui, selon l’avocat, constituent une discrimination contraire à l’article 15 de la Charte, sembleraient résulter des diverses lois provinciales, des règles de pratique adoptées sous l’autorité de ces lois et d’une différence dans la jurisprudence quant à la question de savoir si un juge agissant en vertu de l’article 231.3 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* rend une décision judiciaire ou administrative et quant à la question de savoir si les décisions fondées sur l’article 231.3 sont finales ou interlocutoires.

Le juge Lysyk a examiné cet argument dans *Kourtesis v. M.N.R.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 342; 44 C.C.C. 79 (C.S.), à la page 355 B.C.L.R.:

[TRADUCTION] Je présumerai, sans m’arrêter à relire les causes citées par M<sup>e</sup> Du Pont, que les droits d’appel relatifs à l’article 231.3 ne sont pas entièrement uniformes au Canada. Si tel est le cas et même si l’on va plus loin et que l’on présume que les différences en question peuvent constituer une discrimination au sens du paragraphe 15(1) de la Charte, cette inégalité touchant les droits d’appel ne découle pas des dispositions de la loi attaquée elle-même. En conséquence, l’élimination de la disposition contestée ne constituerait pas une réponse appropriée au problème. On n’a pas proposé d’autres formes de redressement pour éliminer cette soi-disant différence de traitement et l’examen de cet argument à cet stade-ci serait prématuré.

Enfin, l’avocat des demandeurs (requérants) a porté à mon attention la décision que la Cour suprême a rendue dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 108; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115. Cette décision portait sur le fait qu’en Ontario, une personne accusée de meurtre ne pouvait choisir de subir son procès devant un juge seul. Si cette personne avait été poursuivie en Alberta, elle aurait pu faire ce choix. À la page 1329 R.C.S. de la décision *Turpin*, la Cour suprême a dit ce qui suit:

Partant de l’hypothèse que la définition qui précède donne le contenu minimal du droit à l’égalité devant la loi que garantit l’art. 15 de la *Charte*, je suis d’avis de conclure que les dispositions contestées portent atteinte à l’égalité des appelants devant la loi. Les appelants veulent subir un procès devant un juge seul, mais ils en sont empêchés à cause de l’effet conjugué des art. 427 et 429 du *Code criminel*. D’autre part, l’art. 430 du *Code criminel* permet aux personnes accusées de la même

judge alone. The appellants are accordingly denied an opportunity which is available to others, a denial which, as the Court of Appeal noted at pp. 299-300 could work to the disadvantage of the appellants:

And at pages 1330-1331 S.C.R.:

(b) Discrimination

Having concluded that the appellants have been denied at least one of the equality rights listed in s. 15 of the *Charter*, I must move to the next step and determine whether the denial can be said to result in discrimination. Differential treatment is permitted under s. 15 provided it is "without discrimination". As McIntyre, J., stated in *Andrews* (at p. 182 S.C.R.):

A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit of the law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. McIntyre, J., emphasized in *Andrews* (at p. 167 S.C.R.):

For as has been said, a bad law will not be saved merely because it operates equally upon those to whom it has application. Nor will a law necessarily be bad because it makes distinctions.

And at page 1333 S.C.R.:

Differentiating for mode of trial purposes between those accused of s. 427 offences in Alberta and those accused of the same offences elsewhere in Canada would not, in my view, advance the purposes of s. 15 in remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society. A search for indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice would be fruitless in this case because what we are comparing is the position of those accused of the offences listed in s. 427 in the rest of Canada to the position of those accused of the offences listed in s. 427 in Alberta. To recognize the claims of the appellants under s. 15 of the *Charter* would, in my respectful view, "overshoot the actual purpose of the right or freedom in question": see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 344 [S.C.C.].

I would not wish to suggest that a person's province of residence or place of trial could not in some circumstances be a personal characteristic of the individual or group capable of constituting a ground of discrimination. I simply say that it is not so here.

infraction en Alberta d'être jugées devant un juge seul. En conséquence, les appelants sont privés de la possibilité de se prévaloir de ce qui est accessible aux autres, privation qui, comme l'a souligné la Cour d'appel aux p. 299 et 300, peut défavoriser les appelants: . . .

<sup>a</sup> Et aux pages 1330-1331 R.C.S.:

b) La discrimination

Après avoir conclu que les appelants ont été privés d'au moins un des droits à l'égalité énumérés à l'art. 15 de la *Charte*, je dois passer à l'étape suivante et déterminer s'il est possible de dire que cette privation constitue de la discrimination. L'article 15 autorise des différences de traitement pourvu que cela se fasse «indépendamment de toute discrimination». Comme l'affirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews* (à la p. 182 R.C.S.):

<sup>c</sup> Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif.

<sup>d</sup> Pour déterminer s'il y a une discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. Le juge McIntyre a souligné dans l'arrêt *Andrews* (à la p. 167 R.C.S.):

<sup>e</sup> En effet, comme on l'a déjà dit, une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise. Pas plus qu'une loi sera nécessairement mauvaise parce qu'elle établit des distinctions.

<sup>f</sup> Et à la page 1333 R.C.S.:

Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d'infractions énumérées à l'art. 427 et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination. Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce parce que ce qui est comparé c'est la situation de personnes qui sont accusées, ailleurs au Canada, d'une des infractions énumérées à l'art. 427, avec celle des personnes ainsi accusées en Alberta. À mon avis, faire droit aux demandes des appelants en vertu de l'art. 15 de la *Charte* serait «aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question»; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 344 [C.S.C.].

<sup>i</sup> Je ne veux pas dire que la province de résidence d'une personne ou le lieu du procès ne pourraient pas, dans des circonstances particulières, être une caractéristique personnelle d'un individu ou d'un groupe d'individus susceptible de constituer un motif de discrimination. Je dis simplement que ce n'est pas le cas en l'espèce.

In my view, then, the plaintiffs' (applicants') argument must fail. I agree with Mr. Justice Lysyk that, if discrimination exists, it is not the result of section 231 of the *Income Tax Act* and if there are to be remedies, they lie elsewhere than in declaring section 231.3 unconstitutional. Secondly, the Supreme Court decision in *Turpin* clearly indicates that the type of discrimination, if discrimination there be, which arises as a result of different procedures in different jurisdictions is not the type of discrimination which falls under section 15 of the Charter.

#### Solicitor-client privilege—accountant-client privilege

Counsel's last argument is that the warrants, issued pursuant to the order of Mr. Justice Strayer on August 7, 1986, are invalid because they were not made subject to terms of execution designed to protect the right to confidentiality of their respective clients. This argument relates to the warrants which were issued allowing searches to be made of the offices of Baron & Abrams (Barristers and Solicitors) and Baron & Merton (chartered accountants).

I will deal first with the accountant-client privilege. Counsel notes that an accountant's obligation to maintain professional secrecy is statutorily recognized and is found in the *Québec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., 1977, c. C-12:

9. Every person has a right to non-disclosure of confidential information.

No person bound to professional secrecy by law and no priest or other minister of religion may, even in judicial proceedings, disclose confidential information revealed to him by reason of his position or profession, unless he is authorized to do so by the person who confided such information to him or by an express provision of law.

The tribunal must, *ex officio*, ensure that professional secrecy is respected.

56. (1) In sections 9, 23, 30, 31 and 38, the word "tribunal" includes a coroner, a fire investigation commissioner, an inquiry commission, and any person or agency exercising quasi-judicial functions.

(2) In section 19, the word "salary" and "wages" include the compensations or benefits of pecuniary value connected with the employment.

À mon avis, l'argument des demandeurs (requérants) ne peut être retenu. À l'instar du juge Lysyk, je reconnais que, s'il y a discrimination, ce n'est pas en raison de l'application de l'article 231 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, s'il y a des recours, ils se trouvent ailleurs que dans le fait de déclarer l'article 231.3 inconstitutionnel. Deuxièmement, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Turpin* indique clairement que le type de discrimination, si discrimination il y a, qui découle de l'existence de différentes procédures d'un territoire à l'autre n'est pas le type de discrimination visé par l'article 15 de la Charte.

#### Secret professionnel de l'avocat—Secret professionnel du comptable

Enfin, l'avocat allègue que les mandats délivrés conformément à l'ordonnance du juge Strayer en date du 7 août 1986 sont invalides parce qu'ils n'ont pas été assujettis aux conditions d'exécution visant à protéger le droit au secret de leurs clients respectifs. Cet argument se rapporte aux mandats délivrés qui permettaient des perquisitions dans les bureaux de Baron & Abrams (avocats) et Baron & Merton (comptables agréés).

J'examinerai d'abord le secret professionnel du comptable. L'avocat souligne que l'obligation au secret professionnel du comptable est reconnue sur le plan législatif et énoncée dans la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, L.R.Q. 1977, chap. C-12:

9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

56. (1) Dans les articles 9, 23, 30, 31 et 38, le mot «tribunal» inclut un coroner, un commissaire-enquêteur sur les incendies, une commission d'enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi-judiciaires.

(2) Dans l'article 19, les mots «traitement» et «salaire» incluent les compensations ou avantages à valeur pécuniaire se rapportant à l'emploi.

(3) In the Charter, the word "law" or "act" includes a regulation, a decree, an ordinance or an order in council made under the authority of any act.

The relevant provisions of the *Professional Code*, R.S.Q. 1977, c. C-26, subsection 87(3) and the *Code of Ethics of Chartered Accountants*, R.R.Q. 1981, c. C-48, r. 2 (section 3.02.25) were also cited:

87. The Bureau must make, by regulation, a code of ethics governing the general and special duties of the professional towards the public, his clients and his profession, particularly the duty to discharge his professional obligations with integrity. Such code must contain, *inter alia*:

(3) provisions to preserve the secrecy of confidential information that becomes known to the members of the corporation in the practice of their profession;

3.02.25. A member is bound to professional secrecy and he may not disclose confidential information revealed to him by reason of his position or profession, unless he is authorized to do so by the person who confided such information to him or by an express provision of law.

Counsel argues that it is the law of the province which governs what privileges apply in the context of litigation: see *Deputy Attorney General of Canada v. Brown*, [1965] S.C.R. 84; (1964), 47 D.L.R. (2d) 402; [1964] C.T.C. 483; 64 DTC 5296. In the case of *Edmonds c. Sous-procureur général du Canada*, [1979] C.S. 759; [1980] CTC 192; 80 DTC 6201 (Qué. S.C.) and *Normandin c. Canada (Procureur général)* S.C. Granby (Qué.), (460-05-000044-888, June 15, 1989, Mercure J., not reported) the Court referred to the relevant provisions of *An Act respecting the Barreau du Québec*, [R.S.Q. 1977, c. B-1] and the *Québec Charter of Human Rights and Freedoms*, in a case involving a solicitor-client privilege. Reference was also made to "Le recouvrement de l'impôt et les droits de la personne" (1983), 24 C. de D. 457, at pages 473-474 and M<sup>e</sup> Marquis' article, "Le secret notarial et le fisc", 79 *R. du N.* 4. In *St-Georges c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.D.F.Q. 86 (S.C.), at page 91 *per* Gonthier J. (as he then was), it was held that accountant-client communications were protected in so far as Quebec law was concerned.

Even if I accept that the law of Quebec provides for an accountant-client privilege in the context of litigation, I am not persuaded that such a rule has

(3) Dans la Charte, le mot «loi» inclut un règlement, un décret, une ordonnance ou un arrêté en conseil adoptés sous l'autorité d'une loi.

Les dispositions pertinentes du *Code des professions*, L.R.Q. 1977, chap. C-26, paragraphe 87(3) et du *Code de déontologie des comptables agréés*, R.R.Q. 1981, chap. C-48, r. 2 (article 3.02.25) ont également été citées:

87. Le Bureau doit adopter, par règlement, un code de déontologie imposant au professionnel des devoirs d'ordre général et particulier envers le public, ses clients et sa profession, notamment celui de s'acquitter de ses obligations professionnelles avec intégrité. Ce code doit contenir, entre autres:

(3) des dispositions visant à préserver le secret quant aux renseignements de nature confidentielle qui viennent à la connaissance des membres de la corporation dans l'exercice de leur profession;

3.02.25 Le membre est tenu au secret professionnel et il ne peut divulguer les renseignements confidentiels qui lui ont été révélés en raison de son état ou profession, à moins qu'il n'y soit autorisé par celui qui lui a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

L'avocat allègue que c'est la loi de la province qui détermine les privilèges qui s'appliquent dans le contexte des litiges: voir *Deputy Attorney General of Canada v. Brown*, [1965] R.C.S. 84; (1964), 47 D.L.R. (2d) 402; [1964] C.T.C. 483; 64 DTC 5296. Dans *Edmonds c. Sous-procureur général du Canada*, [1979] C.S. 759; [1980] CTC 192; 80 DTC 6201 (C.S. Qué.) et *Normandin c. Canada (Procureur général)* C.S. Granby (Qué.), (460-05-000044-888, 15 juin 1989, juge Mercure, non publié) la Cour a cité les dispositions pertinentes de la *Loi sur le Barreau* [L.R.Q. 1977, chap. B-1] et de la *Charte des droits et liberté de la personne* du Québec [L.R.Q. 1977, chap. C-12] dans une cause concernant le secret professionnel de l'avocat. On a également cité l'article intitulé «Le recouvrement de l'impôt et les droits de la personne» (1983), 24 C. de D. 457, aux pages 473 et 474 ainsi que l'article de M<sup>e</sup> Marquis intitulé «Le secret notarial et le fisc», 79 *R. du N.* 4. Dans *St-Georges c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.D.F.Q. 86 (C.S.), à la page 91, le juge Gonthier (tel était alors son titre) a décidé que les communications entre le comptable et son client étaient protégées par les règles de droit du Québec.

Même si je reconnais que le droit du Québec protège les communications entre le comptable et son client dans les litiges, je ne suis pas convaincu

been adopted with respect to federal income tax litigation. If such a rule were intended to apply one would expect to find it expressly so provided in either the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] or the *Income Tax Act*.

In *Missiaen v. Minister of National Revenue* (1967), 61 W.W.R. 375; [1967] C.T.C. 579; 68 DTC 5039 (Alta. S.C.), Mr. Justice Primrose stated [at page 378 W.W.R.]:

While no claim was made to privilege of the correspondence between the client and the chartered accountant acting for the applicants, and there is no provision in the *Income Tax Act* to provide such privilege, it would appear there is some merit in such a claim. In *re William W. Kask* (1966), 20 DTC 5374, Wilson, C.J. succinctly sets out the principles upon which the solicitor-client privilege exists. Certainly, the chartered accountant with the client is in an analogous position to a solicitor and his client and it is rather strange that no privilege is accorded or claimed in such circumstances. [Underlining added.]

And, Mr. Côté, in "Le secret professionnel et l'expert-comptable", [1988] 10 *R.P.F.S.* 449 one finds at pages 454-455:

In conclusion, all who work in the field of taxation, except perhaps for those in the two levels of government, can only rejoice at the introduction of s. 9 of the Chapter and the way it has been construed in St. Georges on the question of accountants, professional privilege. The need to recognize this right to professional privilege had become increasingly clear to tax experts involved in tax planning on account of the close relationship existing between accountants, tax lawyers and clients and the very privileged information to which the accountant has access. It is now to be hoped that the Department of National Revenue will also recognize this right to professional privilege in its legislation or that, if there is no such recognition by the federal government, the courts will recognize the application of s. 9 of the Quebec Charter even to federal legislation. It would be unfortunate if the taxpayers of Quebec were deprived at the federal level of the fundamental right to professional privilege. [Underlining added.]

It is not at all strange that solicitor-client communications are privileged in so far as compellable evidence before the courts is concerned, while those between an accountant and client are not. The purpose of the solicitor-client privilege is to ensure free and uninhibited communications between a solicitor and his client so that the render-

qu'une règle similaire ait été adoptée dans le cas des litiges concernant l'impôt sur le revenu fédéral. Si le législateur avait voulu que cette règle s'applique, celle-ci aurait été énoncée expressément dans la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), chap. C-5] ou dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Dans *Missiaen v. Minister of National Revenue* (1967), 61 W.W.R. 375; [1967] C.T.C. 579; 68 DTC 5039 (C.S. Alb.), le juge Primrose s'est exprimé de la façon suivante [à la page 378 W.W.R.]:

[TRADUCTION] Bien que le caractère confidentiel de la correspondance échangée entre le client et le comptable agréé agissant pour les requérants n'ait pas été invoqué et que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne renferme aucune disposition prévoyant ce privilège, il semblerait que cette prétention soit fondée. Dans *re William W. Kask* (1966), 20 DTC 5374, le juge en chef Wilson énonce succinctement les principes qui constituent le fondement du secret professionnel de l'avocat. Il est bien certain que le comptable agréé se trouve envers son client dans une position analogue à celle de l'avocat vis-à-vis son client et il est plutôt étrange qu'aucun privilège ne soit accordé ou demandé dans ces circonstances. [C'est moi qui souligne.]

Enfin, dans l'article de M. Côté intitulé «Le secret professionnel et l'expert-comptable», [1988] 10 *R.P.F.S.* 449, on peut lire l'extrait suivant aux pages 454 et 455:

En conclusion, tous les intervenants travaillant dans le domaine de la fiscalité, sauf peut-être ceux travaillant pour les deux paliers gouvernementaux, ne pourront que se réjouir de l'avènement de l'article 9 de la Charte et de son interprétation telle qu'énoncée dans l'arrêt St-Georges en ce qui a trait au secret professionnel de l'expert-comptable. Il était de plus en plus évident pour les fiscalistes faisant de la planification fiscale, de la nécessité de reconnaître ce droit au secret professionnel compte tenu de la relation étroite qui unit les experts-comptables, les avocats fiscalistes et les clients ainsi que de l'information très privilégiée à laquelle l'expert-comptable a accès. Il ne reste qu'à espérer que le ministère du Revenu national reconnaitra, lui aussi, ce droit au secret professionnel dans sa législation ou que les tribunaux, à défaut d'une telle reconnaissance par le fédéral, reconnaitront l'application de l'article 9 de la Charte québécoise même au niveau de la législation fédérale. Il serait en effet malheureux que les contribuables du Québec ne puissent bénéficier au niveau fédéral du droit fondamental qu'est le secret professionnel. [C'est moi qui souligne.]

Il est bien normal que le droit au secret professionnel de l'avocat existe en ce qui a trait à la preuve pouvant être exigée devant les tribunaux, tandis que ce droit n'existe pas pour le comptable. L'objet de ce droit est d'assurer des communications libres et dénuées de toute contrainte entre l'avocat et son client, de façon que celui-ci puisse

ing of effective legal assistance can be given. This privilege preserves the basic right of individuals to prosecute actions and to prepare defences. As Mr. Justice Lamer indicated, in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462 at page 883 S.C.R., the privilege is recognized because it is necessary for the proper administration of justice. I do not think there is an overriding policy consideration, of this nature, in the case of accountant-client communication. An accountant may, as a matter of professional ethics, be required to keep communications and other information concerning his or her client confidential. But this is not founded upon a need to ensure an effective system of the administration of justice.

I turn then to the solicitor-client privilege. In *Descôteaux (supra)* Mr. Justice Lamer held at page 870 S.C.R.:

It is not necessary to demonstrate the existence of a person's right to have communications with his lawyer kept confidential. Its existence has been affirmed numerous times and was recently reconfirmed by this Court in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, where Dickson J. stated (at p. 839):

One may depart from the current concept of privilege and approach the case on the broader basis that (i) the right to communicate in confidence with one's legal adviser is a fundamental civil and legal right, founded upon the unique relationship of solicitor and client, and

Mr. Justice Lamer went on to say at page 875:

It would, I think, be useful for us to formulate this substantive rule, as the judges formerly did with the rule of evidence; it could, in my view, be stated as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.

recevoir une aide juridique efficace. Ce privilège préserve le droit fondamental qu'ont les particuliers de poursuivre et de préparer des contestations. Comme l'a dit le juge Lamer dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462, à la page 883 R.C.S., le privilège est reconnu parce qu'il est nécessaire pour assurer l'administration appropriée de la justice. Je ne crois pas qu'il existe un principe prépondérant de cette nature dans le cas de la communication entre le comptable et son client. Le comptable peut être tenu, conformément à une règle de déontologie, de préserver le secret des communications et autres renseignements concernant son client. Mais cette obligation ne résulte nullement de la nécessité d'assurer l'administration efficace de la justice.

J'en arrive maintenant au secret professionnel de l'avocat. Dans *Descôteaux* (précité), le juge Lamer a écrit ce qui suit à la page 870 R.C.S.:

Il n'est pas nécessaire de procéder à la démonstration de l'existence du droit d'une personne à la confidentialité des communications avec son avocat. Maintes fois affirmée, son existence a été tout récemment confirmée à nouveau par cette Cour dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, où M. le juge Dickson disait (à la p. 839):

On peut s'écarter de la notion actuelle du privilège et aborder l'affaire dans une optique plus large, savoir (i) le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client et . . .

Il a poursuivi en ces termes à la page 875:

Il est, je crois, opportun que nous formulions cette règle de fond, tout comme l'ont fait autrefois les juges pour la règle de preuve; elle pourrait, à mon avis, être énoncée comme suit:

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;

4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

The *Descôteaux* case dealt with a warrant issued, by a justice of the peace, pursuant to section 443 of the *Criminal Code*. It was held that a warrant to search a lawyer's office should not be issued, under that section, unless the justice of the peace had considered: (1) whether a reasonable alternative source of obtaining the information existed; and (2) if such did exist whether reasonable steps had first been taken to obtain the information from that source. These prerequisites, in my view, do not pertain to warrants issued under subsection 231.3(3) of the *Income Tax Act*. The statutory language precludes those qualifications being applied.

In the *Descôteaux* case, Mr. Justice Lamer also stated, however, that in cases where a lawyer's office is to be searched certain procedural safeguards must be provided for in the warrant. At pages 891-892 S.C.R. he stated:

Moreover, even if the conditions are met [i.e., no alternative source available] the justice of the peace must set out procedures for the execution of the warrant that reconcile protection of the interests this right is seeking to promote with protection of those the search power is seeking to promote, and limit the breach of this fundamental right to what is strictly inevitable.

Generally speaking, where the search is to be made of a lawyer's office, in order to search for things provided for under para. (a), (b) or (c) of s. 443(1), the justice of the peace should be particularly demanding . . . It will sometimes be desirable, as soon as the informant initiates proceedings, for the justice of the peace to see that the district Crown attorney is notified, if he is not aware of such proceedings, as well as the Bar authorities. With their assistance he should normally be more easily able to decide with the police on search procedures acceptable to everyone that respect the law firm's clients' right to confidentiality without depriving the police of their right to search for evidence of the alleged crime.

In this respect he could take guidance from the provisions of the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.) c. 63, s. 232, adapting them to fit the particular case, of course.

Moreover, the search should be made in the presence of a representative of the Bar, where possible.

And at page 893 S.C.R.:

Before authorizing a search of a lawyer's office for evidence of a crime, the justice of the peace should refuse to issue the warrant unless he is satisfied that there is no reasonable alternative to the search, or he will be exceeding his jurisdiction

4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

L'affaire *Descôteaux* portait sur un mandat décerné par un juge de paix conformément à l'article 443 du *Code criminel*. Il a été décidé qu'un mandat autorisant une perquisition dans le bureau d'un avocat ne devrait pas être délivré en vertu de cet article, à moins que le juge de paix ne se soit demandé (1) s'il existait une autre possibilité raisonnable d'obtenir les renseignements, et (2) dans l'affirmative, si des mesures raisonnables avaient d'abord été prises pour obtenir les renseignements de cette source. À mon avis, ces prérequis ne s'appliquent pas aux mandats délivrés en vertu du paragraphe 231.3(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Compte tenu du texte législatif, ces restrictions ne sauraient s'appliquer.

Toutefois, dans l'affaire *Descôteaux*, le juge Lamer a également dit que, lorsque le bureau d'un avocat doit faire l'objet d'une perquisition, certaines mesures de protection doivent être prévues dans le mandat (pages 891 et 892 R.C.S.):

De plus, même si ces conditions sont satisfaites, le juge de paix doit assortir l'exécution du mandat de modalités qui concilient la protection des intérêts que cherche à promouvoir ce droit avec celle des intérêts que cherche à promouvoir le pouvoir de perquisitionner, et limiter à ce qui est strictement inévitable l'atteinte au droit fondamental . . .

De façon générale, lorsqu'il s'agit de perquisitionner chez un avocat, que ce soit pour y chercher des choses prévues aux al. a), b) ou c) de l'art. 443(1), le juge de paix devrait se montrer particulièrement exigeant . . . Il sera parfois souhaitable que, dès les premières démarches du dénonciateur, le juge de paix voie à ce que le procureur de la Couronne du district soit avisé, si ces démarches sont faites à son insu, ainsi que les autorités du Barreau. Assisté de ceux-ci, il devrait normalement pouvoir plus facilement arrêter de concert avec les forces de l'ordre des modalités de perquisition acceptables à tous et qui respecteraient le droit à la confidentialité des clients du bureau de l'avocat sans frustrer la police de son droit de rechercher les preuves du crime allégué.

À cette fin, il pourrait s'inspirer, tout en les adaptant bien sûr à chaque cas d'espèce, des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 232.

De plus, la perquisition devrait, dans la mesure du possible, être faite en présence d'un représentant du Barreau.

Et plus loin, à la page 893 R.C.S.:

Avant de permettre la perquisition d'un bureau d'avocat pour y rechercher des preuves d'un crime, le juge de paix devra, sous peine d'excéder sa compétence, refuser la délivrance du mandat à moins d'être satisfait qu'il n'existe pas d'alternative raisonna-

(the substantive rule). When issuing the warrant, to search for evidence or other things, he must in any event attach terms of execution to the warrant assigned to protect the right to confidentiality of the lawyer's clients as much as possible. [Underlining added.]

The plaintiffs (applicants) submit that the failure to incorporate such terms in the warrants in this case is fatal.

Counsel for the defendants (respondents) argues that it is not necessary to set out the conditions as prescribed in *Descôteaux*, when the warrants issue under subsection 231.3(3) of the *Income Tax Act*. This follows, it is said, because there is a code built into that Act designed to protect solicitor-client privilege. Subsections 232(3), (4) and (5) [as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 122] provide:

232. ...

(3) Where, pursuant to section 231.3, an officer is about to seize a document in the possession of a lawyer and the lawyer claims that a named client of his has a solicitor-client privilege in respect of that document, the officer shall, without inspecting, examining or making copies of the document,

(a) seize the document and place it, together with any other document in respect of which the lawyer at the same time makes the same claim on behalf of the same client, in a package and suitably seal and identify the package; and

(b) place the package in the custody of the sheriff of the district or county in which the seizure was made or, if the officer and the lawyer agree in writing on a person to act as custodian, in the custody of that person.

(4) Where a document has been seized and placed in custody under subsection (3) or is being retained under subsection (3.1), the client, or the lawyer on behalf of the client, may

(a) within 14 days after the day the document was so placed in custody or commenced to be so retained apply, on three clear days notice of motion to the Deputy Attorney General of Canada, to a judge for an order

(i) fixing a day, not later than 21 days after the date of the order, and place for the determination of the question whether the client has a solicitor-client privilege in respect of the document, and

(ii) requiring the production of the document to the judge at that time and place;

(b) serve a copy of the order on the Deputy Attorney General of Canada and, where applicable, on the custodian within 6 days of the day on which it was made and, within the same time, pay to the custodian the estimated expenses of transporting the document to and from the place of hearing and of safeguarding it; and

ble à la perquisition (la règle de fond). Délivrant le mandat, que ce soit pour chercher des preuves ou d'autres choses, il devra de toute façon assortir le mandat de modalités d'exécution susceptibles de sauvegarder au maximum le droit à la confidentialité des clients de l'avocat. [C'est moi qui souligne.]

<sup>a</sup> Les demandeurs (requérants) allèguent que l'omission d'intégrer ces conditions dans les mandats en l'espèce est fatale.

<sup>b</sup> Pour sa part, l'avocat des défendeurs (intimés) fait valoir qu'il n'est pas nécessaire d'énoncer les conditions exigées selon l'arrêt *Descôteaux*, lorsque le mandat est délivré en vertu du paragraphe 231.3(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En effet, dit-il, cette Loi renferme un code visant à protéger le privilège du secret professionnel de l'avocat. Voici le libellé des paragraphes 232(3), (4) et (5) [mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 122]:

232. ...

<sup>d</sup> (3) Le fonctionnaire qui, conformément à l'article 231.3, est sur le point de saisir un document en la possession d'un avocat qui invoque le privilège des communications entre client et avocat au nom d'un de ses clients nommément désigné en ce qui concerne ce document, doit, sans inspecter ou examiner celui-ci ni en faire de copies,

<sup>e</sup> a) d'une part, le saisir, ainsi que tout autre document pour lequel l'avocat invoque, en même temps, le même privilège au nom du même client, en faire un colis qu'il doit bien sceller et bien marquer;

<sup>f</sup> b) d'autre part, confier le colis à la garde soit du shérif du district ou du comté où la saisie a été opérée, soit de la personne que le fonctionnaire et l'avocat conviennent par écrit de désigner comme gardien.

(4) En cas de saisie et mise sous garde d'un document en vertu du paragraphe (3) ou de rétention d'un document en vertu du paragraphe (3.1), le client ou l'avocat au nom de celui-ci peut:

<sup>g</sup> a) dans les 14 jours suivant la date où le document a ainsi été mis sous garde ou a ainsi commencé à être retenu, après avis au sous-procureur général du Canada au moins trois jours francs avant qu'il soit procédé à cette requête, demander à un juge de rendre une ordonnance qui:

<sup>h</sup> (i) d'une part, fixe la date—tombant au plus 21 jours après la date de l'ordonnance—et le lieu où il sera statué sur la question de savoir si le client bénéficie du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne le document,

<sup>i</sup> (ii) d'autre part, enjoint de produire le document devant le juge à la date et au lieu fixés;

<sup>j</sup> b) signifier une copie de l'ordonnance au sous-procureur général du Canada et, le cas échéant, au gardien dans les 6 jours de la date où elle a été rendue et, dans ce même délai, payer au gardien le montant estimé des frais de transport aller-retour du document entre le lieu où il est gardé ou retenu et le lieu de l'audition et des frais de protection du document;

(c) if he has proceeded as authorized by paragraph (b), apply at the appointed time and place for an order determining the question.

(5) An application under paragraph (4)(c) shall be heard *in camera*, and on the application

(a) the judge may, if he considers it necessary to determine the question, inspect the document and, if he does so, he shall ensure that it is repackaged and resealed; and

(b) the judge shall decide the matter summarily and,

(i) if he is of the opinion that the client has a solicitor-client privilege in respect of the document, shall order the release of the document to the lawyer, and

(ii) if he is of the opinion that the client does not have a solicitor-client privilege in respect of the document, shall order

(A) that the custodian deliver the document to the officer or some other person designated by the Deputy Minister of National Revenue for Taxation, in the case of a document that was seized and placed in custody under subsection (3), or

(B) that the lawyer make the document available for inspection or examination by the officer or other person designated by the Deputy Minister of National Revenue for Taxation, in the case of a document that was retained under subsection (3.1),

and he shall, at the same time, deliver concise reasons in which he shall identify the document without divulging the details thereof.

The issue as I understood it to be argued in front of me, then, is whether the provisions in section 232 are sufficient or whether execution procedures should also be set out in the warrant itself.

In my view, the statements of Mr. Justice Lamer indicate that the provisions in the *Income Tax Act* are not, in themselves, sufficient. Those provisions would be no protection in a case where a lawyer's office was searched in the presence of support staff only and no notice of the right to claim privilege given. The warrants in this case, contain nothing on their face which indicate that proper procedures for execution were provided for. At the same time, however, there seems little doubt that appropriate execution procedures were, in fact, followed. The reports made to Mr. Justice Strayer pursuant to section 231.3 of the *Income Tax Act*, indicate that a lawyer was present when the search was made and that claims for privilege were made pursuant to section 232 of the *Income Tax Act*. The documents for which privilege was claimed, by the lawyer, were placed in an envelope and turned over to Regent Doré as custodian. An

c) après signification et paiement, demander, à la date et au lieu fixés, une ordonnance où il soit statué sur la question.

(5) une requête présentée en vertu de l'alinéa (4)c doit être entendue à huis clos. Le juge qui en est saisi:

a) peut, s'il l'estime nécessaire pour statuer sur la question, examiner le document et, dans ce cas, s'assurer ensuite qu'un colis du document soit refait et que ce colis soit rescellé;

b) statue sur la question de façon sommaire;

(i) s'il est d'avis que le client bénéficie du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne le document, il ordonne la restitution du document à l'avocat ou libère l'avocat de son obligation de le retenir, selon le cas;

(ii) s'il est de l'avis contraire, il ordonne:

(A) au gardien de remettre le document au fonctionnaire ou à quelque autre personne désignée par le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt, en cas de saisie et mise sous garde du document en vertu du paragraphe (3),

(B) à l'avocat de permettre au fonctionnaire ou à l'autre personne désignée par le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt d'inspecter ou d'examiner le document, en cas de rétention de celui-ci en vertu du paragraphe (3.1).

Le juge motive brièvement sa décision en indiquant de quel document il s'agit sans en révéler les détails.

Si j'ai bien compris, la question que je dois trancher est celle de savoir si les dispositions de l'article 232 sont suffisantes, ou si les modalités d'exécution doivent également être énoncées dans le mandat lui-même.

À mon avis, les remarques du juge Lamer indiquent que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne sont pas suffisantes en soi. Ces dispositions n'offriraient aucune protection dans le cas où le bureau d'un avocat ferait l'objet d'une perquisition en présence de personnel auxiliaire seulement et qu'aucun avis du droit de revendiquer le privilège ne serait donné. En l'espèce, les mandats ne renferment aucun élément indiquant à première vue que des modalités d'exécution appropriées ont été énoncées. Toutefois, on ne semble guère douter du fait que des modalités appropriées ont été suivies. D'après les rapports présentés au juge Strayer conformément à l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, un avocat était présent lorsque la perquisition a été faite et des demandes de privilège ont été faites conformément à l'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les documents à l'égard desquels l'avocat a invoqué le privilège ont

application for determination as to whether the documents were properly subject to solicitor-client privilege was filed in the Superior Court of Quebec. That application was subsequently withdrawn. In this regard see the Affidavit and Report to a Judge of Yvon Demers, dated October 30, 1986 (paragraphs 3(d) and 4) and the Affidavit and Report to a Judge of Gilles Thériault, dated June 2, 1987, both on file T-1798-86. In such circumstances it cannot seriously be thought that the warrants in question should be declared invalid. My understanding of Mr. Justice Lamer's statements in *Descôteaux* is that what is required is that the proper procedure is in fact followed. That the procedure was not set out on the face of the warrant is not itself determinative.

For the reasons given the motions and applications in question will be dismissed. The defendants (respondents) shall recover their costs of these actions but one set of costs only.

été placés sous enveloppe et remis à Regent Doré, comme gardien. Une demande en vue de déterminer si les documents ont dûment été soumis à la protection du privilège du secret professionnel de l'avocat a été déposée devant la Cour supérieure du Québec. Cette demande a subséquemment été retirée. À cet égard, il y a lieu de consulter l'affidavit et le rapport au juge d'Yvon Demers en date du 30 octobre 1986 (paragraphes 3d) et 4) ainsi que l'affidavit et le rapport au juge de Gilles Thériault en date du 2 juin 1987, tous deux déposés dans le dossier T-1798-86. Dans ces circonstances, il n'y a pas de motif sérieux de déclarer les mandats en question invalides. D'après ce que j'ai compris en lisant les commentaires du juge Lamer dans l'affaire *Descôteaux*, ce qui est nécessaire, c'est que la procédure appropriée soit effectivement suivie. Le fait que la procédure elle-même n'a pas été énoncée sur le mandat ne permet pas en soi de trancher le litige.

Pour les motifs exposés, les requêtes et demandes en question sont rejetées. Les défendeurs (intimés) ont le droit de recouvrer leurs dépens dans les actions, mais un seul mémoire de frais leur est adjugé.