

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

9/07/CA

JOHN LEMPEN

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Lempen v. R., 2008 NBCA 86

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Appeal from conviction by the Court of Queen's
Bench following trial before a judge and jury:
May 9, 2006

History of case:

Decision under appeal:
Appeal from conviction
May 9, 2006

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal of New Brunswick
2007 NBCA 89

Court of Queen's Bench of New Brunswick
2006 NBQB 246
2006 NBQB 171
2006 NBQB 170
2006 NBQB 131

Appeal heard:
March 20, 2008

JOHN LEMPEN

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Lempen c. R., 2008 NBCA 86

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Appel de la condamnation de l'accusé en Cour du
Banc de la Reine au terme d'un procès devant juge
et jury :
Le 9 mai 2006

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Condamnation prononcée
Le 9 mai 2006

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel du Nouveau-Brunswick :
2007 NBCA 89

Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick
2006 NBBR 246
2006 NBBR 171
2006 NBBR 170
2006 NBBR 131

Appel entendu:
Le 20 mars 2008

Judgment rendered:
December 4, 2008

Jugement rendu :
Le 4 décembre 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

Motifs de jugement :
L'honorable juge Bell

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Graham J. Sleeth, Q.C.

Pour l'appelant :
Graham J. Sleeth, c.r.

For the respondent:
Mark J. Coven

Pour l'intimée :
Mark J. Coven

THE COURT

LA COUR

The appeal from conviction is dismissed.

L'appel de la condamnation est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

BELL J.A.

I. Introduction

[1] In May 1998, the Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) was investigating four Montreal-based companies for alleged “car flipping” activities. Car flipping is a term used to describe a scheme by which vehicles change hands frequently over a short period of time in such a manner that non-sales tax filers collect taxes pursuant to the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (the *Act*) which they unlawfully fail to remit. In the course of the CCRA’s investigation, it was discovered that some of the ‘flipped’ vehicles had been sold to Moncton Chrysler Dodge (1990) Ltd. (Moncton Chrysler). At all material times the appellant was the President of Moncton Chrysler.

[2] As of May 8, 1998 CCRA had no evidence Moncton Chrysler had violated the *Act*. The company had come to CCRA’s attention because it purchased vehicles from one of the car flipping entities. The fact it purchased vehicles was a neutral event. It could well have been paying all taxes owing. In a memo dated May 8, 1998 a CCRA supervisor requested one of the auditors serving the Moncton area to commence an audit of Moncton Chrysler. That memo informed the auditor that Moncton Chrysler had purchased 21 vehicles from Location d’Auto Unitel Inc., one of the Montreal based companies, for a total of \$937,050 plus HST of \$140,557. The memo also contained the following observation:

Based on our general discussions with SI [special investigations] and Tax Avoidance, we would have to be able to prove that Moncton Chrysler was aware of the scheme they were participating in, in order [to] take any action against them.

[3] The audit commenced in June 1998. Auditors were on-site for one week, and were then assigned to a different audit at another location. In November 1998, the

auditors returned to Moncton Chrysler. On this second and last visit, they remained on-site for approximately three weeks. On February 17, 2000, nearly 20 months after having commenced the audit, the auditors transferred the file to the investigation unit.

[4] Following the investigation, the Appellant was charged with, and found guilty of, 30 offences under the *Act*. In the course of the trial the judge held two *voir dire*s. The first one concerned an application by the defence to exclude evidence based upon alleged breaches of rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Canada Act 1982 (U.K.) c. 11, Part I: R. v Lempen (J.A.)* (2006), 302 N.B.R. (2d) 138, [2006] N.B.J. No. 197 (QL), 2006 NBQB 131 (*Lempen I*). The second concerned an application by the Crown to call rebuttal evidence: *R. v. Lempen (J.A.)* (2006), 298 N.B.R. 343, [2006] N.B.J. No. 1989 (Q.L.), 2006 NBQB 170 (*Lempen II*). In *Lempen I*, the appellant alleged he was the subject of a criminal investigation under the guise of an audit. According to him, his *Charter* rights, which were engaged by the audit (it being in reality a criminal investigation), were not respected and all evidence obtained through the audit should be excluded. The trial judge concluded the audit was not an investigation and the appellant's *Charter* rights were not engaged. He therefore admitted the evidence. In *Lempen II*, the trial judge considered whether it would be appropriate to permit the Crown to call rebuttal evidence following the admission of evidence during the appellant's testimony, about which the Crown had no prior knowledge. The trial judge permitted limited rebuttal over the objection of the appellant that the Crown was engaged in case splitting.

II. Issues on Appeal

[5] In addition to the grounds of appeal arising from the decisions in *Lempen I* and *Lempen II*, the appellant alleges the trial judge committed reversible error in refusing to admit into evidence a letter allegedly signed by Michael Levi, a client of Moncton Chrysler, and, furthermore, that the jury was biased, or suffered from a reasonable apprehension of bias, due to the participation of juror #2.

III. Analysis

A. *Investigation versus audit*

[6] The trial judge was required to determine whether a *bona fide* exercise of audit powers had become an unreasonable search and seizure as contemplated by s. 8 of the *Charter*. The question raises issues of mixed fact and law. The trial judge applied the jurisprudence established in *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, [2002] S.C.J. No. 76 (QL), 2002 SCC 73, in determining when an audit becomes an investigation. In *Jarvis*, Iacobucci and Major JJ. opine at para. 63, that the scope of a *Charter* right or freedom varies according to the circumstances (see, as well, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, [1989] S.C.J. No. 124 (QL)). The Justices continue, at para. 98, to define the threshold at which *Charter* compliance is required in the following manner, “wherever the predominant purpose of an inquiry or question is the determination of penal liability, criminal investigatory techniques must be used. As a corollary, all *Charter* protections that are relevant in the criminal context must apply”.

[7] *Jarvis* sets out seven factors a trial judge must consider in assessing whether governmental officials have crossed the threshold from audit to criminal investigation. All of those factors were considered in the trial judge’s reasons found in *Lempen I*:

- (1) Did the authorities have reasonable grounds to lay charges? Does it appear from the record that a decision to proceed with a criminal investigation could have been made?

[8] The trial judge concluded that, until the CCRA auditors completed their consultation with third parties, they had insufficient evidence to lay charges or to proceed with a criminal investigation.

- (2) Was the general conduct of the authorities such that it was consistent with the pursuit of a criminal investigation?

[9] The trial judge concluded the conduct of the auditors was inconsistent with a criminal investigation. He notes they visited the taxpayer's place of business on only two or three occasions between May 8, 1998 and February 17, 2000, the date at which they forwarded the file for investigation. The appellant does not contest the number of visits nor the date at which the auditors sent the file for investigation.

- (3) Had the auditor transferred his or her files and materials to the investigators?

[10] The auditor transferred his files and materials to the investigator on February 17, 2000, approximately 20 months after the commencement of the audit. No additional materials were obtained by the auditors after that date and no enquiries were made of any third parties after the transfer. Again, those facts are not contested by the appellant.

- (4) Was the conduct of the auditor such that he or she was effectively acting as an agent for the investigators?

[11] As set out in (3) above, the trial judge concluded there was no evidence the auditors were in contact with the investigators prior to February 17, 2000, nor was there any evidence the investigators tried to influence the audit. Again, those facts are not challenged by the appellant.

- (5) Does it appear that the investigators intended to use the auditor as their agent in the collection of evidence?

[12] The trial judge concluded that for the reasons set out in (3) and (4) above, the answer was clearly 'no'.

- (6) Is the evidence sought relevant to taxpayer liability generally? Or, as is the case with evidence as to the taxpayer's *mens rea*, is the evidence relevant only to the taxpayer's penal liability?

[13] It cannot be said the impugned evidence was relevant only to the appellant's penal liability. CCRA had general concerns about the tax liability of car dealerships. The trial judge concluded, at page 12 of his judgment, that the audit was "simply to verify if the company was correctly reporting and paying the tax".

- (7) Are there any other circumstances or factors that can lead the trial judge to the conclusion that the compliance audit had in reality become a criminal investigation?

[14] The e-mail of May 8, 1998 which initiated the audit could be interpreted as suggesting that CCRA was conducting the audit in an effort to establish the appellant's *mens rea*. However, there can be no debate about *mens rea* if there is no evidence of an *actus reas* having been committed. The e-mail contains no suggestion of any evidence that criminal acts had been committed by Moncton Chrysler or the appellant. Even if CCRA had suspicions about Moncton Chrysler given its affiliations, those suspicions did not, according to the trial judge, move the audit into the realm of an investigation. It is trite law that suspicion is an insufficient basis upon which to lay charges or obtain a search warrant.

[15] None of these seven tests stands alone. None of them is to be given more or less weight than any other. Courts are required to assess the totality of the circumstances and make a determination as to whether the inquiry or question at issue "engages the adversarial relationship between the state and the individual": *Jarvis*, at para. 93. See also *R v. Chapelstone Developments Inc. et al* (2004), 277 N.B.R. (2d) 350 (C.A.), [2004] N.B.J. No. 450 (QL), 2004 NBCA 96 wherein Robertson J.A. opined that the adversarial relationship crystallizes once the predominant purpose of the enquiry is the determination of penal liability.

[16] In my view the trial judge applied the appropriate test and made the appropriate analysis in reaching his conclusion that the adversarial relationship had not crystallized during the audit function. Furthermore, his conclusions of fact must remain undisturbed unless tainted by palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, [2002] S.C.J. No. 31 (Q.L.), 2002 SCC 33.

B. *Rebuttal Evidence*

[17] The appellant testified in his own defence. During his testimony he said that a Montreal company, TK Auto Ltd. (TK Auto), was a client of Moncton Chrysler. He deposed that the President of TK Auto, Mr. Terry Karakatsanis had given him (the appellant) the authority to sign bills of sale on behalf of TK Auto. This issue of sales by Moncton Chrysler to TK Auto was relevant to the appellant's position that taxes had been paid. When pressed during cross examination about this rather unusual business practice whereby the President of the vendor would sign bills of sale on behalf of the purchaser, the appellant produced a letter allegedly signed by Mr. Karakatsanis granting him that authority. The Crown had no knowledge of the letter until it was produced by the appellant. When the Crown sought to call Mr. Karakatsanis to prove he had not signed the letter and to elicit other testimony from him in response to the appellant's testimony about the relationship with TK Auto, the appellant objected, arguing the Crown was engaged in case splitting.

[18] The trial judge allowed the Crown's motion in part [see *Lempen III*]. He decided not to permit the bulk of Mr. Karakatsanis' evidence because it would constitute case splitting. However, since the appellant had "converted a matter of marginal relevance into an issue very important to his defence", at para. 10, the trial judge ruled the jury should hear from Mr. Karakatsanis.

[19] In *R. v. Lawes (P.A.)* (1996), 187 A.R. 321 (C.A.), [1996] A.J. No. 891 (QL), aff'd [1997] 3 S.C.R. 694, [1997] S.C.J. No. 88 (QL), the Supreme Court of Canada, while not fully endorsing the decision, stated that it was in "substantial

agreement” with the decision of the Alberta Court of Appeal, where Foisy J.A. wrote at paragraph 4:

Since the point was not raised until the accused testified, it was proper for the trial judge to allow rebuttal evidence to be called once the matter assumed more important proportions. The trial judge has some discretion to admit rebuttal evidence where the evidence in question may have been of some relevance to the central issues of the case, however acquired a great deal more importance after the defence evidence had been heard. In such a case the rule may permit rebuttal evidence. It should also be pointed out that this was a trial by judge alone, and that in the absence of a jury the trier of fact could be relied upon to give the evidence its proper weight.

[20] In *R. v. G.(S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716, [1997] S.C.J. No. 70 (QL), the Court dealt with the question of applications to adduce rebuttal evidence and/or reopen a case. At paragraph 30, Cory J. cautioned that “[t]he ambit of a trial judge's discretion to allow the Crown to reopen its case becomes narrower as the trial proceeds because of the increasing likelihood of prejudice to the accused's defence as the trial progresses”. However, at paragraph 39, he explains that “[r]ebuttal evidence is properly admissible where the matter addressed arises out of the defence's case, where it is not collateral, and generally, where the Crown could not have foreseen its development: *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466, at p. 474; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482, at pp. 497-98”.

[21] In the present case I am of the view all of the components of the three-part test enunciated by Cory J. were met. The issue of the letter arose from the defence's case, it was not collateral and the Crown could not have foreseen the production of the letter. I cannot conclude the trial judge erred in the exercise of his discretion to permit rebuttal evidence. I see no merit to the second ground of appeal.

C. *Refusal to admit letter from Mr. Levi*

[22] Michael Levi was a car dealer from the Elsipogtog First Nation who, over a period of several years, had purchased a number of vehicles from Moncton Chrysler. The Crown called Mr. Levi as a witness. While cross-examining Mr. Levi, counsel for the appellant produced two letters, both of which allegedly bore the signature of Mr. Levi. Mr. Levi acknowledged his signature on the first letter. The trial judge concluded the letter was properly proven and admitted it into evidence. With respect to the second letter, the following exchange occurred between Mr. Levi and counsel for the appellant:

Q. Mr. Levi, again, I want you to look at this document marked 'B' for identification, this one here I want you to look at it and I want you [to] determine if it's your signature on it and if you prepared the contents of it. Read it carefully, don't disclose what in it, just read it.

A. I don't recall that letter at all.

Q. Is that your signature?

A. It looks like my signature.

Q. Do you recall receiving a letter from a law firm, Fowler and Fowler in response to this letter?

A. No.

Q. You don't recall?

A. No.

Q. You say it looks like your signature?

A. Yes.

Q. You just don't recall the contents of the letter?

A. I don't recall it at all.

Q. Is it possible you wrote the letter and don't recall?

A. It's possible. I know I wrote a letter but I don't recall that one at all.

Mr. Maxwell: The defence is going to move that it be entered as an exhibit subject to cross examination by my learned friends.

Mr. Welsford: Well, just – I think I can leave it with the Court, he said he doesn't recall the letter, he is not sure of his signature, but I will leave it with the Court.

The Court: It's not going in.

[23] In order for a document to be admitted into evidence it must be authenticated and it must be relevant. In the present case, it is apparent, upon a reading of the file that the trial judge had not reached the issue of relevancy. He concluded the letter had not been adequately authenticated. Authentication is to a document what competency is to a witness. Without authentication of a document or competency of a witness, as the case may be, evidence may not be put before a decision maker.

[24] The law regarding the authentication of documents is succinctly stated by authors David M. Paciocco and Lee Stuesser in *The Law of Evidence*, 4th ed. (Toronto: Irwin Law, 2005) at 419:

Documents may be authenticated in a variety of ways: calling the writer, calling a witness who saw the document signed, calling a witness who is familiar with the writer's handwriting, by comparison of the writing in dispute with a writing proved to the satisfaction of the court to be genuine, by calling of experts, or through an admission by the opposing party. Circumstantial evidence may also point to the genuineness of the document. For example, letters received in reply to an earlier correspondence are accepted as being made by the sender.

[25] Once all underlying factual issues have been resolved, decisions about the admissibility of evidence become questions of law and are reviewable based upon error: *R. v. Shalala* (2000), 224 N.B.R. (2d) 118, para. 45; *R v. Rasmussen* (1934), 62 C.C.C.

217 (N.B.S.C.)(A.D.). However, factual conclusions made by a trial judge are owed considerable deference (see *Housen*). In the present case it is apparent the trial judge was not satisfied with the proof of the signature given the totality of the evidence. The witness's statement that the signature 'looks' like his signature is equivocal when considered in conjunction with the fact that he did not recall receiving a letter in response and the three assertions that he did not recall the letter 'at all'.

[26] Faced with an equivocal response regarding the identity of the signature and authentication in general, it was open to counsel for the appellant to authenticate the letter by other means, including but not limited to, inviting comparisons with the signature on the previously admitted letter or other 'control' documents, evidence of the letter to which the author was allegedly responding, and other circumstantial evidence surrounding the alleged execution of the letter. Absent a signature or satisfactory proof of a signature there is no rule of evidence that precludes a document, including a letter, from being proven in some other way: Sopinka, Lederman, Bryant *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1999) at para. 18.45, p. 1024. No additional steps were taken by counsel for the appellant to authenticate the document following the first refusal by the trial judge to admit it into evidence.

[27] In the circumstances, I am of the view the trial judge did not err in refusing to admit the letter based upon the evidence then before him.

D. *Reasonable Apprehension of Bias*

[28] The appellant raises an allegation of apprehension of bias or actual bias in relation to juror #2 based upon his apparent connection to an employee of Moncton Chrysler and one of the Crown witnesses. However, he offers no evidence in support of the allegation. Furthermore, he fails to demonstrate any challenge, for cause or otherwise, during jury selection, to juror #2's participation on the jury. The trial judge canvassed the jury pool to determine whether any of the prospective jurors were 'related or closely connected' to the appellant or Moncton Chrysler or any other parties, including the

CCRA. Furthermore, the trial judge requested the Crown, during jury selection, to read the names of prospective Crown witnesses. Potential jurors were requested to advise the Court if they had a 'previous association or personal relationship' with any of those witnesses. There is no evidence juror #2 made any such declaration. Juror #2 swore an oath that he would try the appellant solely on the evidence heard at trial.

[29] A juror is presumed to respect his oath until there is proof to the contrary: *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, [1988] 1 S.C.J. No. 47 (QL); *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, [1998] S.C.J. No. 49 (QL). In the present case there is no proof juror #2 failed to respect his oath, nor is there any evidence of bias or reasonable apprehension of bias. There is no merit to this ground of appeal.

IV. Conclusion

[30] In conclusion, I am of the view the trial judge properly applied the law as it relates to the application of the *Charter*, the admissibility of rebuttal evidence and the authentication of the document in question. Furthermore, there is no basis upon which it can be said that Juror #2 failed to respect his duties as a juror or that there was actual bias or a reasonable apprehension of bias as a result of his participation on the jury. I would therefore dismiss the appeal.

LE JUGE BELL

I. Introduction

[1] En mai 1998, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) menait une enquête sur des activités alléguées de « vente-rachat rapide d'automobiles » de quatre compagnies dont le siège social est situé à Montréal. La vente-rachat rapide d'automobiles est une expression employée pour décrire un stratagème selon lequel des véhicules changent souvent de mains en peu de temps de telle sorte que les non-déclarants perçoivent les taxes conformément à la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (la *Loi*), taxes qu'ils omettent illégalement de remettre. Au cours de son enquête, l'ADRC a découvert que des véhicules qui avaient servi à une « vente-rachat rapide » avaient été vendus à Moncton Chrysler Dodge (1990) Ltd. (Moncton Chrysler). Durant toute la période pertinente, l'appelant était président de Moncton Chrysler.

[2] Le 8 mai 1998, l'ADRC ne disposait d'aucun élément de preuve qui démontrait que Moncton Chrysler avait enfreint la *Loi*. La compagnie a retenu l'attention de l'ADRC parce qu'elle avait acheté des véhicules d'une des entités associées à la vente-rachat rapide d'automobiles. Le fait qu'elle avait acheté des véhicules était en soi un événement insignifiant. Elle aurait fort bien pu avoir payé toutes les taxes exigibles. Dans une note de service datée du 8 mai 1998, un superviseur à l'ADRC a demandé à un des vérificateurs en poste dans la région de Moncton d'entamer une vérification dans le cas de Moncton Chrysler. Cette note de service signalait au vérificateur que Moncton Chrysler avait acheté 21 véhicules à Location d'Auto Unitel Inc., une des compagnies dont le siège social était situé à Montréal, au prix total de 937 050 \$, TVH de 140 557 \$ en sus. La note contenait également l'observation suivante :

[TRADUCTION]

Il ressort de nos discussions avec les Enquêtes spéciales et avec l'Évitement fiscal qu'il nous faudrait être en mesure

de prouver que Moncton Chrysler avait conscience de sa participation au stratagème pour que des mesures puissent être prises contre elle.

[3] La vérification a commencé en juin 1998. Les vérificateurs ont été sur place pendant une semaine et ont ensuite été affectés à une vérification différente, à un autre endroit. En novembre 1998, les vérificateurs sont retournés à Moncton Chrysler. Lors de cette deuxième et dernière visite, ils y sont restés pendant environ trois semaines. Le 17 février 2000, près de 20 mois après le début de la vérification, les vérificateurs ont transféré le dossier à la section des enquêtes.

[4] À la suite de l'enquête, 30 chefs d'accusation ont été portés contre l'appelant pour des infractions à la *Loi* et il a été déclaré coupable sur chacun de ces chefs. Au cours du procès, le juge a tenu deux voir-dire. Le premier portait sur une demande d'exclusion de certains éléments de preuve, demande fondée sur de prétendues atteintes aux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés, Loi de 1982 sur le Canada*, ch. 11 (R.-U.), partie 1, demande présentée par la défense : *R. c. Lempen (J.A.)* (2006), 302 R.N.-B. (2^e) 138, [2006] A.N.-B. n^o 197 (QL), 2006 NBBR 131 (*Lempen I*). Le second concernait une demande de production d'une contre-preuve formulée par le ministère public : *R. c. Lempen (J.A.)* (2006), 298 R.N.-B. 343, [2006] A.N.-B. n^o 198 (Q.L.), 2006 NBBR 170 (*Lempen II*). Dans l'affaire *Lempen I*, l'appelant a prétendu qu'il faisait l'objet d'une enquête criminelle sous le couvert d'une vérification. Selon lui, ses droits garantis par la *Charte*, que la vérification (qui, en fait, était une enquête criminelle) faisait entrer en jeu, n'ont pas été respectés et, partant, tous les éléments de preuve obtenus dans le cadre de la vérification devraient être exclus. Le juge du procès a conclu que la vérification n'était pas une enquête et que les droits garantis à l'appelant par la *Charte* n'entraient pas en ligne de compte. Il a donc admis la preuve. Dans l'affaire *Lempen II*, le juge du procès s'est penché sur la question de savoir s'il était approprié de permettre au ministère public de produire une contre-preuve après l'admission d'éléments de preuve durant le témoignage de l'appelant, éléments de preuve dont le ministère public n'avait aucune connaissance antérieure. Le juge du procès a

permis la présentation d'une contre-preuve limitée, malgré l'objection de l'appelant selon laquelle le ministère public tentait de fractionner la preuve.

II. Questions à trancher en appel

- [5] En plus des moyens d'appels découlant des décisions rendues dans les affaires *Lempen I* et *Lempen II*, l'appelant prétend que le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en refusant d'admettre en preuve une lettre qui aurait été signée par Michael Levi, un client de Moncton Chrysler, et qu'en outre, le jury a fait preuve de partialité, compte tenu de la participation du juré n° 2, ou, encore, la participation de ce juré soulevait une crainte raisonnable de partialité.

III. Analyse

A. *Enquête par opposition à vérification*

- [6] Le juge du procès devait déterminer si l'exercice de bonne foi des pouvoirs de vérification s'était transformé en une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'article 8 de la *Charte*. La question est une question mixte de droit et de fait. Le juge du procès a appliqué la jurisprudence établie dans l'arrêt *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, [2002] A.C.S. n° 76 (QL), 2002 CSC 73, pour déterminer à quel moment une vérification devient une enquête. Au paragraphe 63 de l'arrêt *Jarvis*, les juges Iacobucci et Major se disent d'avis que l'étendue d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* varie selon les circonstances (voir également *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, [1989] A.C.S. n° 124 (QL)). Au paragraphe 98, les juges ont défini comme suit le seuil à partir duquel l'application de la *Charte* s'impose : « [D]ès qu'un examen ou une question a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut utiliser les techniques d'enquête criminelle. À titre corollaire, toutes les garanties prévues par la *Charte*, pertinentes dans le contexte criminel, s'appliquent obligatoirement. »

[7] L'arrêt *Jarvis* énonce sept facteurs dont un juge du procès doit tenir compte pour déterminer si les fonctionnaires gouvernementaux ont franchi la limite entre la vérification et l'enquête criminelle. Le juge du procès a tenu compte de tous ces facteurs dans ses motifs énoncés dans l'affaire *Lempen 1* :

- (1) Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations? Semble-t-il, au vu du dossier, que l'on aurait pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle?

[8] Le juge du procès a conclu que, tant que les vérificateurs de l'ADRC n'avaient pas terminé leur consultation de tiers, ils ne disposaient pas d'une preuve suffisante pour porter des accusations ni pour procéder à une enquête criminelle.

- (2) L'ensemble de la conduite des autorités donnait-elle à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle?

[9] Le juge du procès a conclu que la conduite des vérificateurs ne donnait pas à croire qu'il s'agissait d'une enquête criminelle. Il a fait remarquer qu'ils ne se sont présentés au lieu d'affaires du contribuable qu'à seulement deux ou trois reprises entre le 8 mai 1998 et le 17 février 2000, date à laquelle ils ont envoyé le dossier pour enquête. L'appelant ne conteste pas le nombre de visites ni la date à laquelle les vérificateurs ont envoyé le dossier pour enquête.

- (3) Le vérificateur avait-il transféré son dossier et ses documents aux enquêteurs?

[10] Le vérificateur a transféré son dossier et ses documents à l'enquêteur le 17 février 2000, environ 20 mois après le début de la vérification. Les vérificateurs n'ont obtenu aucun document après cette date et aucun examen des tierces parties n'a été effectué après le transfert. Encore une fois, l'appelant ne conteste pas ces faits.

- (4) La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu'il agissait en fait comme un mandataire des enquêteurs?

[11] Comme l'énonce le paragraphe (3) ci-dessus, le juge du procès a conclu qu'aucun élément de preuve n'indiquait que les vérificateurs avaient communiqué avec les enquêteurs avant le 17 février 2000 ni que les enquêteurs avaient tenté d'agir sur la vérification. Une fois de plus, l'appelant de conteste pas ces faits.

- (5) Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire pour recueillir des éléments de preuve?

[12] Le juge du procès a conclu que, pour les motifs énoncés aux questions (3) et (4) ci-dessus, la réponse était manifestement négative.

- (6) La preuve recherchée est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou, au contraire, uniquement quant à sa responsabilité pénale, comme dans le cas de la preuve de la *mens rea*?

[13] On ne peut pas dire que les éléments de preuve contestés n'étaient pertinents que pour déterminer la responsabilité pénale de l'appelant. L'ADRC portait un intérêt général à l'obligation fiscale des concessionnaires d'automobiles. À la page 11 de son jugement, le juge du procès a conclu que la vérification avait [TRADUCTION] « pour seul but de confirmer que la compagnie déclarait et payait la taxe régulièrement ».

- (7) Existe-t-il d'autres circonstances ou facteurs susceptibles d'amener le juge de première instance à conclure que la vérification de la conformité à la loi était en réalité devenue une enquête criminelle?

[14] Le courriel du 8 mai 1998 qui a ouvert la vérification pourrait être interprété comme laissant entendre que l'ADRC effectuait la vérification dans le but d'établir la *mens rea* de l'appelant. Toutefois, on ne peut pas invoquer la *mens rea* s'il n'y a aucune preuve de perpétration d'un *actus reus*. Rien dans le courriel n'établit que Moncton Chrysler ou l'appelant a commis des actes criminels. Même si l'ADRC avait des soupçons quant à Moncton Chrysler vu ses affiliations, selon le juge du procès, ces

soupons n'ont pas porté la vérification au stade suivant, soit celui de l'enquête. Il est bien établi en droit qu'un soupçon n'est pas un fondement suffisant pour porter des accusations ou obtenir un mandat de perquisition.

[15] Aucun de ces sept facteurs ne s'applique de manière isolée. Aucun de ces facteurs ne doit avoir plus ou moins de poids qu'un autre. Les tribunaux doivent évaluer l'ensemble des circonstances et décider si l'examen ou la question en cause « crée une relation de nature contradictoire entre l'État et le particulier » : *Jarvis*, par. 93. Voir également l'arrêt *R c. Chapelstone Developments Inc. et al.* (2004), 277 R.N.-B. (2^e) 350 (C.A.), [2004] A.N.-B. n° 450 (QL), 2004 NBCA 96, où le juge d'appel Robertson s'est dit d'avis que la relation de nature contradictoire se cristallise une fois que l'examen a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale.

[16] À mon avis, le juge du procès a appliqué le bon critère et a effectué l'analyse appropriée en tirant la conclusion selon laquelle la relation de nature contradictoire ne s'était pas cristallisée durant la vérification. De plus, ses conclusions de fait ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ait commis une erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, [2002] A.C.S. n° 31 (Q.L.), 2002 CSC 33.

B. *Contre-preuve*

[17] L'appelant a témoigné pour sa propre défense. Lors de son témoignage, il a indiqué qu'une compagnie dont le siège était situé à Montréal, TK Auto Ltd. (TK Auto), était une cliente de Moncton Chrysler. Il a témoigné que le président de TK Auto, M. Terry Karakatsanis, avait autorisé l'appelant à signer les actes de vente au nom de TK Auto. La question des ventes de Moncton Chrysler à TK Auto avait un rapport avec la position de l'appelant selon laquelle les taxes avaient été payées. Durant son contre-interrogatoire, lorsqu'on l'a pressé sur cette pratique commerciale plutôt inhabituelle où le président du vendeur signe des actes de vente au nom de l'acheteur, l'appelant a produit une lettre qui aurait été signée par M. Karakatsanis, dans laquelle ce dernier lui en

donnait l'autorisation. Le ministère public n'avait aucune connaissance de la lettre jusqu'à ce qu'elle soit produite par l'appelant. Lorsque le ministère public a voulu appeler M. Karakatsanis à témoigner pour prouver qu'il n'avait pas signé la lettre et pour obtenir d'autres déclarations de sa part en réponse au témoignage de l'appelant au sujet de la relation avec TK Auto, l'appelant s'y est opposé, en soutenant que le ministère public tentait de fractionner la preuve.

[18] Le juge du procès a accueilli en partie la motion du ministère public [voir *Lempen II*]. Il a décidé de ne pas admettre l'essentiel du témoignage de M. Karakatsanis car cela constituerait un fractionnement de la preuve. Toutefois, étant donné que l'appelant avait [TRADUCTION] « transformé une affaire d'une pertinence accessoire en une question très importante pour sa défense », au par. 10, le juge du procès a statué que le jury devrait entendre une partie du témoignage de M. Karakatsanis.

[19] Dans l'arrêt *R. c. Lawes (D.A.)* (1996), 187 A.R. 321 (C.A.), [1996] A.J. No. 891 (QL), confirmé à [1997] 3 R.C.S. 694, [1997] A.C.S. n° 88 (QL), bien qu'elle n'ait pas entièrement souscrit à la décision, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'elle était « d'accord pour l'essentiel » avec la décision de la Cour d'appel de l'Alberta, dans laquelle le juge Foisy a écrit ce qui suit au par. 4 :

[TRADUCTION]

[...] Étant donné que la question n'a pas été soulevée avant que l'accusé ne témoigne, c'est à bon droit que le juge du procès a permis la production d'une contre-preuve une fois que la question a pris une plus grande importance. Le juge du procès jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire d'admettre une contre-preuve lorsque la preuve en question, qui déjà pouvait avoir une certaine pertinence pour les questions fondamentales de l'affaire, prend une bien plus grande importance après que la preuve de la défense a été entendue. Dans un tel cas, la règle autorise la présentation d'une contre-preuve. Il importe également de souligner que le procès était présidé par un juge siégeant seul et qu'en l'absence d'un jury, on pouvait compter sur le juge des faits pour accorder le poids approprié à la preuve.

[20] Dans l'arrêt *R. c. G.(S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, [1997] A.C.S. n° 70 (QL), la Cour a examiné la question des demandes de production d'une contre-preuve ou de réouverture de la preuve. Au paragraphe 30, le juge Cory a prévenu que « [l']étendue du pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser le ministère public à rouvrir sa preuve diminue à mesure que le procès avance parce qu'il y a plus de chances pour que la défense soit lésée au fur et à mesure du déroulement du procès ». Cependant, au paragraphe 39, il explique qu'« [u]ne contre-preuve est à juste titre admissible lorsque la question examinée découle de la preuve de la défense, lorsqu'elle n'est pas incidente et, de façon générale, lorsque le ministère public ne pouvait pas prévoir de quelle façon elle évoluerait : *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, à la p. 474; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482, aux pp. 497 et 98 ».

[21] En l'espèce, je suis d'avis que tous les éléments du critère à trois volets énoncé par le juge Cory ont été remplis. La question de la lettre découlait de la preuve de la défense, elle n'était pas incidente et le ministère public ne pouvait pas prévoir la production de la lettre. Je ne peux pas conclure que le juge du procès a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en permettant la production d'une contre-preuve. J'estime que ce deuxième moyen d'appel est sans fondement.

C. *Refus d'admettre la lettre de M. Levi*

[22] Michael Levi était un marchand d'automobiles de la Première nation d'Elsipogtog, qui, au cours d'une période de plusieurs années, avait acheté un certain nombre de véhicules à Moncton Chrysler. Le ministère public a appelé M. Levi à témoigner. En contre-interrogeant M. Levi, l'avocat de l'appelant a produit deux lettres, toutes deux portant, à ce que l'on prétend, la signature de M. Levi. M. Levi a reconnu que la première lettre portait sa signature. Le juge du procès a conclu que l'auteur de la lettre avait été convenablement établi et il l'a admise en preuve. Pour ce qui est de la deuxième lettre, l'échange suivant a eu lieu entre M. Levi et l'avocat de l'appelant :

[TRADUCTION]

Q. M. Levi, une fois de plus, je veux que vous examiniez ce document qui constitue la pièce « B » afin de l'identifier, celui-ci, je veux que vous l'examiniez et je veux que vous déterminiez s'il porte votre signature et si vous en avez rédigé le contenu. Lisez-le attentivement, ne divulguez pas ce qu'il contient, lisez-le seulement.

R. Je ne me souviens pas du tout de cette lettre.

Q. Est-ce votre signature?

R. Cela semble être ma signature.

Q. Vous souvenez-vous avoir reçu une lettre d'un cabinet d'avocats, Fowler and Fowler, en réponse à cette lettre?

R. Non.

Q. Vous ne vous en souvenez-pas?

R. Non.

Q. Vous dites que cela semble être votre signature?

R. Oui.

Q. Vous ne vous rappelez simplement pas du contenu de la lettre?

R. Je ne m'en souviens pas du tout.

Q. Se peut-il que vous ayez écrit la lettre mais que vous ne vous en souveniez pas?

R. C'est possible. Je sais que j'ai écrit une lettre, mais je ne me rappelle pas du tout de celle-là.

M^c Maxwell : La défense demandera qu'elle soit déposée comme pièce, sous réserve d'un contre-interrogatoire par mes distingués confrères.

M^c Welsford : Eh bien, je – je crois que je peux m'en remettre à la Cour, il dit qu'il ne se souvient pas de la lettre, il n'est pas certain de sa signature, mais je vais m'en remettre à la Cour.

La Cour : Elle n'est pas admise en preuve.

[23] Pour qu'un document soit admis en preuve, il doit être authentifié et il doit être pertinent. Dans la présente affaire, à la lecture du dossier, il est clair que le juge du procès ne s'était pas penché sur la question de la pertinence. Il a conclu que la lettre n'avait pas été convenablement authentifiée. L'authentification est à un document ce que l'habilité à témoigner est à un témoin. Sans l'authentification d'un document ou sans l'habilité à témoigner d'un témoin, selon le cas, la preuve peut ne pas être présentée à un décideur.

[24] À la page 419 de leur ouvrage intitulé *The Law of Evidence*, 4^e éd. (Toronto: Irwin Law, 2005), David M. Paciocco et Lee Stuesser ont énoncé brièvement le droit relatif à l'authentification des documents :

[TRADUCTION]

Les documents peuvent être authentifiés de diverses façons : appeler l'auteur à témoigner, appeler un témoin de la signature du document, appeler un témoin qui connaît l'écriture de l'auteur, comparer l'écriture en cause avec un écrit prouvé authentique de façon à convaincre le tribunal, appeler des experts à témoigner ou obtenir un aveu de la part de la partie adverse. La preuve circonstancielle peut également démontrer l'authenticité du document. À titre d'exemple, des lettres reçues en réponse à une lettre antérieure sont acceptées comme ayant été composées par l'expéditeur.

[25] Une fois que toutes les questions de fait sous-jacentes ont été résolues, les décisions concernant l'admissibilité de la preuve deviennent des questions de droit et sont susceptibles de révision sur le fondement d'une erreur : *R. c. Shalala* (2000), 224 R.N.-B. (2^e) 118, par. 45; *Rex c. Rasmussen* (1934), 62 C.C.C. 217 (C.S.N.-B.) (Div. d'appel). Toutefois, il faut faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions d'un juge de première instance (voir l'arrêt *Housen*). En l'espèce, il est évident que le juge du procès n'estimait pas satisfaisante la preuve de la signature vu l'ensemble de la

preuve. La déclaration du témoin selon laquelle la signature [TRADUCTION] « sembl[ait] » être sa signature est équivoque si l'on tient compte du fait qu'il ne se souvenait pas d'avoir reçu une lettre en réponse à sa lettre et qu'il a affirmé à trois reprises qu'il ne se souvenait pas [TRADUCTION] « du tout » de la lettre.

[26] Devant cette réponse équivoque concernant l'identité du signataire de la lettre et l'authentification en général de cette dernière, il était loisible à l'avocat de l'appelant d'authentifier la lettre par d'autres moyens, notamment en comparant la signature de la lettre avec celle de la lettre qui avait antérieurement été admise en preuve ou avec d'autres documents de « contrôle » ou en présentant une preuve de la lettre à laquelle l'auteur aurait répondu et d'autres éléments de preuve circonstanciels relatifs à la prétendue signature de la lettre. En l'absence d'une signature ou d'une preuve convaincante de la signature, aucune règle de preuve n'empêche qu'un document, y compris une lettre, ne soit authentifié d'une autre façon : Sopinka, Lederman, Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1999) au par. 18.45, p. 1024. L'avocat de l'appelant n'a entrepris aucune autre démarche pour authentifier le document suivant le premier refus du juge du procès de l'admettre en preuve.

[27] Dans les circonstances, je suis d'avis que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en refusant d'admettre la lettre vu la preuve dont il disposait alors.

D. *Crainte raisonnable de partialité*

[28] L'appelant a soulevé une crainte de partialité ou une allégation de partialité réelle relativement au juré n^o 2. Ce juré aurait un lien apparent avec une personne employée par Moncton Chrysler et un des témoins du ministère public. Toutefois, il n'a fourni aucun élément de preuve à l'appui de cette allégation. Qui plus est, il a omis de démontrer qu'il y avait eu quelque récusation, motivée ou non, pendant la sélection du jury concernant la participation du juré n^o 2. Le juge du procès a examiné le tableau des jurés pour déterminer si un ou des candidats-jurés avaient [TRADUCTION] « une relation ou un lien étroit » avec l'appelant, Moncton Chrysler ou

toute autre partie, y compris l'ADRC. En outre, lors de la sélection des jurés, le juge du procès a demandé au ministère public de lire le nom des témoins éventuels du ministère public. La Cour a demandé aux jurés éventuels d'informer la Cour s'ils avaient eu [TRADUCTION] « une association ou une relation personnelle antérieure » avec l'un de ces témoins. Aucun élément de preuve n'indique que le juré n° 2 a fait une telle déclaration. Il a affirmé sous serment qu'il jugerait l'appelant uniquement d'après la preuve entendue au procès.

[29] Un juré est réputé respecter son serment jusqu'à preuve du contraire : *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, [1988] A.C.S. n° 47 (QL) ; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, [1998] A.C.S. n° 49 (QL). En l'espèce, aucun élément de preuve ne démontre que le juré n° 2 n'a pas respecté son serment et il n'y a aucune preuve de partialité ou fondement à l'égard d'une crainte raisonnable de partialité. Ce moyen d'appel est sans fondement.

IV. Conclusion

[30] Pour conclure, je suis d'avis que le juge du procès a appliqué judicieusement le droit relatif à l'application de la *Charte*, à l'admissibilité de la contre-preuve et à l'authentification du document en question. En outre, rien ne justifiait d'affirmer que le juré n° 2 a manqué à son devoir de juré ou qu'il a fait preuve de partialité réelle ou donné lieu à une crainte raisonnable de partialité du fait de sa participation comme membre du jury. En conséquence, je rejeterais l'appel.