COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

81-12-CA

PÊCHERIES BELLE-ÎLE FISHERIES LTÉE LTD., PÊCHERIES BAIE CHALEURS INC., McGRAW FRUITS DE MER (INVT.) INC./McGRAW SEAFOOD (INVT.) INC., 618099 N.B. INC., PÊCHERIES BELLE-ÎLE FISHERIES (INVT.) LTÉE LTD., GROUPE BELLE-ÎLE INC. and McGRAW FRUITS DE MER (1995) INC./McGRAW SEAFOOD (1995) INC.

APPELLANTS

- and -

MARC R. GUIGNARD, MARC R. GUIGNARD CORPORATION PROFESSIONNELLE INC., PÈSE PÊCHE INC. and HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENTS

AND BETWEEN :

82-12-CA

MARC R. GUIGNARD and MARC R. GUIGNARD CORPORATION PROFESSIONNELLE INC.

APPELLANTS

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN, PÈSE PÊCHE INC., PÊCHERIES BELLE-ÎLE FISHERIES LTÉE LTD., PÊCHERIES BAIE CHALEURS INC., McGRAW FRUITS DE MER (INVT.) INC./McGRAW SEAFOOD (INVT.) INC., 618099 N.B. INC., PÊCHERIES BELLE-ÎLE FISHERIES (INVT.) LTÉE LTD., GROUPE BELLE-ÎLE INC. and McGRAW FRUITS DE MER (1995) INC./McGRAW SEAFOOD (1995) INC.

RESPONDENTS

PÊCHERIES BELLE-ÎLE FISHERIES LTÉE LTD., PÊCHERIES BAIE CHALEURS INC., McGRAW FRUITS DE MER (INVT.) INC./McGRAW SEAFOOD (INVT.) INC., 618099 N.B. INC., PÊCHERIES BELLE-ÎLE FISHERIES (INVT.) LTÉE LTD., GROUPE BELLE-ÎLE INC. et McGRAW FRUITS DE MER (1995) INC./McGRAW SEAFOOD (1995) INC.

APPELANTES

- et -

MARC R. GUIGNARD, MARC R. GUIGNARD CORPORATION PROFESSIONNELLE INC., PÈSE PÊCHE INC. et SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉS

ET ENTRE :

MARC R. GUIGNARD et MARC R. GUIGNARD CORPORATION PROFESSIONNELLE INC.

APPELANTS

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE, PÈSE PÊCHE INC., PÊCHERIES BELLE-ÎLE FISHERIES LTÉE LTD., PÊCHERIES BAIE CHALEURS INC., McGRAW FRUITS DE MER (INVT.) INC./McGRAW SEAFOOD (INVT.) INC., 618099 N.B. INC., PÊCHERIES BELLE-ÎLE FISHERIES (INVT.) LTÉE LTD., GROUPE BELLE-ÎLE INC. et McGRAW FRUITS DE MER (1995) INC./McGRAW SEAFOOD (1995) INC.

INTIMÉES

AND BETWEEN :

ET ENTRE :

83-12-CA

PÈSE PÊCHE INC.

APPELLANT

PÈSE PÊCHE INC.

APPELANTE

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Pèse Pêche Inc. v. R., 2013 NBCA 37

Pèse Pêche Inc. c. R., 2013 NBCA 37

CORAM:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard

CORAM :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
June 15, 2012

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
Le 15 juin 2012

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appeal heard:
February 14, 2013

Appel entendu :
Le 14 février 2013

Judgment rendered:
June 13, 2013

Jugement rendu :
Le 13 juin 2013

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Deschênes

Motifs de jugement :
L'honorable juge Deschênes

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant Pèse Pêche Inc.:

Pour l'appelante Pèse Pêche Inc. :

Bertin Thériault

For the respondent Her Majesty the Queen:
Monica G. McQueen

Marc R.Guignard appeared in person

For the respondent Pêcheries Belle-Île Fisheries Ltée Ltd., Pêcheries Baie Chaleurs Inc., McGraw Fruits de Mer (Invt.) Inc./McGraw Seafood (Invt.) Inc., 618099 N.B. Inc., Pêcheries Belle-Île Fisheries (Invt.) Ltée Ltd. and McGraw Fruits de Mer (1995) Inc./ McGraw Seafood (1995) Inc.:
Charles R. LeBlanc, Q.C.

THE COURT

By way of *certiorari*, the appellants contest the validity of search warrants executed while an investigation is ongoing, and no charges have yet been laid under the *Fisheries Act* or the *Criminal Code*. The application judge invoked his discretionary power and declined to consider the merits of the applications on the basis that it is incumbent upon the judge of a possible trial to decide the issue. In our opinion, the decision of the application judge is reasonable and he used his discretionary power judiciously. Therefore, the appeals are dismissed.

Bertin Thériault

Pour l'intimée Sa Majesté la Reine :
Monica G. McQueen

Marc R. Guignard a comparu en personne

Pour l'intimée Pêcheries Belle-Île Fisheries Ltée/Ltd., Pêcheries Baie Chaleurs Inc., McGraw Fruits de Mer (Invt.) Inc./McGraw Seafood (Invt.) Inc., 618099 N.B. Inc., Pêcheries Belle-Île Fisheries (Invt.) Ltée Ltd. and McGraw Fruits de Mer (1995) Inc./ McGraw Seafood (1995) Inc. :
Charles R. LeBlanc, c.r.

LA COUR

Par voie de requêtes en *certiorari*, les appelants contestent la validité des mandats de perquisition alors qu'une enquête est en cours et qu'aucune accusation n'ait encore été portée en vertu de la *Loi sur les pêches* ou du *Code criminel*. Le juge saisi des requêtes, utilisant son pouvoir discrétionnaire, a refusé de se pencher sur le fond des requêtes principalement au motif qu'il appartenait plutôt au juge du procès éventuel de trancher cette question. Selon nous, la décision du juge saisi de la requête est raisonnable et son pouvoir discrétionnaire a été utilisé judicieusement. Les appels sont donc rejetés.

Le jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DESCHÊNES

I. Introduction

[1] Le 22 juin 2011, des agents des pêches ont exécuté plusieurs mandats de perquisition décernés en vertu de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14 et plus tard un autre mandat en vertu de l'art. 487 du *Code criminel* (complot relativement à plusieurs infractions aux termes de la *Loi sur les Pêches).* Les enquêteurs prétendaient dans les dénonciations que certains des appelants, autres que l'avocat de ces derniers, avaient enfreint la *Loi sur les pêches* en produisant des documents contenant des renseignements trompeurs ou encore d'avoir encouragé un observateur à quai à fournir des faux renseignements dans l'exercice de sa fonction, pour n'en nommer que quelques-uns. Dans trois requêtes en révision distinctes, les requérants ont cherché à obtenir réparation par voie de *certiorari* et à faire annuler les mandats essentiellement pour les mêmes motifs, notamment, que les exigences de l'art. 487 du *Code criminel* et l'article 49.1 de la *Loi sur les pêches* n'avaient pas été remplies.

[2] Tous les requérants demandaient l'annulation des mandats. Pour sa part, l'appelante Pèse Pêche Inc. demandait en plus une déclaration que la fouille était illégale et abusive au sens de l'article 8 de la *Charte* et « un recours selon le par. 24(1) de la *Charte* en ordonnant le retour des objets et leurs copies ». Le juge saisi des requêtes a statué qu'en réalité, mêmes si les autres requérants ne mentionnaient pas ce recours dans leur requête, ils sollicitaient tous les mêmes recours. Selon moi, eu égard aux positions solidaires que les appelants ont affichées tout au long des procédures devant le juge saisi des requêtes, c'est à bon droit qu'il a statué ainsi.

[3] Une audience a eu lieu le 12 juin 2012 et, dans une décision rendue oralement trois jours plus tard, le juge a refusé de se pencher sur le fond des requêtes et d'accorder les mesures réparatoires demandées.

[4] Les appelants interjettent appel de cette décision en vertu du paragraphe 784(1) du *Code criminel* qui prévoit un appel à notre Cour contre une décision qui accorde ou refuse le recours demandé dans des procédures par voie de *certiorari*. Au moment où l'appel a été entendu, aucune accusation n'avait été portée contre les appelants et l'enquête était toujours en cours. De plus, pratiquement tous les objets saisis avaient été remis aux appelants.

[5] Le juge saisi des requêtes a invoqué son pouvoir discrétionnaire et a refusé de se pencher sur le fond en ce qui a trait à la validité des mandats. Il a posé, correctement à mon avis, la seule question à trancher, notamment, s'il devait ou non entendre et disposer de ces requêtes comme le demandaient les appelants ou plutôt « s'en remettre au juge du procès pour entendre [de telles requêtes] ».

[6] En refusant de trancher la question de la validité des mandats, le juge saisi des requêtes a fourni les raisons suivantes que je résumerais ainsi :

a) Rien au dossier ne laisse supposer qu'il est urgent que ces requêtes soient entendues avant la tenue d'un procès éventuel. (Pratiquement tous les objets saisis ont été remis aux appelants conformément aux dispositions pertinentes du *Code criminel* et ni l'un ni l'autre de ces derniers n'a fait valoir qu'il était urgent d'obtenir l'annulation des mandats pour quelque raison que ce soit. Cela étant dit, il est inutile de discuter de ce sujet davantage.)

b) Malgré les prétentions des appelants que le but ultime des requêtes est uniquement l'obtention d'une déclaration d'invalidité, ces requêtes en *certiorari* sont plutôt une tentative de compromettre une enquête en cours.

c) De plus, ces requêtes se veulent l'équivalent d'une demande pour l'obtention d'une déclaration portant sur une saisie dite abusive au sens de l'article 8 de la *Charte* suivie d'une déclaration d'inadmissibilité de la preuve suite à une analyse prématurée en vertu

> du paragraphe 24(2) ou encore la recherche de la réparation adéquate au sens du paragraphe 24(1) de la *Charte*. Ce genre d'analyse s'apparente davantage au travail du juge du procès qui rend ces décisions après une analyse contextuelle ancrée sur l'ensemble de la preuve.

[7] Selon moi, le juge saisi de ces requêtes disposait de renseignements suffisants pour lui permettre d'exercer judicieusement son pouvoir discrétionnaire et, en refusant de se pencher sur le fond des requêtes, c'est ce qu'il a fait.

II. Analyse

[8] D'entrée de jeu, il est important de remarquer que la décision de faire droit ou non à une demande de bref de prérogative tel le *certiorari* relève d'un pouvoir discrétionnaire qu'exerce la cour supérieure dans le cadre de sa compétence générale et inhérente; qui plus est, la portée de la révision par voie de *certiorari* est très limitée et s'exerce « seulement lorsqu'on reproche à [un tribunal inférieur] d'avoir outrepassé la compétence qui lui a été attribuée par la *loi* ou d'avoir violé les principes de justice naturelle, ce qui, d'après la jurisprudence, équivaut à un abus de compétence » (*R. c. Gallant*, 2009 NBCA 84, 352 R.N.-B. (2e) 333, au par. 7). Voir à cet égard *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, au par. 29 et les propos du juge Richard au nom de notre Cour dans *R. c. Gallant*, aux par. 7 à 9 ainsi que ceux du juge Robertson dans *R. c. Chapelstone Developments Inc. et al.*, 2004 NBCA 96, 277 R.N.-B. (2e) 350, aux par. 11 à 19.

[9] Finalement, la nature de ce pouvoir est telle que « [m]ême lorsque l'on conclut à l'erreur de compétence, le *certiorari* est une mesure discrétionnaire qui peut être refusée » (voir *R. c. Gallant*, au par. 13).

[10] La norme de contrôle applicable aux appels interjetés d'ordonnances discrétionnaires est énoncée dans *Beaverbrook Canadian Foundation c. Galerie d'art*

Beaverbrook, 2013 NBCA 17, [2013] A.N.-B. n° 51 (QL), motifs du juge en chef Drapeau :

> [...] L'ordonnance contestée découle essentiellement de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire. Comme toute autre décision découlant de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, la décision en l'espèce ne peut être modifiée en appel que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve (voir *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, au par. 43) ou encore, que si elle est déraisonnable, c'est-à-dire s'il n'y a rien dans le dossier qui la justifie (voir les propos de R.P. Kerans dans son ouvrage *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton: Juriliber Limited, 1994), aux pages 36 et 37, et ceux de lord Diplock dans l'arrêt *Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (Ch. des lords), à la page 1064). [par. 8]

[11] Par application de cette norme et eu égard au fait que le juge a refusé de se pencher sur le fond des requêtes, il m'apparaît qu'il s'agit en l'espèce de décider si la décision du juge saisi des requêtes est déraisonnable au motif qu'il n'y a rien au dossier qui la justifie.

[12] Malgré l'absence d'accusations au moment de la requête, l'enquête dans cette affaire se poursuivait. La plupart des objets saisis ont été rendus aux appelants. Comme on l'a déjà indiqué, les enquêteurs ont toutefois gardé copies des documents. Les appelants cependant demandent une ordonnance les obligeant à rendre les copies. Le poursuivant a fait valoir devant le juge qu'il s'agissait là d'une tentative de compromettre l'enquête puisque, sans les copies, l'enquête longue et difficile qui suit son cours serait compromise. Qui plus est, les enquêteurs ont un droit sans équivoque de garder copies des documents qui ont fait l'objet d'une ordonnance les obligeant à rendre les documents saisis aux appelants (par. 490(13) du *Code criminel*). À mon avis, le juge avait raison de

conclure qu'il s'agissait en l'espèce d'une tentative de compromettre une enquête qui perdure.

[13] De plus, il est difficile de concevoir que le juge saisi des requêtes ait pu ordonner le retour des copies légalement sous le contrôle des enquêteurs sans se pencher sur la validité des mandats de perquisition, accompagné d'une analyse visant à déterminer s'il y avait violation de l'article 8 de la *Charte* et, finalement, une analyse pour déterminer si le retour des copies constituait une réparation adéquate eu égard aux circonstances selon le paragraphe 24(1) de la *Charte*. Nonobstant le fait que les appelants n'ont pas demandé une ordonnance touchant l'inadmissibilité de la preuve documentaire, on peut raisonnablement se demander si le juge pouvait ordonner la remise des copies sans statuer sur leur admissibilité éventuelle. Le juge avait raison de penser qu'en dessous d'une simple demande en *certiorari* demandant une déclaration d'invalidité des mandats se cachait une volonté d'obtenir une déclaration au niveau de l'admissibilité des éléments de preuves documentaires avant la tenue d'un procès éventuel, une déclaration qui pourrait s'avérer embarrassante pour le juge du procès (À cet égard, voir les propos du juge Salhany dans *R. c. Saunders*, [1995] O.J. No. 3621 (QL), aux par. 21-23).

[14] Il est vrai qu'un juge, autre que le juge du procès, peut accueillir favorablement une demande en *certiorari* et déclarer un mandat illégal et invalide dans certaines circonstances où les intérêts de la justice l'exigent (voir à cet égard les arrêts *R. c. Sanchez*, [1994] O.J. No. 2260 (C. Ont. (Div. gén.)) (QL), et *R. c. Branton*, [2001] O.J. No. 1445 (C.A.) (QL). On peut affirmer, toutefois, qu'il faudrait l'existence de circonstances exceptionnelles pour accorder une telle réparation lorsque la preuve du ministère public est probablement constituée surtout de preuves documentaires dont on conserve les copies, ce qui permet de continuer l'enquête. Il se peut, bien sûr, qu'en bout de ligne tous ces éléments de preuve soient inadmissibles en raison d'une analyse approfondie de la preuve dans son ensemble dans le cadre d'un procès éventuel. C'est dans ce contexte que le juge saisi des requêtes a refusé de se pencher sur la validité des mandats de perquisition, préférant plutôt l'approche préconisée dans l'arrêt *R. c. Zevallos*, [1987] O.J. No. 663 (QL); *Zevallos* privilégie le juge du procès pour trancher

les questions telles la validité des mandats de perquisition, les violations des droits protégés par la *Charte* ainsi que leurs répercussions sur l'admissibilité de la preuve.

[15] Cette démarche a d'ailleurs été retenue par notre Cour dans *R. c. King* (1997), 187 R.N.-B. (2e) 185, [1997] A.N.-B. no 106 (QL), en discutant de la contestation par voie de *certiorari* des mandats de perquisition avant la tenue du procès :

> [TRADUCTION]
> Le second point soulevé, l'étape de présentation de la demande, est aussi important. De façon générale, c'est au procès qu'il convient le mieux de décider les questions relatives à la *Charte*. Il y a des motifs valides pour ne pas examiner les violations de la *Charte* ni décider de la constitutionnalité des lois pertinentes par voie d'une demande préalable au procès. Les requêtes préalables fragmentent et prolongent les instances, elles ont tendance à présenter un fondement factuel incomplet et elles ne contribuent pas toujours à la détermination de la juste réparation prévue au paragraphe 24(1) de la *Charte*. [par. 14]

Au paragraphe 15, la Cour d'appel dans *King* reprenait les propos de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Zevallos* portant que [TRADUCTION] « [...] l'annulation avant le procès du mandat de perquisition en raison de son invalidité constitue, dans un sens, un exercice futile. Dans l'hypothèse que le mandat de perquisition soit fondamentalement invalide, c'est-à-dire qu'il comporte plus que des vices mineurs ou de forme et que, par conséquent, les droits de l'accusé prévus à l'article 8 de la *Charte* aient été violés [...] la preuve est toujours susceptible d'être admise à moins que l'accusé ne réponde aux critères du paragraphe 24(2) [de la *Charte*] ». (Voir aussi *R. c. Valley Equipment Ltd.* (1998), 198 R.N.-B. (2e) 211 (C.A.), [1998] A.N.-B. no 73 (QL), au par. 28).

[16] Finalement, je dois faire remarquer que la conclusion du juge saisi des requêtes ne porte pas nécessairement préjudice aux droits des appelants ayant fait l'objet d'une perquisition. Si des accusations sont portées, les accusés seront en mesure de présenter une requête en exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2) lors du procès en

faisant valoir l'argument de la perquisition abusive. Si des accusations ne sont pas portées, les personnes s'estimant lésées pourront vraisemblablement présenter une réclamation civile en dommages-intérêts. Dans le cadre de ces procédures, les appelants auront l'occasion de faire valoir les arguments sur le fond qu'ils n'ont pas pu faire valoir devant le juge saisi des requêtes et d'obtenir, en cas de succès, les mesures réparatoires qu'ils convoitaient prématurément en l'espèce.

III. Dispositif

[17] Somme toute, je viens de traiter de la plupart des points de vue que le juge saisi des requêtes a exprimés et qui ont appuyé sa décision de refuser d'examiner les demandes des appelants sur le fond. Selon moi, sa décision n'était pas déraisonnable mais plutôt judicieuse et notre Cour ne doit pas intervenir. Je rejetterais les appels de tous les appelants.

English version of the decision of the Court delivered by

DESCHÊNES, J.A.

I. Introduction

[1] On June 22, 2011, fishery officers executed several search warrants issued under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, and, some time later, a further warrant issued under s. 487 of the *Criminal Code* (conspiracy in relation to several offences under the *Fisheries Act).* In the informations, the investigating officers alleged, *inter alia*, that some of the appellants, but not their counsel, contravened the *Fisheries Act* by producing documents which contained false data, or by abetting a dockside observer to provide false data in the discharge of his duties. In three separate applications for judicial review, seeking relief by way of *certiorari*, the applicants sought to have the warrants quashed, essentially on the grounds that the requirements of s. 487 of the *Criminal Code* and s. 49.1 of the *Fisheries Act* had not been met.

[2] All of the applicants sought to have the warrants quashed. The appellant Pèse Pêche Inc. also sought a declaration that the search was unlawful and unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*, as well as [TRANSLATION] "a remedy under s. 24(1) of the *Charter* whereby the items seized and their copies would be returned". The application judge found that, in effect, even if the other applicants did not mention this remedy in their applications, they were all seeking the same. In my opinion, given the joint position taken by the appellants throughout the proceedings before the application judge, his finding was correct.

[3] A hearing was held on June 12, 2012, and, in an oral decision delivered three days later, the judge declined to consider the applications on their merits and to grant the remedy sought.

[4] The appellants contest the decision under s. 784(1) of the *Criminal Code*, which provides that an appeal lies to this Court from a decision granting or refusing the relief sought in proceedings by way of *certiorari*. At the time the appeal was heard, no charges had been laid against the appellants and the investigation was ongoing. Moreover, almost all of the items seized had been returned to the appellants.

[5] The application judge invoked his discretionary power and declined to consider the merits of the challenge to the validity of the warrants. He identified, correctly in my opinion, the only issue to be decided, which was whether he should hear and deal with the applications, as requested by the appellants, or instead [TRANSLATION] « leave it to the trial judge to hear those [applications] ».

[6] In declining to settle the issue of the validity of the warrants, the application judge provided reasons which I would summarize as follows:

> a) There is nothing in the record to suggest that the applications must urgently be heard prior to a possible trial. (Almost all of the seized items have been returned to the appellants in accordance with the relevant provisions of the *Criminal Code* and none of the appellants argued that an order quashing the warrants was urgently needed for any reason. That being said, there is no need to discuss the issue further.)
>
> b) Despite the appellants' allegations that the ultimate goal of the applications is only to obtain a declaration of invalidity, these *certiorari* applications are for the most part an attempt to jeopardize an ongoing investigation.
>
> c) Further, this type of application is meant to be the equivalent of an application for a declaration pertaining to an allegedly unreasonable seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*, followed by a declaration that the evidence is inadmissible as a result of an analysis conducted prematurely under s. 24(2) or an attempt to obtain appropriate relief

> under s. 24(1) of the *Charter*. This type of analysis is more similar to that of a trial judge who makes a decision after conducting a contextual analysis based on the evidence as a whole.

[7] In my opinion, the application judge had sufficient information to allow him to exercise his discretion judiciously, and he did so when he refused to examine the applications on the merits.

II. Analysis

[8] At the outset, it bears noting that the decision whether to grant or refuse a prerogative remedy such as *certiorari* is ultimately a matter of discretion, exercised by the superior court as part of its general and inherent jurisdiction. Moreover, the scope of review by *certiorari* is very limited, being conducted "only where it is alleged that [a lower court] has acted in excess of its assigned statutory jurisdiction or has acted in breach of the principles of natural justice which, by the authorities, is taken to be an excess of jurisdiction" (*Gallant, LeBlanc and Steeves v. R.*, 2009 NBCA 84, 352 N.B.R. (2d) 333, at para. 7). See, on point, *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at para. 29; the comments of Richard J.A., writing for the Court in *Gallant, LeBlanc and Steeves v. R.*, at paras. 7-9; and those of Robertson J.A. in *Chapelstone Developments Inc., Action Motors Ltd. and Hamilton v. Her Majesty the Queen in Right of Canada*, 2004 NBCA 96, 277 N.B.R. (2d) 350, at paras. 11-19.

[9] Finally, the nature of this power is such that "[e]ven when jurisdictional error is found, *certiorari* is a discretionary remedy that may be refused" (see *Gallant, LeBlanc and Steeves v. R.*, at para. 13).

[10] The standard of review applicable to appeals from discretionary orders is set out in *The Beaverbrook Art Gallery v. Beaverbrook Canadian Foundation*, 2013 NBCA 17, [2013] N.B.J. No. 51 (QL) (per Drapeau, C.J.N.B.):

> […] The impugned Order is quintessentially the product of an exercise of judicial discretion. Like any other discretionary judicial decision, it may be interfered with on appeal only if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71 at par. 43) or if it is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it (see The Honourable R.P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton: Juriliber Limited, 1994), at pp. 36-37 and *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (H.L.) Lord Diplock at p. 1064). [para. 8]

[11] Applying this standard and having regard to the fact that the judge refused to examine the applications on the merits, it is apparent we must decide whether the decision of the application judge is unreasonable by reason that nothing in the record can justify it.

[12] Even though no charges had been laid when the applications were filed, the investigation of the underlying matter was ongoing. Most of the items seized had been returned to the appellants. As mentioned, the investigators retained copies of the documents. The appellants seek an order compelling them to return the copies. The prosecution argued before the judge that this was an attempt to jeopardize a long and difficult ongoing investigation, which would be compromised without the copies. In addition, the investigators have an unequivocal right to keep copies of the seized documents, which they were ordered to return to the appellants (s. 490(13) of the *Criminal Code*). In my view, the judge was correct in finding that this was an attempt to jeopardize an investigation, which remains open.

[13] Furthermore, it is difficult to imagine that the application judge could have ordered the return of the copies lawfully retained by the investigators without considering the validity of the warrants, and without examining whether s. 8 of the *Charter* had been

contravened and whether the return of the copies to the appellants would constitute a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, that would be appropriate in the circumstances. Notwithstanding the fact that the appellants did not seek an order with respect to the admissibility of the documentary evidence, one can reasonably ask whether the judge could order the return of the copies without determining their admissibility. The judge rightfully concluded that, behind a simple *certiorari* application seeking a declaration that the warrants were invalid, there was a hidden intent to obtain a declaration concerning the admissibility of documentary evidence in a potential trial, a declaration which might put the trial judge in an embarrassing position (on this topic, see *R. v. Saunders*, [1995] O.J. No. 3621 (QL), Salhany J., at paras. 21-23).

[14] Admittedly, a judge other than a trial judge may allow a *certiorari* application and declare a warrant to be illegal and invalid in circumstances where the interests of justice so require (see *R. v. Sanchez*, [1994] O.J. No. 2260 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (QL), and *R. v. Branton*, [2001] O.J. No. 1445 (C.A.) (QL). However, it can be safely asserted that the circumstances would have to be exceptional for such a remedy to be granted where the Crown's evidence is likely to consist mostly of copies of documents, which would allow the investigation to proceed. Of course, it is possible that, in the end, this evidence might be found inadmissible as a result of an extensive analysis of the evidence as a whole within the framework of a trial. It is against this background that the application judge refused to examine the validity of the search warrants, preferring instead to use the approach set out in *R. v. Zevallos*, [1987] O.J. No. 663 (QL). In *Zevallos*, the Court held it was preferable for the trial judge to decide the issues pertaining to the validity of search warrants and violations of *Charter* rights, as well as their impact on the admissibility of the evidence.

[15] Additionally, this approach was adopted by this Court in *King et al. v. Canada (Attorney General) et al.* (1997), 187 N.B.R. (2d) 185, [1997] N.B.J. No. 106 (QL), when discussing pretrial challenges to search warrants by way of *certiorari*:

> The second point raised, the timing of the application, is also important. Generally, *Charter* issues are best determined at a trial. There are valid reasons for not considering *Charter* infringements or deciding the constitutionality of governing legislation by way of a pretrial application. Pretrial applications fragment and protract the proceedings, they tend to have an incomplete factual foundation and are not always conducive to fashioning the appropriate s. 24(1) remedy. [para. 14]

At para. 15 of *King*, the Court reiterated the following comments of the Court of Appeal of Ontario in *Zevallos*: ". . . the pretrial quashing of the search warrant by reason of its invalidity is, in a sense, an idle exercise. Assuming that the search warrant is invalid in substance, in the sense that it goes beyond having mere minor or technical defects, and hence the accused's rights under s. 8 of the *Charter* are infringed . . . the evidence is still presumptively admissible unless the accused satisfies the requirements of s. 24(2) [of the *Charter*] ». (See also *Valley Equipment Ltd. v. R.* (1998), 198 N.B.R. (2d) (C.A.), [1998] N.B.J. No. 73 (QL), at para. 28.)

[16] Finally, I must point out that the findings of the application judge do not necessarily prejudice the appellants' rights with respect to the search and seizure. If charges are laid, the accused will be able, at trial, to file a motion to exclude the evidence under s. 24(2) on the ground that the search was unreasonable. If no charges are laid, the persons claiming to have been aggrieved may be able to file a civil claim for damages. In the course of the proceedings, the appellants will have an opportunity to advance the arguments on the merits that they were not able to raise before the application judge, and to obtain, should they be successful, the remedies they coveted prematurely in the case at bar.

III. Disposition

[17] In summary, the foregoing analysis included most of the points of view which were expressed by the application judge and which supported his decision to

refuse to examine the appellants' applications on the merits. In my opinion, his decision was not unreasonable, but rather judicious, and this Court must not intervene. I would dismiss all of the appellants' appeals.