

The Minister of National Revenue *Appellant;*
and

Coopers and Lybrand *Respondent.*

1978: June 23; 1978: November 21.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz,
Estey and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Income tax — Jurisdiction — Authorization for entry, search and seizure approved by judge of a superior or a county court — Review by Federal Court of Appeal — Income Tax Act, s. 231(4)(5) — Federal Court Act, R.S.C. 1970, 2nd Supp., c. 10 — B.N.A. Act, 1867, s. 96.

Coopers and Lybrand, chartered accountants, brought a s. 28 application to the Federal Court of Appeal for an order reviewing and setting aside the decision or order of the Director-General, Special Investigations Directorate, Department of National Revenue, Taxation, and Carl Zalev, Co. Ct. J., authorizing the entry and search of the Coopers and Lybrand offices and the seizure of certain documents in their possession. Section 231 of the *Income Tax Act* in subs. (4) and (5), prescribes two prerequisites for authorization of any such entry, search or seizure, namely (i) belief by the Minister of National Revenue on reasonable and probable grounds that a violation of the *Income Tax Act*, or a regulation thereunder, has been committed, or is likely to be committed; and (ii) approval by a judge of a superior or county court upon an application (which may be *ex parte*), supported by evidence on oath establishing the facts on which the application is based. The supporting affidavits indicated that a client company of Coopers and Lybrand, Collavino, had built a private residence for B the President of K.M. Ltd. at a cost of \$90,397 but charged B, pursuant to a written contract, only \$43,000, allegedly adding the shortfall of \$47,397 to the cost of a plant addition being constructed for K.M. Ltd. The result of this was to confer on B an undeclared benefit while enabling K.M. Ltd. to claim capital cost allowance on an amount greater than that to which it would have been otherwise entitled. There was no suggestion that Coopers and Lybrand were in any way implicated in any violation of the *Income Tax Act*, if indeed there was such a violation. Further the respondent did not dispute that the affidavits filed gave the Minister reasonable and probable grounds for belief that a violation of the Act had been committed by B and by K.M. Ltd. The contention was that the authorization was unduly broad

Le ministre du Revenu national *Appellant;*
et

Coopers and Lybrand *Intimée.*

1978: 23 juin; 1978: 21 novembre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Compétence — Autorisation d'entrer, de chercher et de saisir accordée par un juge d'une cour supérieure ou de comté — Examen par la Cour d'appel fédérale — Loi de l'impôt sur le revenu, par. 231(4) et (5) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, 2^e Supp., chap. 10 — A.A.N.B., 1867, art. 96.

Coopers and Lybrand, des experts-comptables, ont présenté à la Cour d'appel fédérale une demande en vertu de l'art. 28 en vue d'obtenir l'examen et l'annulation de la décision ou ordonnance du Directeur général de la Division des enquêtes spéciales du ministère du Revenu national, Impôt, et du juge Carl Zalev de la Cour de comté, permettant d'entrer dans les bureaux de Coopers and Lybrand, d'y faire une perquisition et de saisir des documents en leur possession. Les paragraphes 231(4) et (5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* subordonnent l'autorisation d'entrer, de chercher et de saisir à deux conditions préalables, soit (i) que le ministre du Revenu national ait des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction à la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou à un règlement a été commise ou sera probablement commise et (ii) qu'un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté donne son agrément sur présentation d'une demande (qui peut être *ex parte*) appuyée d'une preuve fournie sous serment et établissant la véracité des faits sur lesquels est fondée la demande. Les affidavits présentés à l'appui de la demande indiquent qu'un client de Coopers and Lybrand, Collavino, a construit, au coût de \$90,397, une résidence pour B, président de K.M. Ltd., mais, aux termes d'un contrat écrit, ne lui a facturé que \$43,000; il est allégué que la différence de \$47,397 a été ajoutée au coût de l'agrandissement de l'usine de K.M. Ltd. Par suite de ces transactions, B a touché un bénéfice non déclaré et K.M. Ltd. était ainsi en mesure de réclamer une allocation du coût en capital sur un montant plus élevé que celui auquel elle aurait eu droit. Il n'est aucunement suggéré que Coopers and Lybrand est impliquée de quelque façon dans une infraction à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, si tant est qu'il y en ait une. L'intimée ne conteste pas que, compte tenu des affidavits déposés, le Ministre pouvait avoir des

and should have been limited to seizure of documents relating to the dealings of respondent's client Collavino with B and K.M. Ltd. concerning the construction of B's residence and the addition to the K.M. Ltd. plant. The Federal Court of Appeal agreed and referred the matter back to the Director-General and Judge Zalev for the issuance of a limited authorization. In the Supreme Court of Canada the prime consideration was not the breadth of the authorization but whether the Federal Court of Appeal had jurisdiction to entertain the application.

Held: The appeal should be allowed.

The actions of the Minister under s. 231(4) of the *Income Tax Act* are actions of an administrative nature. No obligation rested on him to act either on a judicial or quasi-judicial basis. The ministerial decision was not therefore within s. 28 of the *Federal Court Act* and was not subject to review by the Federal Court of Appeal.

The judicial function envisaged by s. 231(4) of the *Income Tax Act* serves as the control on the Minister's decision and any further recourse to the courts is in review of the judge's decision. The judge in this situation exercises a normal judicial function and he should not be regarded as acting *persona designata* merely through the exercise of powers conferred by a statute other than the provincial *Judicature Act* or its counterpart. The definition of federal board, commission or other tribunal in s. 2 of the *Federal Court Act* expressly excludes persons appointed under s. 96 of the *B.N.A. Act*, i.e. judges of a superior or county court. Section 28 of the *Federal Court Act* cannot therefore apply to the case at bar in which the Federal Court of Appeal did not have a right of review.

The questions of whether an appeal lies to the provincial courts or whether recourse lies to replevin or to one of the prerogative writs should be reserved for another occasion.

Guay v. Lafleur, [1965] S.C.R. 12; *R. v. Randolph* (1966), 56 D.L.R. (2d) 283; *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 297 (H.L.); *Pearlberg v. Varty (Inspector of Taxes)*, [1972] 1 W.L.R. 534 (H.L.); *Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.); *Howarth v. National Parole Board*, [1976] 1 S.C.R. 453; *Martineau and Butters v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118;

motifs raisonnables de croire que B et K.M. Ltd. avaient violé cette loi. Elle prétend que l'autorisation est trop générale et aurait dû être limitée à la saisie des documents relatifs aux opérations entre Collavino, B et K.M. Ltd. quant à la construction de la résidence de B et aux travaux d'agrandissement de l'usine de K.M. Ltd. La Cour d'appel fédérale a accueilli cette prétention et renvoyé le dossier au Directeur général et au juge Zalev pour qu'ils accordent une autorisation limitée. En Cour suprême du Canada, la considération principale n'était pas l'étendue de l'autorisation mais plutôt la question de savoir si la Cour d'appel fédérale avait le pouvoir de connaître de la demande.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

La décision du Ministre en vertu du par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est de nature administrative. Il n'a aucune obligation d'agir de façon judiciaire ou quasi judiciaire. En conséquence, la décision du Ministre ne tombe pas sous le coup de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et n'est pas sujette à examen par la Cour d'appel fédérale.

La fonction judiciaire envisagée au par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est un moyen de contrôle de la décision du Ministre et tout autre recours devant un tribunal permet d'examiner celle du juge. Dans ce cas, le juge exerce une fonction judiciaire normale et ne doit pas être considéré comme une *persona designata* du simple fait qu'il exerce des pouvoirs conférés par une loi autre que la loi provinciale régissant la magistrature ou son équivalent. La définition de office, commission ou autre tribunal fédéral à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* exclut expressément les personnes nommées en vertu de l'art. 96 de l'*A.A.N.B.*, c.-à-d. les juges d'une cour supérieure ou de comté. L'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne s'applique donc pas en l'espèce et, en conséquence, la Cour d'appel fédérale n'avait pas de droit d'examen.

Les questions de savoir si un appel peut être interjeté devant les cours provinciales ou si l'on peut recourir à une demande de mainlevée ou à l'un des brefs de prérogative devront être tranchées en une autre occasion.

Jurisprudence: *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12; *R. v. Randolph* (1966), 56 D.L.R. (2d) 283; *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 297 (H.L.); *Pearlberg v. Varty (Inspector of Taxes)*, [1972] 1 W.L.R. 534 (H.L.); *Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.); *Howarth v. National Parole Board*, [1976] 1 R.C.S. 453; *Martineau et Butters c. Comité de discipline des détenus de l'Insti-*

Durayappah v. Fernando, [1967] 2 A.C. 337 (P.C.); *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.); *Herman v. Dep. A.G. (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 729 referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, allowing an application for review under s. 28 of the Federal Court Act, from a decision or order of the Director-General, Special Investigations Directorate, Department of National Revenue, Taxation, and Judge Carl Zalev. Appeal allowed, judgment of the Federal Court of Appeal set aside for lack of jurisdiction.

G. W. Ainslie, Q.C., and *March Jewett*, for the appellant.

Robert E. Barnes, Q.C., and *K. W. Cheung*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—Coopers and Lybrand, chartered accountants, brought a s. 28 application to the Federal Court of Appeal for an order reviewing and setting aside the decision or order of the Director-General, Special Investigations Directorate, Department of National Revenue, Taxation, and His Honour Judge Carl Zalev, Judge of the County Court of the County of Essex. The impugned decision or order authorized the entry and search of offices of Coopers and Lybrand and seizure of certain documents in possession of that firm. The authorization was issued pursuant to s. 231(4) and (5) of the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63, as amended, which read as follows:

(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,

tution de Matsqui, [1978] 1 R.C.S. 118; *Durayappah v. Fernando*, [1967] 2 A.C. 337 (P.C.); *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.); *Herman c. Sous-procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 729.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a accueilli une demande d'examen présentée en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* d'une décision ou ordonnance du Directeur général de la Division des enquêtes spéciales du ministère du Revenu national, Impôt, et du juge Carl Zalev. Pourvoi accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale est infirmé pour défaut de compétence.

G. W. Ainslie, c.r., et *March Jewett*, pour l'appelant.

Robert E. Barnes, c.r., et *K. W. Cheung*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Coopers and Lybrand, des experts-comptables, ont présenté à la Cour d'appel fédérale une demande en vertu de l'art. 28 en vue d'obtenir l'examen et l'annulation de la décision ou ordonnance du Directeur général de la Division des enquêtes spéciales du ministère du Revenu national, Impôt, et de M. le juge Carl Zalev de la Cour de comté d'Essex. La décision ou ordonnance contestée permet d'entrer dans les bureaux de Coopers and Lybrand, d'y faire une perquisition et de saisir des documents en leur possession. L'autorisation a été accordée conformément aux par. 231(4) et (5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, et ses modifications, qui se lisent ainsi:

(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

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.

(5) An application to a judge under subsection (4) shall be supported by evidence on oath establishing the facts upon which the application is based.

It will be noted that in enacting s. 231(4) and (5) Parliament prescribed two conditions which must be satisfied prior to authorization of any entry, search or seizure, namely: (i) belief by the Minister of National Revenue on reasonable and probable grounds that a violation of the *Income Tax Act*, or a regulation thereunder, has been committed, or is likely to be committed; and (ii) approval by a judge of a superior or county court upon an application (which may be *ex parte*), supported by evidence on oath establishing the facts upon which the application is based.

According to the supporting affidavits, Collavino Brothers Construction Company Limited built a private residence for one Dan Bryan at a cost of \$90,397, but charged Bryan, pursuant to a written contract, only \$43,000. It is alleged that the shortfall of \$47,397 was added to the cost of a plant addition which Collavino was constructing for Kendan Manufacturing Limited, a company of which Mr. Bryan was President and substantial shareholder. The position of the Minister is that as a result of the undercharge and overcharge, an undeclared benefit was conferred by Kendan on a shareholder, Bryan, and, at the same time, Kendan was placed in the position of being able to claim capital cost allowance on an amount greater than that to which Kendan would otherwise have been entitled.

Two points should be noted here. Firstly, Coopers and Lybrand is a well-known and reputable firm of chartered accountants, and there is no suggestion that the firm is in any way implicated in a violation of the *Income Tax Act* if, indeed, there was a violation. Secondly, Coopers and Lybrand do not dispute that, upon the evidence

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.

(5) Une demande faite à un juge en vertu du paragraphe (4) sera appuyée d'une preuve fournie sous serment et établissant la véracité des faits sur lesquels est fondée la demande.

On notera qu'en édictant les par. 231(4) et (5), le Parlement subordonne l'autorisation d'entrer, de chercher et de saisir à deux conditions préalables, soit (i) que le ministre du Revenu national ait des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction à la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou à un règlement a été commise ou sera probablement commise et (ii) qu'un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté donne son agrément sur présentation d'une demande (qui peut être *ex parte*) appuyée d'une preuve fournie sous serment et établissant la véracité des faits sur lesquels est fondée la demande.

Selon les affidavits présentés à l'appui de la demande, Collavino Brothers Construction Company Limited a construit, au coût de \$90,397, une résidence pour un nommé Dan Bryan, mais, aux termes d'un contrat écrit, ne lui a facturé que \$43,000. Il est allégué que la différence de \$47,397 a été ajoutée au coût de l'agrandissement que Collavino a construit à l'usine de Kendan Manufacturing Limited, une compagnie dont M. Bryan était le président et le principal actionnaire. Le Ministre soutient que, par suite du rabais ou de la majoration, Kendan a accordé à un actionnaire, Bryan, un bénéfice non déclaré et était en même temps en mesure de réclamer une allocation du coût en capital sur un montant plus élevé que celui auquel elle aurait eu droit.

Il convient, à ce stade, de souligner deux points. Premièrement, Coopers and Lybrand est une société d'experts-comptables bien connue et de bonne réputation et il n'est aucunement suggéré qu'elle est impliquée de quelque façon dans une infraction à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, si tant est qu'il y en ait une. Deuxièmement, Coopers and

disclosed in the affidavits filed in support of the application to Judge Zalev, there were reasonable and probable grounds for belief on the part of the Minister that a violation of the *Income Tax Act* had been committed by Bryan and by Kendan. The complaint is that the form of authorization, although conforming precisely to the wording of the latter part of s. 231(4), was so broad as to authorize seizure of *all* documents, of whatever nature, in the possession of Coopers and Lybrand, related to the affairs of their client, Collavino. It is urged that the form of authorization should have been limited to seizure of documents which might afford evidence as to the violation which formed the basis of the application for approval of the authorization, *viz.* documents related to the dealings between Collavino, Dan Bryan, and Kendan concerning the construction of the Bryan residence and the construction of the addition to the plant of Kendan. That contention was accepted by a majority of the Federal Court of Appeal, who set aside the authorization, and referred the matter back to the Director-General and to Judge Zalev for the issuance of a limited authorization.

In this Court argument centred, not upon whether the authorization should have been so limited, but upon the more fundamental question of Federal Court jurisdiction and whether the Federal Court of Appeal was empowered to entertain the s. 28 application brought by Coopers and Lybrand.

Section 28 jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside extends only to:

... a decision or order other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal.

The convoluted language of s. 28 of the *Federal Court Act* has presented many difficulties, as the cases attest, but it would seem clear that jurisdiction of the Federal Court of Appeal under that section depends upon an affirmative answer to each of four questions:

Lybrand ne conteste pas que, compte tenu de la preuve faite par les affidavits déposés à l'appui de la demande présentée au juge Zalev, le Ministre pouvait avoir des motifs raisonnables de croire que Bryan et Kendan avaient violé cette loi. L'attaque découle de ce que l'autorisation, bien que conforme à la dernière partie du par. 231(4), est si générale qu'elle permet la saisie de *tous* les documents, quels qu'ils soient, qui se rattachent aux affaires de son client Collavino et en sa possession. On fait valoir que l'autorisation aurait dû être limitée à la saisie des documents qui pouvaient fournir une preuve de l'infraction à l'origine de la demande d'approbation de l'autorisation, c'est-à-dire les documents relatifs aux opérations entre Collavino, Dan Bryan et Kendan quant à la construction de la résidence de Bryan et aux travaux d'agrandissement de l'usine de Kendan. La Cour d'appel fédérale a accueilli cette prétention à la majorité, a annulé l'autorisation et renvoyé le dossier au Directeur général et au juge Zalev pour qu'ils accordent une autorisation limitée.

Devant cette Cour, l'argumentation a porté non pas sur la question de savoir si l'autorisation aurait dû être limitée mais sur la question plus fondamentale de la compétence de la Cour fédérale et sur celle de savoir si la Cour d'appel fédérale avait le pouvoir de connaître de la demande présentée en vertu de l'art. 28 par Coopers and Lybrand.

La compétence conférée par l'art. 28 à l'égard d'une demande d'examen et d'annulation ne vaut que dans le cas:

... d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumis à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ...

Le texte compliqué de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* a soulevé de nombreuses difficultés, comme en témoigne la jurisprudence, mais il semble clair que la Cour d'appel fédérale est compétente en vertu de cet article si l'on peut répondre affirmativement à chacune de ces quatre questions:

- (1) Is that which is under attack a "decision or order" in the relevant sense?
- (2) If so, does it fit outside the excluded class, i.e. is it "*other than* a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis"?
- (3) Was the decision or order made in the course of "proceedings"?
- (4) Was the person or body whose decision or order is challenged a "federal board, commission or other tribunal" as broadly defined in s. 2 of the *Federal Court Act*?

In determining jurisdiction in the case at bar, one must consider separately the decision of the Minister and the order of the judge. In respect of the Minister's decision, the crucial question is question (2) and, in respect of the judge's order, question (4).

Traditionally, decisions of a judicial nature and decisions of an administrative nature have been seen as antithetic, judicial decisions being those made by the courts, and administrative decisions being those made by other than courts, such as government departments and officials. Traditionally, the courts have taken the position that decisions were reviewable if they were made by judicial persons or bodies, or by quasi-judicial boards or tribunals, *i.e.* analogous to courts. The growth of *certiorari* led naturally from control of inferior courts to control of administrative agencies.

Government ministries and agencies carry out a different form of work than that done by the courts. They do not simply take on closely analogous functions. Their primary concern is with policy objectives, rather than adjudication *inter partes*, in regulating relations between individuals and government in the distribution of benefits. The dichotomy between judicial and administrative is still reasonably easy to discern but the great growth of government at all levels, the proliferation of government agencies, and increased govern-

- (1) Est-ce que l'objet de la contestation est une «décision ou ordonnance» au sens pertinent?
- (2) Si c'est le cas, tombe-t-elle à l'extérieur de la catégorie exclue, c'est-à-dire s'agit-il d'une décision ou d'une ordonnance «autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire»?
- (3) La décision ou ordonnance a-t-elle été rendue à l'occasion de «procédures»?
- (4) L'organisme, ou la personne, dont la décision ou ordonnance est contestée est-il un «office, commission ou autre tribunal fédéral» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*?

Pour statuer sur la compétence en l'espèce, il faut examiner séparément la décision du Ministre et l'ordonnance du juge. Pour la décision du Ministre, la 2^e question est cruciale et pour l'ordonnance du juge, c'est la 4^e.

Traditionnellement, les décisions de nature judiciaire et celles de nature administrative ont été considérées comme des catégories opposées; les décisions judiciaires sont celles des tribunaux et les décisions administratives, celles qui sont rendues par d'autres corps, comme, par exemple, les ministères et les fonctionnaires. Traditionnellement, les tribunaux ont adopté le principe que les décisions rendues par des juges ou des organismes judiciaires ou par des offices ou des tribunaux quasi judiciaires, c'est-à-dire assimilables à des tribunaux, peuvent donner lieu à révision. L'évolution du *certiorari* a naturellement mené du contrôle des tribunaux inférieurs au contrôle des organismes administratifs.

La tâche des ministères et des organismes gouvernementaux diffère de celle des tribunaux. Ils ne remplissent pas simplement des fonctions analogues. Leur principal souci est de régler les relations entre les individus et le gouvernement en matière de répartition des avantages en fonction d'objectifs gouvernementaux plutôt que de juger des litiges entre parties. La dichotomie entre les décisions judiciaires et administratives est encore assez facile à percevoir, mais l'expansion considérable de l'activité du gouvernement à tous les

ment involvement in social and economic affairs have all tended to render classification more difficult. There is much overlap. Administrative decisions and orders frequently subsume the judicial and quasi-judicial. Section 28 of the *Federal Court Act* expressly recognizes that some decisions or orders of an administrative nature are required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis; superimposed upon the administrative and institutional decision-making process of an official may be the duty to act judicially.

Accordingly, administrative decisions must be divided between those which are reviewable, by *certiorari* or by s. 28 application or otherwise, and those which are nonreviewable. The former are conveniently labelled "decisions or orders of an administrative nature required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis", the latter "decisions or orders not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis." It is not only the decision to which attention must be directed, but also the process by which the decision is reached.

Before considering the criteria which, in my view, serve to identify a judicial or quasi-judicial act, reference may be made to two cases decided in this Court and to one case decided in the English courts. The first is *Guay v. Lafleur*¹, in which an officer of the Department of National Revenue was authorized by the Deputy Minister, pursuant to s. 126(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, to make an inquiry into the affairs of the respondent and others. The respondent was denied the right to be present and represented by counsel during the examination of persons summoned by the investigator. The refusal was upheld in this Court. The Court, in effect, held that no judicial power was being exercised against those under investigation. Mr. Justice Abbott, who delivered the judgment of six members of the Court, held that the investigation was a purely administrative

niveaux, la prolifération des organismes gouvernementaux et l'intervention accrue du gouvernement dans les affaires sociales et économiques ont contribué à rendre la classification plus difficile. Les deux domaines chevauchent. Des décisions et ordonnances administratives prennent fréquemment des caractéristiques judiciaires et quasi judiciaires. L'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* reconnaît expressément que certaines décisions ou ordonnances de nature administrative sont légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire; le devoir d'agir judiciairement peut s'ajouter au processus de décision administrative d'un fonctionnaire.

En conséquence, il y a deux sortes de décisions administratives, celles qui peuvent être contrôlées, par *certiorari* ou à la suite d'une demande en vertu de l'art. 28 ou autrement, et celles qui ne le peuvent pas. Les premières sont commodément désignées comme «décisions ou ordonnances de nature administrative qui sont légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire» et les dernières comme «décisions ou ordonnances de nature administrative qui ne sont pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Il ne faut pas uniquement scruter la décision mais également le processus qui y conduit.

Avant d'examiner les critères qui, selon moi, servent à identifier un acte judiciaire ou quasi judiciaire, il convient de citer deux arrêts de cette Cour et une décision des tribunaux anglais. Le premier est *Guay c. Lafleur*¹, où le sous-ministre, conformément au par. 126(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, avait autorisé un fonctionnaire du ministère du Revenu national à tenir une enquête sur les affaires de l'intimé et d'autres personnes. L'intimé s'est vu refuser le droit d'être présent et d'être représenté par un avocat au cours de l'interrogatoire des personnes citées par l'enquêteur. Cette Cour a confirmé ce refus. La Cour a en effet statué qu'aucun pouvoir judiciaire n'était exercé contre ceux sur qui on enquêtait. Le juge Abbott, qui a rendu le jugement au nom de six membres de la Cour, a jugé que l'enquête était de nature pure-

¹ [1965] S.C.R. 12.

¹ [1965] R.C.S. 12.

matter which could neither decide nor adjudicate upon anything. He further held that it was not a judicial or quasi-judicial inquiry, but a private investigation at which the respondent was not entitled to be present or represented by counsel. He had this to say, at pp. 16-17:

The power given to the Minister under s. 126(4) to authorize an enquiry to be made on his behalf, is only one of a number of similar powers of enquiry granted to the Minister under the *Act*. These powers are granted to enable the Minister to obtain the facts which he considers necessary to enable him to discharge the duty imposed on him of assessing and collecting the taxes payable under the *Act*. The taxpayer's right is not affected until an assessment is made. Then all the appeal provisions mentioned in the *Act* are open to him.

Mr. Justice Cartwright said, at p. 17:

The function of the appellant under the terms of his appointment is simply to gather information; his duties are administrative, they are neither judicial nor quasi-judicial.

There are, of course, many administrative bodies which are bound by the maxim "*audi alteram partem*" but the condition of their being so bound is that they have power to give a decision which affects the rights of, or imposes liabilities upon, others.

Mr. Justice Hall, although in dissent, agreed (at p. 19) that the investigator was not acting in a judicial capacity, or performing a judicial function.

In *R. v. Randolph*², this Court held that the power to suspend mail services, exercisable upon suspicion of criminal activity, pending a final determination, did not attract the rules of natural justice.

In *Wiseman v. Borneman*³, it was decided that a tribunal established for the purposes of s. 28 of the *Finance Act, 1960*, was not bound to observe the rules of natural justice, nor to give the taxpayer the right to see and comment upon material adverse to the taxpayer placed before the tribunal by the Commissioners of Inland Revenue. In the course of his speech, Lord Reid had this to say, at p. 308:

² (1966), 56 D.L.R. (2d) 283.

³ [1971] A.C. 297 (H.L.).

ment administrative et ne pouvait trancher ni décider quoi que ce soit. Il a en outre conclu qu'il ne s'agissait pas d'une enquête judiciaire ou quasi judiciaire mais d'une enquête privée à laquelle l'intimé n'avait pas le droit d'être présent ni d'être représenté par un avocat. Il a dit (aux pp. 16 et 17):

[TRADUCTION] Le pouvoir, conféré au Ministre par le par. 126(4), de permettre une enquête en son nom n'est qu'un des nombreux pouvoirs d'enquête accordés au Ministre par la *Loi*. Ces pouvoirs lui sont accordés pour lui permettre de recueillir des données susceptibles de l'aider à remplir le devoir qui lui est imposé d'établir et de percevoir les impôts payables en vertu de la *Loi*. Le droit du contribuable n'est en cause que lorsqu'une cotisation est établie. Alors, il peut se prévaloir de tous les recours mentionnés dans la *Loi*.

Le juge Cartwright a dit (à la p. 17):

[TRADUCTION] Aux termes de son mandat, l'appelant doit simplement recueillir des renseignements; ses fonctions sont administratives, elles ne sont ni judiciaires, ni quasi judiciaires.

De nombreux organismes administratifs sont liés par la maxime «*audi alteram partem*» mais, s'ils le sont, c'est seulement dans le cas où ils ont le pouvoir de prendre une décision qui porte atteinte aux droits des autres ou qui leur impose des obligations.

Le juge Hall, bien que dissident, a convenu (à la p. 19) que l'enquêteur n'agissait pas à titre judiciaire et ne remplissait pas de fonction judiciaire.

Dans l'arrêt *R. v. Randolph*², cette Cour a jugé que le pouvoir de suspendre le service postal en attendant une décision finale, pouvoir qui peut être exercé lorsqu'il y a lieu de croire que le service est utilisé à une fin criminelle, n'entraîne pas l'application des règles de justice naturelle.

Dans l'arrêt *Wiseman v. Borneman*³, on a jugé qu'un tribunal établi aux fins de l'art. 28 de la *Finance Act, 1960*, n'est pas tenu d'observer les règles de justice naturelle ni de permettre au contribuable de voir et de commenter les documents incriminants déposés par les représentants du fisc devant le tribunal. Dans ses motifs, lord Reid a dit (à la p. 308):

² (1966), 56 D.L.R. (2d) 283.

³ [1971] A.C. 297 (H.L.).

It is, I think, not entirely irrelevant to have in mind that it is very unusual for there to be a judicial determination of the question whether there is a *prima facie* case. Every public officer who has to decide whether to prosecute or raise proceedings ought first to decide whether there is a *prima facie* case, but no one supposes that justice requires that he should first seek the comments of the accused or the defendant on the material before him. So there is nothing inherently unjust in reaching such a decision in the absence of the other party.

The quoted passage was adopted in the later income tax case of *Pearlberg v. Varty (Inspector of Taxes)*⁴, at p. 539. In neither case was the function of the official classed as judicial. It was administrative to the extent that the taxpayer had no right to be present or to be heard.

Whether an administrative decision or order is one required by law to be made on a judicial or non-judicial basis will depend in large measure upon the legislative intention. If Parliament has made it clear that the person or body is required to act judicially, in the sense of being required to afford an opportunity to be heard, the courts must give effect to that intention. But silence in this respect is not conclusive. At common law the courts have supplied the legislative omission—see Byles J. in *Cooper v. Wandsworth Board of Works*⁵, at p. 194—in order to give such procedural protection as will achieve justice and equity without frustrating parliamentary will as reflected in the legislation.

As Tucker L.J. observed in *Russell v. Duke of Norfolk*⁶, at p. 118:

There are, in my view, no words which are of universal application to every kind of inquiry and every kind of domestic tribunal. The requirements of natural justice must depend on the circumstances of the case, the nature of the inquiry, the rules under which the tribunal is acting, the subject matter that is being dealt with, and so forth.

⁴ [1972] 1 W.L.R. 534 (H.L.).

⁵ (1863), 14 C.B. (N.S.) 180.

⁶ [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.).

[TRADUCTION] Je crois qu'il peut être bon de rappeler qu'il est très inhabituel de décider judiciairement s'il y a, à première vue, matière à procès. Tout fonctionnaire public qui doit décider d'engager des poursuites ou d'intenter des procédures doit d'abord décider s'il y a, à première vue, matière à procès, mais cela ne signifie pas que la justice exige qu'il doive d'abord solliciter les observations de l'accusé ou défendeur sur les documents en main. Il n'y a donc rien d'intrinsèquement injuste à prendre une telle décision en l'absence de l'autre partie.

Le passage cité a été adopté dans une affaire fiscale plus récente, *Pearlberg v. Varty (Inspector of Taxes)*⁴, à la p. 539. Dans aucun de ces cas, le rôle du fonctionnaire n'a été qualifié de judiciaire. Il est de nature administrative dans la mesure où le contribuable n'a pas le droit d'être présent ou entendu.

La question de savoir si une décision ou ordonnance de nature administrative est légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire dépend dans une large mesure de l'intention du législateur. Si le Parlement énonce clairement que la personne ou l'organisme est tenu d'agir judiciairement, c'est-à-dire de fournir une occasion d'être entendu, les tribunaux doivent donner effet à cette intention. Mais le silence sur ce point n'est pas concluant. En *common law*, les tribunaux ont supplié à cette omission du législateur—voir le juge Byles dans *Cooper v. Wandsworth Board of Works*⁵, à la p. 194—afin d'accorder dans la procédure les garanties voulues pour assurer la justice et l'équité sans aller à l'encontre de la volonté du Parlement exprimée dans la législation.

Comme l'a fait remarquer le lord juge Tucker dans l'arrêt *Russell v. Duke of Norfolk*⁶, à la p. 118:

[TRADUCTION] Il n'existe pas à mon avis un principe qui s'applique universellement à tous les genres d'enquêtes et de tribunaux internes. Les exigences de la justice naturelle doivent varier selon les circonstances de l'affaire, la nature de l'enquête, les règles qui régissent le tribunal, la question traitée, etc.

⁴ [1972] 1 W.L.R. 534 (H.L.).

⁵ (1863), 14 C.B. (N.S.) 180.

⁶ [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.).

It is possible, I think, to formulate several criteria for determining whether a decision or order is one required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. The list is not intended to be exhaustive.

(1) Is there anything in the language in which the function is conferred or in the general context in which it is exercised which suggests that a hearing is contemplated before a decision is reached?

(2) Does the decision or order directly or indirectly affect the rights and obligations of persons?

(3) Is the adversary process involved?

(4) Is there an obligation to apply substantive rules to many individual cases rather than, for example, the obligation to implement social and economic policy in a broad sense?

These are all factors to be weighed and evaluated, no one of which is necessarily determinative. Thus, as to (1), the absence of express language mandating a hearing does not necessarily preclude a duty to afford a hearing at common law. As to (2), the nature and severity of the manner, if any, in which individual rights are affected, and whether or not the decision or order is final, will be important, but the fact that rights are affected does not necessarily carry with it an obligation to act judicially. In *Howarth v. National Parole Board*⁷, a majority of this Court rejected the notion of a right to natural justice in a parole suspension and revocation situation. See also *Martineau and Butters v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*⁸.

In more general terms, one must have regard to the subject matter of the power, the nature of the issue to be decided, and the importance of the determination upon those directly or indirectly affected thereby: see *Durayappah v. Fernando*⁹. The more important the issue and the more serious the sanctions, the stronger the claim that the power be subject in its exercise to judicial or quasi-judicial process.

J'estime qu'il est possible de formuler plusieurs critères pour déterminer si une décision ou ordonnance est légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive.

(1) Les termes utilisés pour conférer la fonction ou le contexte général dans lequel cette fonction est exercée donnent-ils à entendre que l'on envisage la tenue d'une audience avant qu'une décision soit prise?

(2) La décision ou l'ordonnance porte-t-elle directement ou indirectement atteinte aux droits et obligations de quelqu'un?

(3) S'agit-il d'une procédure contradictoire?

(4) S'agit-il d'une obligation d'appliquer les règles de fond à plusieurs cas individuels plutôt que, par exemple, de l'obligation d'appliquer une politique sociale et économique au sens large?

Tous ces facteurs doivent être soupesés et évalués et aucun d'entre eux n'est nécessairement déterminant. Ainsi, au par. (1), l'absence de termes exprès prescrivant la tenue d'une audience n'exclut pas nécessairement l'obligation en *common law* d'en tenir une. Quant au par. (2), la nature et la gravité, le cas échéant, de l'atteinte aux droits individuels, et la question de savoir si la décision ou ordonnance est finale sont importantes, mais le fait que des droits soient touchés n'entraîne pas nécessairement l'obligation d'agir judiciairement. Dans l'arrêt *Howarth c. Commission des libérations conditionnelles*⁷, la majorité de cette Cour a rejeté l'idée d'un droit à la justice naturelle dans le cas d'une suspension ou d'une révocation de libération conditionnelle. Voir également l'arrêt *Martineau et Butters c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*⁸.

En termes plus généraux, il faut tenir compte de l'objet du pouvoir, de la nature de la question à trancher et de l'importance de la décision sur ceux qui sont directement ou indirectement touchés par elle: voir l'arrêt *Durayappah v. Fernando*⁹. Plus la question est importante et les sanctions sérieuses, plus on est justifié de demander que l'exercice du pouvoir soit soumis au processus judiciaire ou quasi judiciaire.

⁷ [1976] 1 S.C.R. 453.

⁸ [1978] 1 S.C.R. 118.

⁹ [1967] 2 A.C. 337 (P.C.).

⁷ [1976] 1 R.C.S. 453.

⁸ [1978] 1 R.C.S. 118.

⁹ [1967] 2 A.C. 337 (P.C.).

The existence of something in the nature of a *lis inter partes* and the presence of procedures, functions and happenings approximating those of a court add weight to (3). But, again, the absence of procedural rules analogous to those of courts will not be fatal to the presence of a duty to act judicially.

Administrative decision does not lend itself to rigid classification of function. Instead, one finds realistically a continuum. As paradigms, at one end of the spectrum are rent tribunals, labour boards and the like, the decisions of which are eligible for judicial review. At the other end are such matters as the appointment of the head of a Crown corporation, or the decision to purchase a battleship, determinations inappropriate to judicial intervention. The examples at either end of the spectrum are easy to resolve, but as one approaches the middle the task becomes less so. One must weigh the factors for and against the conclusion that the decision must be made on a judicial basis. Reasonable men balancing the same factors may differ, but this does not connote uncertainty or *ad hoc* adjudication; it merely reflects the myriad administrative decision-making situations which may be encountered to which the reasonably well-defined principles must be applied.

Professor D. J. Mullan expressed the matter in the following language in a thoughtful article "Fairness: the New Natural Justice?" (1975), 25 U.T.L.J. 280, 300:

Why not deal with problems of fairness and natural justice simply on the basis that, the nearer one is to the type of function requiring straight law/fact determinations and resulting in serious consequences to individuals, the greater is the legitimacy of the demand for procedural protection but as one moves through the spectrum of decision-making functions to the broad, policy-oriented decisions exercised typically by a minister of the crown, the content of procedural fairness gradually disappears into nothingness, the emphasis being on a gradual disappearance not one punctuated by the unrealistic impression of clear cut divisions presented by the classification process?

L'existence d'un élément assimilable à un *lis inter partes* et la présence de procédures, fonctions et actes équivalents à ceux d'un tribunal ajoutent du poids au par. (3). Mais encore une fois, l'absence de règles de procédure analogues à celles des tribunaux ne sera pas fatale à l'existence d'une obligation d'agir judiciairement.

La décision de nature administrative ne se prête pas à une classification rigide de fonctions. Au contraire, on découvre en réalité un continuum. En paradigmes, à un bout du spectre, se trouvent les régies des loyers, commissions des relations du travail et autres dont les décisions sont susceptibles d'examen judiciaire. A l'autre bout, on trouve des choses comme la nomination du président d'une société de la Couronne ou la décision d'acheter un cuirassé qui ne peuvent faire l'objet d'une intervention judiciaire. Les cas qui se situent à l'une ou l'autre extrémité du spectre sont faciles à résoudre mais à mesure qu'on s'approche du centre, la tâche se complique. Il faut soupeser ce qui prêche pour ou contre la conclusion que la décision doit être soumise à un processus judiciaire. Des hommes raisonnables pesant les mêmes facteurs peuvent différer d'opinion, ce qui ne traduit pas l'incertitude ou le jugement *ad hoc*; cela reflète simplement la multitude de situations qui donnent ouverture aux décisions de nature administrative auxquelles doivent s'appliquer des principes raisonnablement bien définis.

Le professeur D. J. Mullan s'est exprimé sur ce point dans un article fouillé «*Fairness: the New Natural Justice?*» (1975), 25 U.T.L.J. 280, 300:

[TRADUCTION] Pourquoi ne pas traiter les problèmes d'impartialité et de justice naturelle de la façon suivante: plus l'on se rapproche du type de fonction qui exige de simples déterminations droit/fait et qui a de lourdes conséquences pour les personnes, plus l'exigence de protection par la procédure est justifiée, mais à mesure que l'on s'en éloigne pour s'approcher de décisions d'ordre général visant l'application de politiques, ordinairement du ressort d'un ministre du gouvernement, l'accent sur la procédure impartiale vient graduellement à disparaître. Cette disparition n'est toutefois pas marquée de frontières précises auxquelles pourrait aboutir un processus de classification irréaliste.

I should like now to evaluate each of the four criteria, which I have outlined, in relation to the decision of the Minister of National Revenue to authorize search and seizure pursuant to s. 231(4) of the *Income Tax Act*:

(1) There is nothing in the language in which the Minister's functions are conferred or in the general context which indicates a duty to notify the taxpayer or any other person, or to hold a hearing, before seeking approval of authorization to enter, search and seize. On the contrary, Parliament substituted for the rules of natural justice the objective test that the Minister, before acting, have reasonable cause to believe that a violation of the *Act* or regulation had been committed or was likely to be committed. See Lord Reid in *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), 78.

Recognizing that a right of search is in derogation of the principles of the common law, and open to abuse, Parliament also built into the legislation an immediate review of the ministerial decision by interposing a judge between the revenue and the taxpayer. The judge sits to scrutinize [with utmost care] the intended exercise of ministerial discretion. Lacking judicial approval the ministerial decision is without effect. Indication of parliamentary intention to deny the taxpayer the right to be heard at this stage, is the statement in s. 231 (4) that the judge is empowered to give approval on an *ex parte* application.

I take it that Parliament concluded, perhaps not unreasonably, that the imposition of procedural steps additional to those spelled out in s. 231(4) would frustrate the object of the section conferring the power and obstruct the taking of effective investigatory action. It obviously considered the public interest entailed in enforcement and the private interest affected by search and seizure, and concluded that procedural fairness was achieved by the section as drafted. For myself, I do not know what additional procedural protection could be given without frustrating parliamentary intent.

(2) The ministerial decision does affect rights even though such decision requires confirmation. It is wrong in my opinion to say that because a decision requires confirmation, rights therefore are not affected. Rights are affected when premises are entered and documents seized even though the Minister does not make any final determination of rights or duties.

(3) The decision of the Minister does not involve the adversary process. It is not the "triangular" case of A

J'aimerais maintenant procéder à l'évaluation de chacun des quatre critères que j'ai énoncés par rapport à la décision du ministre du Revenu national d'autoriser la perquisition et la saisie conformément au par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

(1) Rien dans les termes utilisés dans la définition des fonctions du Ministre ou dans le contexte général n'indique une obligation d'informer le contribuable ou une autre personne ou de tenir une audience avant de faire approuver l'autorisation d'entrer, de chercher et de saisir. Au contraire, le Parlement a substitué aux règles de justice naturelle le critère objectif selon lequel le Ministre, avant d'agir, doit avoir des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction à la *Loi* ou à un règlement a été commise ou sera probablement commise. Voir lord Reid dans l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), 78.

Reconnaissant qu'un droit de perquisition déroge aux principes de la *common law* et donne ouverture à des abus, le Parlement a également introduit dans la loi un examen immédiat de la décision du Ministre en faisant intervenir un juge entre le fisc et le contribuable. Le juge doit scruter [avec le plus grand soin] l'exercice envisagé du pouvoir discrétionnaire ministériel. À défaut d'approbation judiciaire, la décision ministérielle n'a aucun effet. Le texte du par. 231(4), selon lequel le juge a le pouvoir de donner son agrément sur présentation d'une demande *ex parte*, indique bien l'intention du Parlement de ne pas accorder au contribuable le droit d'être entendu à ce stade des procédures.

Selon moi, le Parlement a conclu, peut-être non sans raison, que l'imposition de procédures en sus de celles énoncées au par. 231(4) aurait pour effet de frustrer l'objectif de l'article qui accorde le pouvoir et d'empêcher une enquête efficace. Il a évidemment tenu compte de l'intérêt public qui requiert les sanctions et des intérêts privés touchés par la perquisition et la saisie et il a conclu que par sa rédaction, l'article assure la justice des procédures. Pour ma part, je ne vois pas comment une protection procédurale supplémentaire pourrait être ajoutée sans frustrer l'intention du Parlement.

(2) La décision du Ministre touche effectivement à des droits même si elle doit être confirmée. À mon avis, il est erroné de dire qu'aucun droit n'est touché parce qu'une telle décision exige une confirmation. Il y a atteinte à des droits dès que quelqu'un entre dans les lieux et saisit les documents même si le Ministre ne rend aucune décision finale sur des droits ou obligations.

(3) La décision du Ministre n'implique pas de procédure contradictoire. Il ne s'agit pas de la situation

being called upon to resolve a dispute between B and C. There is a dispute but not in an adversarial sense. The analogy of a court is entirely inappropriate. There are no curial procedural rules imposed by the legislation.

(4) The governing legislation is silent as to substantive rules to be observed in individual cases.

When one places in the balance the responses to the four questions, the result is a modified "yes" to question (2) and a "nil" return to each of the other three criteria, leading to the conclusion that the Minister's administrative and executive decision is not required to be made on a judicial or quasi-judicial basis.

Viewed from the broader perspectives of power, issue, and sanctions, it is difficult to conceive that the conclusion could be otherwise. The Minister is not exercising judicial power. I did not understand counsel for Coopers and Lybrand to argue for more procedural protection than that provided by s. 236(4), or to urge that the affected taxpayers should have been consulted before the Minister sought judicial approval of the authorization to enter. The argument was made that the ministerial decision, and the judicial approval, were based upon the same material, the latter being a judicial act, so also the former. Superficially, this argument is attractive, but I do not think it can prevail.

The functions and powers of the Minister, and those of the judge, are entirely different. In carrying out the responsibilities with which he is entrusted under the *Income Tax Act*, the Minister discharges duties which are fundamentally administrative. He is invested with investigatory powers, including the right to audit, to request information and production of documents, and the right to authorize the conduct of an inquiry. Additional to these rights is the right conferred by s. 231(4) to authorize the entry and search of buildings. The power he exercises under s. 231(4) is properly characterized as investigatory, rather than adjudicatory. He will collect material and advice from many sources. In deciding whether to exercise the right last mentioned, he will be gov-

«triangulaire», où A est appelé à résoudre un différend entre B et C. Il y a un différend mais pas au sens de débat contradictoire. On ne peut faire aucune analogie avec un tribunal. La Loi n'impose aucune règle de procédure judiciaire.

(4) La loi applicable ne contient aucune règle de fond qui doit être observée dans les cas individuels.

Lorsqu'on met en regard les réponses aux quatre questions, on obtient un «oui» mitigé à la 2^e question et un «non» aux trois autres critères, ce qui amène à conclure que la décision de nature administrative du Ministre n'est pas soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

Dans la perspective plus large du pouvoir, du litige et des sanctions, il est difficile de concevoir que la conclusion puisse être différente. Le Ministre n'exerce pas un pouvoir judiciaire. Je ne m'explique pas pourquoi l'avocat de Coopers and Lybrand plaide en faveur d'une meilleure protection procédurale que celle prévue par le par. 236(4) ou fait valoir que les contribuables visés auraient dû être consultés avant que le Ministre ne cherche à faire approuver judiciairement l'autorisation d'entrer. L'argument est que la décision du Ministre et l'approbation judiciaire sont fondées sur les mêmes documents et que puisque cette dernière est de nature judiciaire, il en est de même pour la première. A première vue, cet argument est séduisant, mais je ne pense pas qu'il puisse prévaloir.

Les fonctions et pouvoirs du Ministre diffèrent entièrement de ceux du juge. En s'acquittant des responsabilités qui lui sont confiées par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le Ministre remplit des obligations qui sont fondamentalement de nature administrative. Il jouit de pouvoirs d'enquête, y compris le droit de vérifier les comptes, d'exiger des renseignements et la production de documents et le droit d'autoriser la tenue d'une enquête. À ces droits, s'ajoute celui qui est conféré par le par. 231(4) d'accorder l'autorisation d'entrer et de perquisir dans des bâtiments. On peut qualifier à bon droit le pouvoir qu'il exerce en vertu du par. 231(4) de pouvoir d'enquête plutôt que de décision. Il recueille des documents et des informations de multiples sources. Sa décision d'exercer le droit

erned by many considerations, dominant among which is the public interest and his duty as an executive officer of the government to administer the Act to the best of his ability. The decision to seek authority to enter and search will be guided by public policy and expediency, having regard to all the circumstances. The powers which the judge exercises are judicial when in review of ministerial administrative discretion.

It would be unusual to have available a review procedure prior to the application to the judge, because, in the absence of judge's approval, any decision on the part of the Minister to authorize seizure of documents is manifestly without effect. The judge's approval is the control on the Minister's decision, while any further recourse to the courts is to serve as a control on the judge's decision. This would appear to be a sensible reading of s. 231(4).

I am satisfied that in giving an authorization under s. 231(4) of the *Income Tax Act*, the Minister's actions are of an administrative nature, and that no obligation rests at law upon the Minister to act on a judicial or quasi-judicial basis. Hence the ministerial decision falls outside s. 28 of the *Federal Court Act* and is not subject to review by that court.

Jurisdiction in respect of the decision of the judge stands on a different footing. Acting pursuant to s. 231 of the *Income Tax Act*, he is discharging his institutional role as an impartial arbiter according to the stylized procedures and restraints of a court. The definition of "federal board, commission or other tribunal" in s. 2 of the *Federal Court Act* expressly excludes persons appointed under s. 96 of the *British North America Act, 1867*. Judge Zalev is such a judge. The vexing problem of whether a s. 96 judge is acting under the relevant legislation in the capacity of judge, or as *persona designata*, arose in *Herman v. Deputy Attorney General of Canada*. In reasons for judgment in *Herman*, recently delivered, I sought to canvass the governing authorities, which I will not again attempt. Upon the authorities, I concluded that a judge acts as *persona designata*

mentionné en dernier sera influencée par bien des considérations dont les principales sont l'intérêt public et son devoir d'agent du pouvoir exécutif d'appliquer la Loi de son mieux. La décision de chercher à obtenir l'autorisation de perquisitionner sera commandée par l'intérêt public et l'opportunité, compte tenu de toutes les circonstances. Les pouvoirs exercés par le juge sont judiciaires lorsqu'il examine la décision administrative discrétionnaire du Ministre.

Il serait curieux d'avoir une procédure d'examen avant la présentation d'une demande au juge puisque sans son approbation, toute décision du Ministre d'autoriser la saisie de documents est manifestement sans effet. L'approbation du juge est un moyen de contrôle de la décision du Ministre, tandis que tout autre recours devant un tribunal permet d'examiner celle du juge. C'est à mon avis une interprétation raisonnable du par. 231(4).

Je suis convaincu que la décision du Ministre d'accorder une autorisation en vertu du par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est de nature administrative et qu'en droit, le Ministre n'a aucune obligation d'agir de façon judiciaire ou quasi judiciaire. En conséquence, la décision du Ministre ne tombe pas sous le coup de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et n'est pas sujette à examen par cette cour-là.

La question de compétence en ce qui concerne la décision du juge se pose de façon différente. Lorsqu'il agit aux termes de l'art. 231 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il s'acquitte de son rôle institutionnel en sa qualité d'arbitre impartial conformément aux procédures et contraintes applicables à un tribunal. La définition de «office, commission ou autre tribunal fédéral» à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* exclut expressément les personnes nommées en vertu de l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Le juge Zalev tombe dans cette catégorie. La question controversée de savoir si un juge nommé en vertu de l'art. 96 agit en vertu de la loi pertinente en sa qualité de juge ou de *persona designata* a été soulevée dans l'arrêt *Herman c. Sous-procureur général du Canada*. Dans cet arrêt, rendu récemment, j'ai passé en revue la jurisprudence applica-

only if "exercising a peculiar, and distinct, and exceptional jurisdiction, separate from and unrelated to the tasks which he performs from day-to-day as a judge, and having nothing in common with the Court of which he is a member." A judge does not become *persona designata* merely through the exercise of powers conferred by a statute other than the provincial *Judicature Act* or its counterpart. Given its widest sweep, s. 28 could make subject to review by the Federal Court of Appeal, decisions or orders of provincial federally-appointed judges, pursuant to such federal enactments as the *Criminal Code*, the *Divorce Act*, or the *Bills of Exchange Act*. That could not have been intended.

It would seem to have been the will of Parliament, in enacting the concluding words of the relevant paragraph of s. 2 of the *Federal Court Act*, that ordinarily the acts of federally-appointed provincial judges, pursuant to authority given to them by federal statutes, will not be subject to supervision by the Federal Court of Appeal.

In *Herman*, the order under attack was one made by a s. 96 judge, pursuant to s. 232 of the *Income Tax Act*, and related to solicitor-client privilege. The Court concluded that the judge was acting *qua* judge, and not as *persona designata*. Although there are obvious points of difference, much of the reasoning in *Herman* applies with equal force in the present case leading to the conclusion that Judge Zalev was not a "federal board, commission or other tribunal."

The close functional relation between s. 231 and s. 232 of the *Income Tax Act*, and the decision in *Herman* as to s. 232, suggest that the same result should be reached in respect of the judge acting under s. 231.

In my opinion, the Federal Court of Appeal did not have a right of review in the case at bar. Whether an appeal lies to the provincial courts

ble, ce que je ne vais pas refaire. Me fondant sur la jurisprudence, je suis arrivé à la conclusion qu'un juge agit à titre de *persona designata* seulement s'il exerce «une compétence particulière, distincte, exceptionnelle et indépendante de ses tâches quotidiennes de juge, et qui n'a aucun rapport avec la cour dont il est membre». Un juge ne devient pas *persona designata* du simple fait qu'il exerce des pouvoirs conférés par une loi autre que la loi provinciale régissant la magistrature ou son équivalent. Si l'on donnait à l'art. 28 la portée la plus large, les décisions ou ordonnances de juges provinciaux nommés par le fédéral, rendues conformément à des lois fédérales comme le *Code criminel*, la *Loi sur le divorce* ou la *Loi sur les lettres de change*, seraient soumises à l'examen de la Cour d'appel fédérale. Ce ne peut être le but de cet article.

Il semble qu'en édifiant les derniers mots de l'alinéa pertinent de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le Parlement ait voulu qu'ordinairement, les actes des juges provinciaux nommés par le fédéral, conformément aux pouvoirs qui leur sont conférés par des lois fédérales, soient soustraits au pouvoir de surveillance de la Cour d'appel fédérale.

Dans l'affaire *Herman*, l'ordonnance contestée avait été rendue par un juge nommé en vertu de l'art. 96, conformément à l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et avait trait au privilège des communications entre client et avocat. La Cour a jugé que le juge agissait à titre de juge et non de *persona designata*. Malgré des différences évidentes, une grande partie du raisonnement tenu dans l'arrêt *Herman* s'applique en l'espèce et conduit à la conclusion que le juge Zalev n'est pas un «office, commission ou autre tribunal fédéral.»

L'étroite relation fonctionnelle qui existe entre les art. 231 et 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la décision rendue dans l'affaire *Herman* relativement à l'art. 232 suggèrent qu'il faut parvenir au même résultat en ce qui concerne un juge qui agit aux termes de l'art. 231.

A mon avis, la Cour d'appel fédérale n'avait pas de droit d'examen en l'espèce. Je préfère ne pas me prononcer sur la question de savoir si l'autorisation

from the authorization of the Minister and approval of a judge, pursuant to s. 231(4) of the *Income Tax Act*, is a question I would wish to leave open as it does not arise for decision in the present appeal. I would equally wish to leave for another occasion the question whether recourse could be had to replevin, or to one of the prerogative writs.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, dismiss the respondent's application with costs and restore the decision or order of the Director-General, Special Investigations Directorate, Department of National Revenue, Taxation, and Judge Carl Zalev. Pursuant to the terms upon which leave to appeal to this Court was granted, the costs of the application for leave to appeal, and of the appeal, should be paid by the appellant to the respondent on a solicitor and client basis.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Wilson, Barnes, Walker, Montello, Beach & Morga, Windsor.

du Ministre et l'approbation d'un juge, conformément au par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, peuvent faire l'objet d'un appel devant les cours provinciales, car cette question n'est pas soulevée par ce pourvoi. Je préfère également que soit tranchée en une autre occasion la question de savoir si l'on peut recourir à une demande de mainlevée ou à l'un des brefs de prérogative.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer larrêt de la Cour d'appel fédérale, de rejeter avec dépens la demande de l'intimée et de rétablir la décision ou ordonnance du Directeur général de la Direction des enquêtes spéciales du ministère du Revenu national, Impôt, et du juge Carl Zalev. Conformément aux conditions de l'autorisation d'interjeter appel devant cette Cour, l'appelant paiera les dépens de l'intimée pour la requête en autorisation d'appel et ceux de l'appel en cette Cour, comme entre avocat et client.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: R. Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Wilson, Barnes, Walker, Montello, Beach & Morga, Windsor.