

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

143-08-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

GEORGE W. MARTIN

GEORGE W. MARTIN

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. Martin, 2010 NBCA 41

R. c. Martin, 2010 NBCA 41

CORAM:

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

CORAM :

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

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
September 3, 2008

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 3 septembre 2008

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
[2008] N.B.J. No. 406

Décision frappée d'appel :
[2008] N.B.J.. No. 406

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appeal heard:
October 22, 2009

Appel entendu :
Le 22 octobre 2009

Judgement rendered:
June 10, 2010

Jugement rendu :
Le 10 juin 2010

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Richard

Motifs de jugement :
L'honorable juge Richard

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

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Luc LaBonté

For the respondent:
Alan D. Gold

THE COURT

The appeal is allowed, the acquittal is set aside and a new trial ordered.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Luc LaBonté

Pour l'intimé :
Alan D. Gold

LA COUR

Accueille l'appel, annule l'acquittement et ordonne la tenue d'un nouveau procès.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

I. Introduction

[1] George W. Martin, a lawyer, was charged with attempting to obstruct justice. The indictment alleged Mr. Martin counselled someone “to dispose of items which could afford evidence with respect to the commission of an offence.” The factual source for the prosecution was an interception and recording of a telephone conversation between Mr. Martin and the wife of one of his clients. Mr. Martin did not challenge the validity of the judicial authorization pursuant to which the telephone communication had been intercepted. However, he maintained at trial that the police had failed to comply with the terms of that Authorization and therefore submitted his right to be secure against unreasonable search or seizure, as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, had been violated. Invoking s. 24(2) of the *Charter*, Mr. Martin asked that the evidence of the interception be excluded. After a *voir dire*, the trial judge found a breach of s. 8 and went on to exclude the evidence: [2008] N.B.J. No. 406 (QL). The Attorney General’s case collapsed and Mr. Martin was acquitted. The Attorney General now appeals the acquittal.

[2] In my view, the appeal should be allowed, the verdict set aside and a new trial ordered. The trial judge based his conclusions on a number of factual inferences for which there was no evidentiary foundation. These improperly drawn inferences vitiated his conclusions regarding the extent of the s. 8 *Charter* violation and whether the evidence ought to be excluded under s. 24(2). Many of the trial judge’s findings were the product of speculation or conjecture, neither of which are proper foundations pursuant to which inferences may be drawn. The undisputed evidence leads to the conclusion that the interception of Mr. Martin’s communication with his client’s wife was properly authorized. Nevertheless, the investigating officer overstepped the bounds of his authority when he listened to a communication that should have been sealed as soon as it was

discovered the conversation involved a lawyer. Thus, in my view, this case turns on proper application of the framework the Supreme Court of Canada recently elaborated in *R. v. Grant*, [2009] 2 S.C.R. 353, [2009] S.C.J. No. 32 (QL), 2009 SCC 32 and its companion cases *R. v. Harrison*, [2009] 2 S.C.R. 494, [2009] S.C.J. No. 34 (QL), 2009 SCC 34 and *R. v. Suberu*, [2009] 2 S.C.R. 460, [2009] S.C.J. No. 33 (QL), 2009 SCC 33. When the improper factual inferences are disregarded and the relevant factors are weighed, I come to the conclusion the intercepted communication should not have been excluded.

II. Background

[3] As part of an investigation into the unlawful sale of tobacco by one Roger “Butch” Wedge, the Royal Canadian Mounted Police obtained from a judge of the Court of Queen’s Bench consecutive authorizations to intercept private communications pursuant to Part VI of the *Criminal Code*. The validity of each of these authorizations has never been contested. Each named only Mr. Wedge as the “known party” and listed his residence as a “known place”. The authorization that was still in force on May 29 and 30, 2005, contained a “basket clause”, which also allowed the RCMP to intercept communications of other individuals, some of whom were specifically named, at certain of the known places, including Mr. Wedge’s residence. The portion of the basket clause that is relevant to the present case allowed the interception of the following communications:

- g) The communications of all persons, including the [known party, Mr. Wedge], and including but not limited to those of:

[several specifically named individuals]

may be intercepted:

- a) at any of the places or premises described in sub paragraphs (d)(i) to d(iv) [that is, Mr. Wedge’s residence, and three specifically identified motor

vehicles] AND (e)(i) [that is, a specified phone number] above; [...]

[4] The authorization also contained a clause to guard against the interception of privileged communications between a solicitor and his or her client. This clause provided as follows:

(p) i) Provided however that no communications may be intercepted at the office or residence of a solicitor, or at any other place ordinarily used by solicitors for the purpose of consultations with clients; and

ii) Provided however that when a monitor or police officer/investigator reasonably believes that a solicitor, or employee of a solicitor is a party to a communication, the monitor or police officer/investigator must cease listening to, but may continue to record, the communication, and may spot monitor the communication at reasonable intervals for the purpose of determining whether the solicitor, or employee of the solicitor, remains a party to the communication. When communications have been intercepted while on automatic monitoring, the monitor or police officer/investigator who subsequently reviews the communication must cease listening to the communication as soon as he/she reasonably believes that a solicitor, or employee of the solicitor, is a party to the communication, and may spot monitor the communication at reasonable intervals for the purpose of determining whether the solicitor, or employee of the solicitor, remains a party to the communication. Any communication with the solicitor, or employee of a solicitor, that is recorded pursuant to this Authorization shall be sealed and no person shall be permitted access thereto except as authorized by this Court; and

iii) Provided however that when a communication has been recorded and sealed pursuant to this Authorization, and investigators later do not reasonably believe that any of the parties to the communication is a solicitor, or employee of a

solicitor, then the investigators may unseal the recording and listen to it without further Order of this Court. In the event that a communication or communications have been recorded and sealed pursuant to this Authorization, and investigators reasonably believe that a communication may not be subject to solicitor-client privilege, then the investigators may submit the sealed communication or communications to this Court for a determination whether any of the communications should be disclosed to the investigators.

[5] On May 29, 2005, the RCMP determined they had sufficient grounds to arrest Mr. Wedge. Officers set up surveillance as Mr. Wedge was returning from a trip by automobile to Québec and they apprehended him in Rogersville, N.B. Upon arrest, Mr. Wedge was transported to the Richibucto Detachment from where, just after midnight, he exercised his s. 10(b) *Charter* right to consult with a lawyer.

[6] Meanwhile, the RCMP continued to monitor telephone communications at the Wedge residence. Janice Rushton, an experienced civilian member of the RCMP, worked overtime that evening to monitor, from her Fredericton location, any such calls. She was aware Mr. Wedge was to be arrested that night. At 12 minutes past midnight on May 30, 2005, a call to the Wedge residence was intercepted. However, Ms. Rushton did not hear the beginning of the conversation. She explained this as follows:

I was sitting at my station. I was working. I'm forgetting if I was finishing another call or what not and then I noticed that his line was active. You don't automatically hear it and so when I saw that I clicked on it and I started listening to the call.

[7] When she started listening, Ms. Rushton heard a conversation between Mr. Wedge's wife and a male person who was unknown to her. This is what she heard:

Male person: Tobacco.

Ms. Wedge: Ah gee.

Male person: Yeah.

Ms. Wedge: Okay, so that's where he is. I was wondering where he was.

Male person: Yeah, he's in Richibucto yeah. Now he he, he did say to me that ah, that there was some ah, something in the house there to worry about.

Ms. Wedge: Yes.

Male person: And he said maybe you should give Romeo a call.

Ms. Wedge: Okay.

Male person: And get Romeo to come maybe to pick it up. But, be awful careful now um, they may be ah, they may be ah, watching.

Ms. Wedge: Watching or something.

Male person: Yeah and maybe what you should be careful what you say on the phone too. If you call Romeo, just tell him maybe to come over.

Ms. Wedge: Okay.

Male person: But ah ...

Ms. Wedge: I'll do that.

Male person: Okay but he, they're probably gonna keep him tonight and you'll talk to him in the morning, but he's okay and he said don't worry and get some sleep.

Ms. Wedge: Yeah yeah. That's for him to say. Yeah, okay.

Male person: Alright.

Ms. Wedge: Okay, bye.

Male person: Bye.

[8] Upon hearing this, Ms. Rushton immediately contacted the lead RCMP investigator, Cst. Robert Légère, who was at the Richibucto Detachment, and she informed him of what she had heard. Ms. Rushton then monitored a call from Ms. Wedge to a person named Romeo, following which she again called Cst. Légère to inform him of what had transpired. At this point, Cst. Légère asked Ms. Rushton to play back both conversations so he could hear them for himself. As Ms. Rushton started to play the intercepted call between Ms. Wedge and the unknown male person, this is what they heard:

Ms. Wedge: Allô.

Male person: Hello. Mrs. Wedge?

Ms. Wedge: Yes.

Male person: How are you?

Ms. Wedge: Fine.

Male person: Good, it's George Martin.

Ms. Wedge: Yes.

Male person: You know me, the lawyer from town?

[9] At this point, Ms. Rushton immediately took the phone away from the speaker and apologized to Cst. Légère, saying that until she heard this part of the conversation she had not realized the unknown male was a lawyer. She believed at that point she was required to comply with clause (p)ii) of the authorization to intercept. However, Cst. Légère stated it was appropriate for her to play back the entire conversation because the lawyer was simply conveying a message from Mr. Wedge to his wife. As a result, Ms. Rushton allowed Cst. Légère to hear the rest of the call, which continued as follows:

[...]

Ms. Wedge: Yes.

Male person: Um, I was just talking to ah Butch and the police picked him up.

Ms. Wedge: Why?

[...]

[10] The rest of the conversation Cst. Légère heard, from that point on, was exactly what Ms. Rushton had heard when she had been live-monitoring the call. The entire telephone call lasted one minute and 24 seconds.

[11] Ms. Rushton then played back the call between Ms. Wedge and Romeo in which Ms. Wedge essentially asks him to come over to dispose of certain items. After her conversation with Cst. Légère, Ms. Rushton logged the second of the two calls in her records. However, she decided to treat the call between Ms. Wedge and Mr. Martin as a privileged call, so she blocked it so that it could not be accessed by anyone except her and her supervisor.

[12] The tape of the intercepted conversation between Ms. Wedge and Mr. Martin remained blocked until a judge of the Court of Queen's Bench issued an "Order to Unseal a Portion of Recorded Conversations" on December 21, 2005. The Order was issued upon the *ex parte* application of an agent for the Attorney General of New Brunswick, specially designated for the purposes of s. 185 of the *Criminal Code*. The stated purpose of the application was to make the tape of the conversation available for the "purposes of a criminal investigation of a possible offence of 'Obstruction of Justice', contrary to Section 139(2) of the Criminal Code of Canada, or such other offence as may be disclosed by the subsequent investigation." The application was made on the grounds that the telephone conversation in question was not protected by solicitor-client privilege "due to the fact that it consists of instructions to commit a criminal offence." In support of his application, the agent for the Attorney General relied on the Affidavit of Constable Joseph Donald Martin, in which a chronology of events is set out. In his Affidavit, Cst. Martin provides information on the movements of Mr. Wedge the day previous to and the day of his arrest. He relates how, following Mr. Wedge's arrest,

the RCMP obtained search warrants authorizing them to search Mr. Wedge's residence as well as some other premises and some vehicles. On the basis of information and belief, Cst. Martin relates that at 00:01 hrs on May 30, 2005, Mr. Wedge was afforded the opportunity to speak to his counsel, George Martin. The call lasted only a few minutes. With respect to what follows, Cst. Martin deposed as follows:

13. I reviewed a log of an intercepted conversation dated May 30th 2005, at 00:12 hrs on telephone line 506-775-6523 (residence of Roger WEDGE), an incoming call from telephone number 506-773-6702 (subscriber George W. MARTIN), between Yolande WEDGE and George MARTIN in which this call has been blocked.

14. I was informed by Janice RUSHTON a civil employee of the RCMP Special "I" Section in Fredericton working in the monitoring room (hereinafter referred to as Monitor RUSHTON) that on May 30th 2005 at 00:12 she observed that Roger WEDGE telephone was activated. The call was already in progress when she started listening to the conversation. After listening to the conversation, she contacted Constable LEGER and advised him of the contents of the conversation. At 00:14 hrs, she listened to a outgoing conversation from the same telephone line. At the end of this call she notified Constable LEGER of the contents of this call as well. Constable LEGER asked Monitor RUSHTON to replay the two conversations over the telephone. When replaying the first call, Monitor RUSHTON became aware that it was a Lawyer calling Roger WEDGE's residence. Monitor RUSHTON stopped playing the call and advised Constable LEGER that she had not known the person was a lawyer when she advised him of the call. Constable LEGER advised Monitor RUSHTON that he would listen to the call as the caller was giving a message from Roger. Monitor RUSHTON played the rest of the call for Constable LEGER as she had already given him all the details when she had first called him. The second call was played to Constable LEGER. The first call was blocked as per normal procedures for calls implicating legal counsel.

15. I was informed by Constable LEGER that on 2005-05-30, he received a call from Janice (monitor) who informed him that Yolande WEDGE had just received a call from an unknown male who was telling her to call

Romeo and to get rid of some stuff that Roger had in the house. That this person had told Yolande to be careful as they might be watching and not to talk too much on the telephone. Janice then informed him that Yolande had contacted Romeo and asked him to come over to get some stuff and to be careful as he might be watched. Constable LEGER asked Janice (monitor) to play the conversation on the phone for him. When Janice started the conversation from the beginning she noticed that the male individual talking to Yolande was a lawyer and she informed him that she should block the call. Constable LEGER then asked her to play the call as he believed that we had the right to listen to same as Yolande was not accused of anything at the time and that the lawyer privilege would not apply in this situation. What Constable LEGER remembers from this conversation is that the male individual is telling Yolande that Roger has been arrested for tobacco and that he's OK but that there is some stuff in the house that she should take care of. That she should contact Romeo and have him go over there and he would take care of this. Yolande is also told to be careful as they might be watching and not to say too much on the phone.

[13] The Affidavit continues with Cst. Martin relating that he reviewed a transcript of the conversation Yolande Wedge had with a Romeo at 00:14 hrs on May 30, 2005, in which she tells him she has a message for him and says there may be something at the house he has to pick up. She informs Romeo that she believes an arrest has been made and tells him to be careful.

[14] In his Affidavit, Cst. Martin explains that as a result of the two interceptions, officers were dispatched to the Wedge residence, where they arrested Ms. Wedge and a Romeo Martin. When the house was searched, residue of tobacco was noticed on the toilet seat and small quantities of various types of tobacco were found in the bathroom.

[15] In the Order he issued on December 21, 2005, the judge "unsealed" the intercepted communication between Ms. Wedge and Mr. Martin, and released it to a

police officer “for the purposes of conducting a criminal investigation into the conduct of the participants to the said conversation.”

[16] George W. Martin was subsequently charged with the offence set out in s. 139(2) of the *Criminal Code*. The indictment on which he was to be tried by a court composed of a judge and jury alleged he had attempted “to obstruct, pervert or defeat the course of justice” by having counselled “Yolande Wedge to dispose of items which could afford evidence with respect to the commission of an offence”.

[17] Before a jury was empanelled, his lawyers applied to have the evidence of the intercepted conversation between Mr. Martin and Ms. Wedge excluded on the grounds that Mr. Martin’s s. 8 *Charter* right to be secure against unreasonable search or seizure had been violated and that, as a result, the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

[18] A *voir dire* was held in June 2008 to determine the admissibility of the intercepted communication. Relying on *R. v. Le (V.)* (1996), 181 A.R. 107 (C.A.), [1996] A.J. No. 143 (QL), Mr. Martin submitted there was no authority to intercept his communication with Ms. Wedge because he did not fall within the ambit of the basket clause contained in the Authorization since he was not present at the Wedge residence when he initiated the call. He also argued the interception was not valid because Ms. Wedge was a known person and unless she was specifically named in the Authorization, her conversations should also not have been intercepted. Thus, Mr. Martin argued that Ms. Rushton had no authority to listen to the call in the first place.

[19] In addition, Mr. Martin maintained the surreptitious electronic interception of his conversation with Ms. Wedge constituted an unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*. According to Mr. Martin, he had a reasonable expectation of privacy in the telephone conversation he had with Ms. Wedge. He argued the interception of his communication was done without prior judicial authorization because the conditions set out in clause (p) were violated when Cst. Légère listened to his conversation with

Ms. Wedge. He submitted that, by listening to the conversation, Cst. Légère was conducting something akin to a warrantless search and that the onus therefore fell to the Crown to show that the search was reasonable. Mr. Martin invoked *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, [1987] S.C.J. No. 15 (QL), where Lamer J. (as he then was) set out the conditions for a finding of reasonableness in the context of a warrantless search. Such a search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner of conducting the search is reasonable. Mr. Martin submitted that in the present case the search was not authorized by law because clause (p)ii) did not authorize Cst. Légère to listen to a conversation involving a lawyer.

[20] Mr. Martin argued that relying on the Order to Unseal a Portion of Recorded Conversations to somehow justify the search would amount to an *ex post facto* justification of the search, which the Supreme Court specifically rejected in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, [1984] S.C.J. No. 36 (QL). Furthermore, he submitted that the Authorization contained two preconditions for the granting of such an order: (1) that the private communication had been sealed pursuant to the Authorization, and (2) that the sealed private communication be submitted to the Court for the determination of whether it should be disclosed to the investigators. In this case, he argued, the communication was not sealed pursuant to the Authorization because Cst. Légère chose to listen to it in its entirety even after he knew Ms. Wedge was speaking to a lawyer. He also argued that neither the sealed communication nor a transcript thereof was submitted to the Court on the application to unseal the communication.

[21] In the end, Mr. Martin submitted the intercepted communication should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* because its admission into evidence would bring the administration of justice into disrepute. He conceded the communication did not constitute conscriptive evidence and that trial fairness was not engaged, but argued that the violation was serious and that there was a high expectation of privacy in the circumstances.

[22] Counsel for the Attorney General replied to these arguments in a submission that can be summarized as follows:

- 1) The basket clause is sufficiently broad to include Ms. Wedge and Mr. Martin because it allowed the interception of communications of all persons from the telephone at the Wedge residence and because Ms. Wedge did not need to be named as a known person since there were no reasonable grounds to believe communications emanating from her might assist in the tobacco investigation;
- 2) The fact that Cst. Légère listened to the intercepted communication constitutes neither a search nor a seizure because both the search and the seizure were already completed by this point. It is the interception and recording of the conversation that constitutes the search and seizure, not the subsequent listening to what had already been recorded;
- 3) The circumstances of this case are “particular” because the uncontested facts establish that Ms. Rushton, the monitor, heard the evidence of the alleged obstruction of justice before learning the conversation involved a lawyer;
- 4) The conversation between Mr. Martin and Ms. Wedge was clearly not a privileged communication;
- 5) Any expectation of privacy Mr. Martin may have had in his communication with Ms. Wedge would not be significant since he, himself, acknowledged that telephone conversations from the Wedge residence might be intercepted;

- 6) There is no causal or temporal link to Cst. Légère's alleged violation of Mr. Martin's s. 8 *Charter* rights and the interception of the communication, since the interception had already taken place by the time Cst. Légère listened to the recording. Thus, no evidence was obtained in a manner that infringed or denied a *Charter* right; and,
- 7) Even if there was a violation of s. 8 of the *Charter*, the circumstances support admission and not exclusion of the evidence.

[23] In a decision rendered September 3, 2008, the trial judge ruled in favour of excluding the intercepted communication from the evidence at trial. In the aftermath of this decision, Mr. Martin re-elected to be tried by judge alone and pled not guilty. The prosecution did not adduce any evidence and Mr. Martin was acquitted.

[24] In reaching his decision, the trial judge ruled the communications from Mr. Martin did "not come within the basket clause because his communication was not 'intercepted at [##] rue Moïse [the Wedge residence]' as required by clause (g) paragraph (a) of the authorization" (para. 103). The judge relied on *Le* to hold that "unless Mr. George Martin would have been at [##] rue Moïse, his call was not to be intercepted" (para. 104). Furthermore, the judge held that communications by Ms. Wedge were not covered by the authorization. He ostensibly reached this conclusion because Ms. Wedge was not named as a known party in the authorization.

[25] Alternatively, the trial judge ruled that even if Ms. Wedge and Mr. Martin fell within the ambit of the basket clause, the investigators nevertheless had to strictly adhere to the provisions of clause (p) of the authorization. He explained that as soon as the authorities realized a solicitor was involved they had to stop listening. It was then up to a judge, not a police investigator, to determine whether the communication was privileged.

[26] Thus, the trial judge concluded the interception of the communication between Ms. Wedge and Mr. Martin “was not done pursuant to the judicial Authorization” (para. 134). He then looked at the conditions that would nevertheless justify a finding of reasonableness for the search and seizure and concluded that these could not be met in the circumstances because the search was not authorized by law.

[27] In addition, the trial judge agreed with Mr. Martin’s contention that the communication in question had not been sealed “pursuant to the authorization” because it was intercepted “contrary to [its] terms” (para. 142). He reasoned that Ms. Rushton, the monitor, violated the judicial authorization because she “should have realized it was a solicitor that was on the phone with [Ms.] Wedge” (para. 143). That conclusion is based on the judge’s earlier inference that “[i]t had to be reasonably contemplated by the ‘Take down team’ that once arrested, Roger Wedge would only be allowed to speak to a solicitor and that it was only natural to expect that Roger Wedge would want his wife to know of his whereabouts” (para. 22). According to the trial judge, “the content of this communication, even considering the missed part where the speaker was expressly identifying himself as a lawyer, could simply not be communicated from a person other than a solicitor, or at the very least, this content was of a kind where any person in the situation of Ms. Janice Rushton would have reasonably believed that it was a solicitor speaking to [Ms.] Wedge” (para. 149). In the judge’s opinion, the unsealing order should not have been issued because the conversation had not been sealed in accordance with the Authorization.

[28] With respect to the involvement of Cst. Légère, the trial judge held he too should have known from the outset the conversation Ms. Rushton was relating to him was one that involved a solicitor. Cst. Légère is also criticized for having compelled Ms. Rushton to play the balance of the conversation for him even after hearing Mr. Martin identify himself as a lawyer. The judge considered Cst. Légère’s actions in this regard as usurping the function of the court.

[29] In sum, the trial judge found that both the monitor, Ms. Rushton, and the lead investigator, Cst. Légère, violated Mr. Martin's s. 8 *Charter* right because they should have known from the outset the conversation involved a lawyer. According to the judge, only a lawyer could have made such a call to Ms. Wedge, and the RCMP officials should have realized this because they knew Mr. Wedge was in custody and they should have expected he would exercise his right to counsel.

[30] Having found a s. 8 *Charter* violation, the trial judge recognized the need to undertake the analysis required by s. 24(2) of the *Charter*. He acknowledged the factors set out in *Collins*. The judge agreed with both counsel that the admission of the evidence would not impact trial fairness. He therefore turned to the other factors. With respect to the seriousness of the violation, the judge imputes to Cst. Légère the intent to have everyone in the Wedge household arrested that evening as soon as it became known that Mr. Wedge had been arrested. The judge explained this in these terms:

This Court specifies that the evidence of Constable Tremblay's notes indicating that he was called at 15 minutes past midnight to take his team to secure the Wedge residence, arrest those present, and hold the residence until the search warrant arrived and that Constable Tremblay arrived at the Wedge residence at 24 minutes is a clear indication to this court that, as it was to be expected and as the common sense would have commanded to Constable Légère, as soon as 'The cat was out of the bag' this house had to be secured.

In fact, and these are this Court's conclusions and inferences, the fact that Roger Wedge was done with his solicitor consultation at 10 minutes past 12 and that it took 1 1/2 to 2 minutes for Corporal Craig to return Roger Wedge to his cell and return to the command room with Constable Légère, drives [jives] with the conclusion that as soon as Roger Wedge had hung up the phone with his solicitor and therefore well before Constable Légère had even heard about Mrs. Rushton having intercepted a call, Const. Légère had already decided that this house had to be secured.

The above conclusions of this court are reinforced by the whole context that had to make it clear to Constable Légère, that as soon as he would be arrested and at the latest when he would know that he would not be coming home that night (being held in custody for investigative purposes), Mr. Roger Wedge would have wanted his wife to be informed of his whereabouts.

This message to his wife would have to be done or made by the only person Roger Wedge would be allowed to speak to. That is a solicitor. Constable Légère had to know that from the time Roger Wedge was done with his solicitor, whatever would be told by that solicitor to Mrs. Wedge, aside from the fact of her husband's arrest, and what would be Mrs. Wedge's reaction are things that had all been anticipated by Constable Légère and his 'take down' team the first minute the 'takedown' operation was launched on May 28th, 2005.

This Court finds ample support for the above conclusions in the evidence, among which the fact that the 'takedown' team was well intended to obtain search warrants as soon as Roger Wedge would be arrested.

This court therefore agrees with the Defence assertion, that Constable Légère's grounds, for arresting Yolande Wedge, and anyone present in the Wedge residence, were the same before knowingly listening to the conversation involving solicitor Martin but this Court adds that it was clearly the intention of this takedown process to have officers secure the house as soon as "the cat would be out" (first chance given to Roger Wedge to speak to a solicitor) which is what was done at 15 past midnight. [paras. 204-209]

[31] The judge then observed that the prohibition in clause (p)ii) of the Authorization was very clear. He concluded that by listening to the intercepted conversation even after Ms. Rushton warned him the interception should be sealed, Cst. Légère usurped the judicial function and committed a “most serious violation”. The judge dismissed the prosecutor’s argument regarding Mr. Martin’s diminished expectation of privacy on the basis he suspected the conversation might be intercepted. On this point, the judge reasoned Mr. Martin would have been aware that as long as he

identified himself as a lawyer at the beginning of the conversation, he had “nothing to worry [about, since his] conversation could not be listened to” (para. 216).

[32] In the end, the trial judge acknowledged that his ruling contradicts even Mr. Martin’s position regarding the factual circumstances of this case. Mr. Martin had focused throughout on the conduct of Cst. Légère in this matter and had never seriously challenged the actions of Ms. Rushton. Nevertheless, the trial judge found that both the monitor and the lead investigator violated Mr. Martin’s s. 8 *Charter* rights and that this violation led to the gathering of the impugned evidence. He concluded that any judge subsequently ruling on an application to unseal the conversation would not have issued an unsealing order if he or she had known all the circumstances. The judge also indicated he would have also excluded the evidence on the sole basis of the violation he found Cst. Légère to have committed because, according to him, the temporal link between the gathering of the evidence and the *Charter* violation was sufficient to engage s. 24(2).

III. Issues on Appeal

[33] The Attorney General for New Brunswick appeals Mr. Martin’s acquittal. The issues argued at the hearing of the appeal can be summarized as follows:

- 1) whether the trial judge made palpable and overriding errors in his findings of fact;
- 2) whether the trial judge erred in finding the basket clause did not apply to Mr. Martin;
- 3) whether the trial judge erred in concluding there was a s. 8 *Charter* violation; and,
- 4) whether the evidence should have been excluded under s. 24(2).

IV. Analysis

A. *Limits to the Attorney General's Right of Appeal*

[34] Section 676(1)(a) of the *Criminal Code* gives the Attorney General a right of appeal against an acquittal on any ground that involves a question of law alone. This means that the “Crown has a right of appeal from an acquittal only on a question of law”: *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, [2000] S.C.J. No. 16 (QL), 2000 SCC 15, at para. 30. However, in this case, the Attorney General’s first ground of appeal alleges the trial judge committed palpable and overriding errors in his findings of fact, resulting in findings that were “clearly wrong, unreasonable or unsupported by the evidence thereby committing an error in law.” Mr. Martin submits this is not a ground on which the Attorney General can validly appeal. In general, I agree with Mr. Martin’s submission. Parliament has restricted the Crown’s right of appeal to questions of law alone and, in the case of an acquittal, this generally insulates factual findings from appellate review. However, this rule is not absolute. If factual findings are not grounded in evidence but rather in speculation or conjectural possibility, the question raised then amounts to one of law: *Rousseau v. The Queen*; *R. v. Rousseau*, [1985] 2 S.C.R. 38, [1985] S.C.J. No. 46 (QL); *R. v. Dubois* (1979), 17 A.R. 541, [1979] A.J. No. 848 (C.A.) (QL) (dissenting reasons of McGillivray, C.J.A. aff’d by the Supreme Court at [1980] 2 S.C.R. 21, [1980] S.C.J. No. 38 (QL)); *R. v. Wild* (1970), [1971] S.C.R. 101, [1970] S.C.J. No. 69 (QL); and *R. v. White (G.)* (1994), 130 N.S.R. (2d) 143, [1994] N.S.J. No. 149 (C.A.) (QL). In the latter of these cases, Chipman J.A. explained this rule as follows:

In *R. v. Dubois* (1979), 49 C.C.C. (2d) 501 at 509 (Alta. C.A.), MacGillivray, C.J.A. whose reasons were adopted by the Supreme Court of Canada in *R. v. Dubois*, [1980] 2 S.C.R. 21 said:

“ . . . I am respectfully of the view that the learned trial Judge's observations in the course of argument, taken with his reasons for judgment, establish clearly that he failed to distinguish between a rational conclusion, based on evidence, and a conclusion based on conjecture and unsupported by evidence;

and that this is an error in law, and that he misdirected himself."

At p. 509, MacGillvray, J.A. quoted with approval the following passage from *R. v. McIver* (1965), 1 C.C.C. 210 (Ont. C.A.) affirmed by the Supreme Court of Canada (1966), 2 C.C.C. (289) where McRuer, J. said:

"The rule makes it clear that the case is to be decided on the facts, that is, the facts proved in evidence, and the conclusions alternative to the guilt of the accused must be rational conclusions based on inferences drawn from proven facts. No conclusion can be a rational conclusion that is not founded on evidence. Such a conclusion would be a speculative, imaginative conclusion, not a rational one."

See also *R. v. Paul* (1975), 27 C.C.C. (2d) [1] (S.C.C.); *Wild v. R.* (1971), S.C.R. 101; *R. v. Bagshaw* (1971), 4 C.C.C. (2d) 303 (S.C.C.).

These cases establish that there is a distinction between conjecture and speculation on the one hand and rational conclusions from the whole of the evidence on the other. The failure to observe the distinction involves an error on a question of law. This Court is therefore empowered and obliged to intervene when such error has occurred. [paras. 54-57]

[35] In *R. v. Schuldt*, [1985] 2 S.C.R. 592, [1985] S.C.J. No. 76 (QL), Lamer J. (as he then was), for the Court, agreed with the Court's decision in *Wild* that if the trial judge relies on conjecture he applies "the wrong test to the evidence [and commits] an error of law" (para. 19).

[36] It is not difficult to understand why a finding grounded in conjecture or speculation will amount to an error of law. A significant governing trial principle is that there must be an evidentiary foundation for findings and inferences of fact. If a judge allows conjecture and speculation to become the basis for such findings and inferences, he applies the wrong test and thus commits an error of law. In *Parlee v. McFarlane*

(1999), 210 N.B.R. (2d) 284, [1999] N.B.J. No. 88 (QL), Drapeau J.A. (as he then was) explains this as follows:

In *Eastern Sprinkler Supplies Ltd. v. Woods (R.A.) Construction Ltd. et al.* (1998), 200 N.B.R. (2d) 382, at pp. 393-94, this Court drew the trial judge's attention to the sharp distinction between conjecture and inference. We said:

After referring to the principle that a contractual relationship will not easily be inferred in construction cases, the trial judge proceeded to "infer" and, as a result, found a direct contract between R.A. Woods and Eastern Sprinkler. This inference was drawn on the basis that the "direct contact between R.A. Woods and Eastern Sprinkler was so substantial in March and April".

A correct description of the nature of an inference can be found in *Black's Law Dictionary* (6th Ed.) (St. Paul, Minn.: West Publishing Co, 1990), at p. 778. It defines "inference" as follows:

"In the law of evidence, a truth or proposition drawn from another which is supposed or admitted to be true. A process of reasoning by which a fact or proposition sought to be established is deduced as a logical consequence from other facts, or a state of facts, already proved or admitted. A logical and reasonable conclusion of a fact not presented by direct evidence but which, by process of logic and reason, a trier of fact may conclude [exists] from the established facts. ..."

An inference can only be drawn if it logically follows from the proven facts. The fact that contact between R.A. Woods and Eastern Sprinkler was substantial in March or April of 1992 does not permit the legal inference of a direct contract between them. Such a deduction is simply not reasonable, and accordingly does not have the validity of legal proof. In *Raworth (C.C.) & Sons Ltd. v. Moncton (City)* (1957), 8 D.L.R. (2d) 478 (N.B.C.A.), at 485, McNair, C.J.N.B., referred approvingly to the oft-quoted statement of Lord Macmillan, in his dissenting opinion, in *Jones v. Great Western Railway Co.* (1930), 47 T.L.R. 39 (H.L.), at 45:

"The dividing line between conjecture and inference is often a very difficult one to draw. A conjecture may be plausible but it is of no legal value, for its essence is that it is a mere guess. An inference in the legal sense, on the other hand, is a deduction from the evidence, and if it is a reasonable deduction it may have the validity of legal proof. ..."

The trial judge erred in law in inferring a direct contract from the fact that there had been substantial telephone contact in March and April 1992.

[Underlining part of original text]

Once again, we must underscore the fundamental difference between conjecture and inference. The first is not a reliable fact finding tool for the simple reason that it does not rest upon a compelling evidentiary foundation. As such, it has no place in judicial decision-making. The second is the product of a time-honoured fact-finding process. This process involves the extraction of a logical conclusion from cogent evidence. As such, it is unquestionably a reliable weapon in the judicial fact finding arsenal.

[paras. 42-43]

[37] In my view, this is analogous to the principle recently addressed in *R. v. Noel*, 2010 NBCA 28, where Drapeau C.J.N.B. held that a trial judge who determines a pivotal issue "on the basis of information drawn from sources outside the evidential record at her disposal" commits an error of law (para. 35).

[38] In this case, I conclude the trial judge relied on speculation and conjecture to make key findings and inferences of fact, which in turn materially affected both his s. 8 and his s. 24(2) conclusions. These erroneous findings and inferences will be identified as I analyse the s. 8 and the s. 24(2) issues.

[39] A trial judge's error of relying on conjecture and speculation as the basis for making factual findings or inferences, does not, however, necessarily lead to appellate intervention. In *R. v. Duguay (R.)* (2007), 320 N.B.R. (2d) 104, [2007] N.B.J. No. 337

(QL), 2007 NBCA 65, Deschênes J.A. addressed the standard of review to be applied in the case of a Crown appeal against an acquittal and reviewed the Supreme Court's decisions on point. He explained as follows:

This is an appeal from the acquittal of an accused. This Court recently discussed the applicable standard of appellate review in such circumstances at para. 22 of *R. v. Doiron*, [2005] N.B.J. No. 513 (QL); 2005 NBCA 109:

The Crown, in an appeal such as this, must not only convince us that there was an error in law, it must, in addition, convince us that had the error of law not been made, the trial judge's decision would not necessarily have been the same. (*Vézeau v. R.*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Sutton*, [2000] 2 S.C.R. 595, at para. 2; *R. v. Pavlovsky (G.)* (2005), 281 N.B.R. (2d) 42 (C.A.). In *Pavlovsky*, this Court stated at para. 29:

For reasons fully explored above, the trial judge made several errors of law and did not apply the correct legal test in excluding Mr. Pavlovsky's statements in the police cruiser. But not every error of law is fatal in the sense of requiring a new trial. As held by the Supreme Court of Canada in *R. v. Vézeau*, [1977] 2 S.C.R. 277; 8 N.R. 235, it is the duty of the Crown to satisfy the appeal court that the verdict would not necessarily have been the same if the error in law had not occurred at trial. Acquittals are not to be lightly overturned. The onus is a heavy one which the Crown must satisfy with a reasonable degree of certainty: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; 88 N.R. 161; 30 O.A.C. 81, at 374 [S.C.R.].

As recently as last year, the Supreme Court of Canada in *R. v. Graveline*, [2006] 1 S.C.R. 609; [2006] S.C.J. No. 16 (Q.L.); 2006 SCC 16 at paras. 13-16, per Fish J., reiterated the applicable standard discussed in *Morin* and *Sutton* as referenced in *Doiron*:

In many jurisdictions, as Cory J. observed in *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629, at p. 645, the state has no right of appeal against the acquittal of an accused

at trial. That is not so in Canada. Section 676(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that the Attorney General may appeal to the Court of Appeal "against a judgment or verdict of acquittal ... on any ground of appeal that involves a question of law alone".

It has been long established, however, that an appeal by the Attorney General cannot succeed on an abstract or purely hypothetical possibility that the accused would have been convicted but for the error of law. Something more must be shown. It is the duty of the Crown in order to obtain a new trial to satisfy the appellate court that the error (or errors) of the trial judge might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal. The Attorney General is not required, however, to persuade us that the verdict would necessarily have been different.

This burden on the Crown, unchanged for more than half a century (see *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658), was explained this way by Sopinka J., for the majority, in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345:

I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do.
[p. 374]

Speaking more recently for a unanimous Court in *R. v. Sutton*, [2000] 2 S.C.R. 595, 2000 SCC 50, the Chief Justice stated:

The parties agree that acquittals are not lightly overturned. The test as set out in *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, requires the Crown to satisfy the court that the verdict

would not necessarily have been the same had the errors not occurred. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, this Court emphasized that "the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty" (p. 374) (para. 2)." [paras. 26-27]

[40] With these principles in mind, I turn now to address the other issues raised on appeal.

B. *The Basket Clause*

[41] Where considered appropriate, an authorizing judge may include a basket clause in an authorization granted under Part VI to permit the interception of communications of persons whose identities are unknown "at least insofar as it is not drafted in such a way that it gives the investigators the discretion to determine whose communications should be intercepted": *R. v. Gray (R.) and Gray (H.)* (1998), 208 N.B.R. (2d) 1, [1998] N.B.J. No. 486 (C.A.) (QL), per Drapeau J.A. (as he then was), at para. 10. In the present case, the authorization contained such a clause.

[42] The trial judge concluded the basket clause was not sufficiently broad to allow for the interception of the impugned communication between Mr. Martin and Ms. Wedge. Relying on *Le*, he held that for the basket clause to apply to Mr. Martin, he would have had to be physically present at the Wedge residence when he made the call. Although he did not elaborate on his reasons, the trial judge also held the basket clause did not apply to communications involving Ms. Wedge. On this point, the trial judge simply referred to *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148, [1988] S.C.J. No. 70 (QL). Considering the arguments made at trial, it appears the trial judge held the basket clause did not apply to Ms. Wedge because she was a person known to reside at the Wedge residence but yet was not named as a known person in the Authorization.

[43] In *Le*, the accused was convicted of conspiracy to traffic in cocaine and to possess cocaine for the purpose of trafficking. The conviction was founded in part on

intercepted private communications. In that case, the accused was not identified in the wiretap authorization as a targeted person and the place at which she made the communication was not described as a known place. Although the location where the call was received was specifically described in the authorization, the person to whom the communication was made was not a known person. In other words, the communication was between two unnamed persons, one of whom was at the location described in the authorization. In setting aside the conviction and ordering a new trial, the Alberta Court of Appeal held that the accused's "end of the conversations was not caught by the authorization as she was neither named, nor at a place described specifically or otherwise in the order" (para. 13). The Court did hold that the other person's "end of the conversations" was "caught by [the authorization as that person was] at the material time at a named location." In reaching this conclusion, the Court relied on *Chesson* and *Goldman v. R.*, [1980] 1 S.C.R. 976, [1979] S.C.J. No. 136 (QL).

[44] *Chesson* involved the interception of private communications in an automobile. One of the issues raised in that case was the use that could be made of a conversation by a person who was not named in the authorization but was known to be the girlfriend of one who was. The Supreme Court held that this individual would be caught by the basket clause as an unknown person if one of these conditions were satisfied: (1) she was "one whose existence was not known to the police at the time of the application for the authorization" or, (2) she was "not at that time known to the police as one 'the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence'" (para. 21).

[45] In *Chesson*, the Supreme Court held that the girlfriend of the target was a known person and thus ineligible to be caught by the basket clause because the trial judge had found that at the time of the application for the authorization there existed reasonable and probable grounds to believe the interception of her private communications might assist the investigation.

[46] In the present case, Ms. Wedge was certainly known to the police when they applied for the authorization. The prosecution conceded this fact at trial. However, there was no evidence of reasonable and probable grounds to believe the interception of her private communications might assist in the investigation. Notably, the trial judge did not make any findings there were reasonable and probable grounds to believe the actions or conversations of Ms. Wedge would assist the police in their investigation of the tobacco offences.

[47] A basket clause permitting the interception of unknown persons (in the sense of the *Chesson* test) at a known place can be sufficient authority to intercept conversations of other members of the household. In *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, [1990] S.C.J. No. 104 (QL), Sopinka J., for the majority, noted:

In any authorization there is the possibility of invasion of privacy of innocent third parties. For instance a wiretap placed on the home telephone of a target will record communications by other members of the household. This is an unfortunate cost of electronic surveillance. But it is one which Parliament has obviously judged is justified in appropriate circumstances in the investigation of serious crime. [para. 48]

[48] Of course, a basket clause may be invalid if it is too broad so as to allow for the interception of too many members of the public. However, this is not the case in the present matter. The impugned portion of the basket clause authorized the interception of communications of unknown persons – that is persons who were either not known or whose identities were known but in respect of whom the police did not have reasonable grounds to believe the interception of their communications might assist in their investigation – at the Wedge residence, in three specified motor vehicles and at a specified phone number. In my respectful view, this clause was not so broad as to be invalid but was sufficiently broad to authorize the interception of Ms. Wedge’s communications at the Wedge residence.

[49] In addition to finding the basket clause did not apply to Ms. Wedge, the trial judge also concluded it could not apply to Mr. Martin because the latter was not at the Wedge residence when he made the call. The effect of this decision is that only calls from the Wedge residence were authorized to be intercepted. Calls to the Wedge residence, according to the trial judge's reasoning, would be excluded. This was essentially the ruling in *Le*, but, as seen below, *Le* has to be read in light of the very limited basket clause included in the authorization at play in that case. Moreover, in *R. v. Taylor* (1997), 86 B.C.A.C. 224, [1997] B.C.J. No. 346 (QL), aff'd [1998] 1 S.C.R. 26, [1998] S.C.J. No. 5 (QL), a decision rendered subsequent to *Le*, the Supreme Court adopted the decision of the British Columbia Court of Appeal, who had followed the reasoning of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1, [1995] J.Q. n° 496 (C.A.) (QL) (leave to appeal refused [1995] C.S.C.R. n° 505 (QL)), where a call originating from a police station had been intercepted:

It seems to me that the appellants are here confusing the place where the call originates and the place of interception having regard to the place authorized for the interception. The appellant Duguay erroneously argues that the police cells are the place of the interception whereas the evidence clearly demonstrates that the conversation was intercepted at his residence, a place specifically covered by the authorization. [*Taylor*, at para. 12, being a translation of *Taillefer*, at para. 77]

[50] In *Taillefer*, the call had originated from the police station cells and had been made to the residence covered by the authorization. In *Taylor*, the call was from a person named in the authorization, originated from a cell phone, and was made to a lawyer's office. The trial judge excluded the conversation, not on the basis of privilege or of the provision in the authorization that excluded the interception of communications to the office or residence of a solicitor, but on the basis that the interception had been made at the solicitor's office. Relying on *Taillefer*, the British Columbia Court of Appeal ordered a new trial on the basis that the judge erred in this conclusion. The Supreme Court agreed.

[51] In *R. v. Willock* (1998), 64 Alta. L.R. (3d) 354, [1998] A.J. No. 884 (QL), 1998 ABCA 260, the Alberta Court of Appeal distinguished *Le* on the grounds the decision in that particular case was “a reflection of the restrictive wording of the basket clause relied on by the Crown” (para. 16). As the Court points out, in *Le* the basket clause specified that only communications from unknown persons at specified places could be intercepted. Such was not the case of the basket clause at issue in *Willock*. Noting the relevance of making a distinction between the place of origin of the communication and the place where the communication was intercepted, the Court applied the reasoning in *Taillefer* and held that “[i]f the person whose communication is intercepted is either a known or unknown person described in the authorization, the interception is lawful as long as it is made on a telephone line at or for a place specifically described in the authorization” (para. 12). The Court reasoned as follows:

The communications tendered in evidence in the case at bar were intercepted on the telephone lines at or for places specifically described in paragraph 5. In our opinion, it is immaterial where the respondents were when they made the communications. The words "intercepted at" in paragraph 5 clearly refer to the physical locations at which the interceptions may have been made. Unknown persons, such as the respondents, communicating with one of the individuals named in paragraph 3, or anyone else for that matter, on the telephone lines at or for a place described in paragraph 5 are caught by one or more of the basket clauses and the interception of their communications is authorized and lawful. [para. 9] [Emphasis added]

[52] *Taylor* sets out the state of the law on the location of the interception. Applied to the present case, it is clear that the interception was made at the Wedge residence and not at Mr. Martin’s home. The interception was of a conversation between an unknown person (Mr. Martin) and another unknown person (Ms. Wedge) at premises specifically named in the authorization and, in my view, it was an interception that fell squarely within the ambit of the basket clause.

[53] The standard of review for this ground of appeal is correctness. The trial judge applied the wrong tests in determining the scope of the basket clause and erred in holding that it did not apply to Mr. Martin's conversation with Ms. Wedge. His conclusion in this regard must therefore be reversed.

C. *The Search and Seizure*

[54] While I disagree with the trial judge's finding that the interception in question did not fall within the ambit of the basket clause, I do agree with his conclusion that the actions of the monitor and of the investigator failed to respect the provisions of clause (p)ii) of the Authorization. Recall that the salient portions of clause (p)ii) provide that "when a monitor or police officer/investigator reasonably believes that a solicitor ... is a party to a communication, the monitor or police officer/investigator must cease listening to, but may continue to record, the communication... [and such interception] shall be sealed and no person shall be permitted access thereto except as authorized by [the] Court." My agreement with the trial judge's conclusion ends with the proposition that as soon as the authorities realized a solicitor was involved in the communication, they had to stop listening. Specifically, I do not agree with the trial judge's findings regarding the extent of the breach of this clause. In particular, I cannot subscribe to his conclusions that Ms. Rushton "should have realized it was a solicitor on the phone with [Ms.] Wedge" or that Cst. Légère should have known from the outset that it was a solicitor who had called Ms. Wedge. I cannot subscribe to these conclusions because they are the product of factual findings and inferences based solely on conjecture.

[55] The trial judge found "it had to be within a high degree of likelihood that solicitor Martin would place a call at Roger Wedge's house at the very least to inform Mrs. Wedge of her husband's whereabouts" (para. 44). This in turn led the trial judge to conclude that, even excluding the first part of the intercepted conversation, in which Mr. Martin identifies himself as a lawyer, "any person in the situation of Mrs. Janice Rushton would have reasonably believed that it was a solicitor speaking to Mrs. Wedge" (para. 149). The Attorney General submits that these findings and conclusions amount to

mere conjecture. The Attorney General also submits the trial judge hypothesized that no one other than a lawyer would have known of the arrest of Mr. Wedge. On the basis of this hypothesis, the trial judge attributed to police investigators motives for which there was simply no evidentiary basis. In particular, the trial judge attributed to police investigators the intent not to disclose even the fact of Mr. Wedge's arrest until they had "secured their search warrants for the Wedge house" (paras. 23-24), and concluded the investigators intended to arrest Ms. Wedge and any other occupant of the home even before Ms. Wedge's conversation with Mr. Martin was intercepted (para. 209).

[56] Mr. Martin's response to these arguments is to note that "whether or not there was any misapprehension of evidence, there was no error in law, much less any error of any consequence."

[57] In my respectful view, the trial judge's reasons for decision betray his belief that Ms. Rushton, the monitor, knew all along that the call to Ms. Wedge at 12 minutes past midnight originated from a lawyer. Throughout Crown counsel's arguments at trial, the trial judge repeatedly expressed amazement at what he called a "convenient coincidence" for the Crown that Ms. Rushton had not heard the first part of the conversation, in which Mr. Martin identifies himself as a lawyer. However, there was simply no evidence to suggest Ms. Rushton was not truthful in this regard. All the facts support her testimony. For example, no one challenged her testimony or that of Cst. Légère, that as soon as Ms. Rushton heard a lawyer was involved, as she was playing the conversation back for Cst. Légère, she immediately said the interception should be blocked. Mr. Martin never challenged anyone's testimony regarding Ms. Rushton's statement that she did not initially hear the first part of the conversation. From the moment of his counsel's opening statement in the *voir dire* to his closing arguments, Mr. Martin accepted that Ms. Rushton did not initially hear the beginning of the conversation. The trial judge's conclusion that no one other than Mr. Wedge's lawyer knew of his whereabouts after his arrest played a crucial role in the doubts he expressed regarding Ms. Rushton's testimony. His conclusion on that point was pure speculation. There was no evidence that only a lawyer would be advised of Mr. Wedge's whereabouts

or that Mr. Wedge would not have been allowed to call anyone else. Similarly, there was no evidence that the lawyer did not call anyone else and ask that person to notify Ms. Wedge. Certainly, Ms. Rushton, from her station in Fredericton, would not have been aware if this had been the case.

[58] The trial judge speculates that “at the latest within a couple of minutes after Roger Wedge was done with his solicitor and returned to his cell” (para. 75) Cst. Légère and Ms. Rushton would have been informed Mr. Wedge had spoken to his solicitor. Not only is this pure conjecture, but the finding also is inconsistent with all the evidence on point.

[59] In my respectful view, there was simply no evidence that would have led Ms. Rushton, or, as the trial judge put it “any person in the situation of Ms. Janice Rushton” (para. 149) to believe it was a solicitor speaking to Ms. Wedge. With respect, I simply cannot agree with the trial judge and with Mr. Martin’s submission on appeal that the content of the conversation Ms. Rushton initially heard, between who was then an unknown male and Ms. Wedge, would lead anyone to think the unknown male was a lawyer. The gist of what Ms. Rushton initially overheard is that Mr. Wedge is in police custody and is concerned about incriminating evidence at his home and wants his wife to call Romeo to have him remove the evidence, but that they should be careful as the house may be watched and telephone calls intercepted. In my view, the content of that conversation is counter-indicative of a lawyer being involved. With due respect to the trial judge’s contrary finding, I do not believe an experienced monitor such as Ms. Rushton would have reasonably believed it was a lawyer advising Ms. Wedge to call Romeo so he could dispose of evidence. The trial judge’s conclusion in this regard was the product of conjecture regarding the motives of the investigator and of the monitor. Moreover, some of this conjecture was based on his serious misunderstanding of the timing of the events. As the trial judge allowed speculation and conjecture to guide his factual findings, he committed an error of law. It follows that those findings cannot stand.

[60] The inferences of fact based on speculation and conjecture coloured the trial judge's s. 8 analysis. The judge's s. 8 conclusions were premised on inferences for which there was no evidentiary basis and upon which the trial judge then imputed certain knowledge, motives and bad faith to the investigators.

[61] The uncontested facts reveal that Ms. Rushton heard only the part of the conversation she reports having initially heard, in which an unknown male informs Ms. Wedge her husband is detained in Richibucto and is concerned about incriminating evidence at his home, so he wants his wife to call Romeo to have him remove the evidence. Nothing in that conversation led Ms. Rushton, or would lead a reasonable person in her position, to believe a solicitor was making that call. Similarly, when Ms. Rushton called Cst. Légère and advised him of what she had heard, Cst. Légère had no reason at that time to believe a solicitor had made the call. The uncontradicted evidence was that the monitor and the investigator only became aware a solicitor was involved when Ms. Rushton started to play the entire conversation for the benefit of Cst. Légère. This is when they both heard Mr. Martin identify himself as "the lawyer from town". It is at this point that, in my view, both the monitor and the investigator failed to comply with the provisions of clause (p)ii) of the Authorization. That clause specifically required the monitor and the investigator to immediately cease listening. While the communication could still be recorded, it nevertheless had to be sealed and could not be accessed without authorization from the Court of Queen's Bench.

[62] Briefly stated, Ms. Rushton was right when she told Cst. Légère she had to comply with clause (p)ii) of the Authorization and seal the recording and Cst. Légère was wrong to instruct her to play back the entire conversation, whether it was because he believed Mr. Martin was simply conveying a message to his client's wife or because he believed no privilege could possibly attach to the conversation. In turn, Ms. Rushton was wrong to follow Cst. Légère's instructions. The Authorization is an order of the Court and it did not leave room for any misinterpretation: as soon as a monitor or police officer/investigator reasonably believes that a solicitor is a party to a communication, the monitor or police officer/investigator must cease listening. This clause of the

Authorization applied to both Ms. Rushton and to Cst. Légère and each was individually expected to respect it. There was nothing ambiguous about clause (p)ii). An experienced monitor such as Ms. Rushton should have known that Cst. Légère had no authority to override the clear instructions of the Court. Similarly, one would expect that an experienced officer in the position of Cst. Légère would have appreciated the need to comply with the Court's directive.

[63] In sum, while there was a failure to comply with clause (p)ii), it only arose after the communication between Mr. Martin and Ms. Wedge was recorded and after Ms. Rushton had already heard the essence of the conversation, including the part where Mr. Martin identifies himself. Had Ms. Rushton complied with the Authorization, the only portion of the conversation she would not have heard is the one where Mr. Martin advises Ms. Wedge he had just been talking to her husband whom the police apprehended and her inquiry as to "why".

[64] It is common ground that the interception of communications conducted in this case constituted a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. No one disputes that the interception had to be conducted in accordance with the terms of the Authorization or else it ran the risk of being considered unreasonable. In my view, the interception and recording of the communication between Mr. Martin and Ms. Wedge did not constitute an unreasonable search and seizure as the interception and recording were authorized. Clause (p)ii) only required the monitor to stop listening if she reasonably believed a solicitor was a party to the communication. By the time of this realization, the communication had already been intercepted and recorded. However, I consider the continued playback of the conversation after it was learned a solicitor was involved to constitute a separate search, one which was not authorized. There was no authority for either Ms. Rushton or Cst. Légère to have continued to listen to any part of the communication once it was learned a solicitor was involved. Their doing so constituted an unlawful search and one which was conducted in violation of Mr. Martin's s. 8 *Charter* right, it being a search that was neither judicially authorized nor otherwise authorized by law.

[65] I note that my conclusion in this regard accords fully with the position Mr. Martin advocated before the trial judge where the focus of his s. 8 arguments was not on Ms. Rushton's initial interception of the conversation but rather on the fact that Cst. Légère listened to the conversation after it was known a lawyer was involved.

[66] In conclusion, I find there was a violation of Mr. Martin's s. 8 *Charter* right when Ms. Rushton and Cst. Légère acted contrary to the Authorization in listening to the conversation that had initially been properly intercepted and recorded. However, this, in my respectful view, is the extent of the violation.

D. *The s. 24(2) Analysis*

[67] Considering the above, this case falls to be decided on a proper application of s. 24(2) of the *Charter*, which reads as follows:

24(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this *Charter*, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

24(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[68] The *Charter* became part of the Constitution of Canada on April 17, 1982. Section 24(2) effectively revolutionized the law on the admissibility of "illegally" obtained evidence. Until then, Courts were guided by the principle whereby relevant evidence illegally obtained was generally admitted unless its prejudicial effect outweighed its probative value. In some areas, the concept of bringing the administration of justice into disrepute had gained recognition, but the threshold for this test was high. It was only when the community's conscience would be shocked that the test could be met. With the adoption of the *Charter*, Courts would now have to devise a test for the determination of what might bring the administration of justice into disrepute when

evidence is obtained in a manner that infringes or denies a right or freedom guaranteed by the *Charter*.

[69] As expected, s. 24(2) generated much case law and was the subject of countless academic commentaries. In 1987, the Supreme Court settled on a test for the exclusion of evidence under s. 24(2): *Collins*. The test Lamer J. (as he then was) put forth consisted of “grouping the factors to be considered under s. 24(2) into three categories: (1) whether the evidence will undermine the fairness of the trial by effectively conscripting the accused against himself or herself; (2) the seriousness of the *Charter* breach; and (3) the effect of excluding the evidence on the long-term repute of the administration of justice”: *R. v. Grant*, at para. 61.

[70] The *Collins* test was revisited in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, [1997] S.C.J. No. 34 (QL), where the Supreme Court was specifically asked to reconsider the principles it had established in *Collins* to govern the exclusion of evidence under s. 24(2). In *Stillman*, the Court effectively declined to substantially revise the *Collins* test but incorporated into the analysis concepts of “conscriptive” and “non-conscriptive” evidence. Conscriptive evidence, such as where an accused is compelled to incriminate himself or herself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples, or by derivative evidence discovered as a result of an unlawfully conscripted statement, was held to be generally inadmissible.

[71] For 22 years, courts applied the *Collins* test, and for the last 12 of these, the *Collins/Stillman* framework to s. 24(2). However, in 2009 the Supreme Court acknowledged “the analytical method [this framework] imposes and the results it sometimes produces have been criticized as inconsistent with the language and objectives of s. 24(2)”: *Grant*, at para. 60. In particular, the Court recognized that “the concepts of trial fairness and conscription under the first branch of *Collins*” were problematic and that “[t]he underlying assumption that the use of conscriptive evidence always, or almost always, renders the trial unfair is also open to challenge”: *Grant*, at paras. 62 and 65. Thus, the Court decided to do away with the *Collins/Stillman* framework and set out a

new approach for determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute, having regard to all the circumstances. In sum, the *Grant* framework now requires judges to undertake a three-part inquiry: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused; and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits.

[72] When the trial judge in the present case undertook his s. 24(2) analysis, the governing principles were those set out in *Collins/Stillman*. It was common ground that the first set of factors, dealing with trial fairness, was inapplicable because the intercepted communication was not “conscriptive” evidence. On this point, reference can be made to *R. v. Mooring* (2003), 181 B.C.A.C. 63, [2003] B.C.J. No. 682 (QL), 2003 BCCA 199 and *R. v. Babinski (R.R.)* (2005), 193 O.A.C. 263, [2005] O.J. No. 138 (QL). The Court was therefore required to consider the other two sets of factors: the seriousness of the *Charter* breach and the effect of excluding the evidence on the long-term repute of the administration of justice.

[73] While the trial judge certainly addressed the seriousness of the *Charter* breach, he did so based on the improper inferences he had drawn for which there was no evidentiary support. The Attorney General submits that the reasons the trial judge imputed bad faith to the officers cannot be maintained. The trial judge’s finding in this regard is inextricably linked to the findings he made in determining the extent of the s. 8 violation and can also be traced to a misapprehension of the timing of certain events. The trial judge initially referred to the correct time and date the communication between Mr. Martin and Ms. Wedge was intercepted, being 0:12:33 on May 30, 2005. However, later in his decision, he held that Mr. Martin did not call Ms. Wedge until about 24 minutes past midnight and from that he inferred that the conversation between Ms. Rushton and Cst. Légère could not have taken place before 12:36 a.m. These times stood in stark contrast with the notes of Cst. Tremblay, which indicated he was dispatched to secure the Wedge residence at 15 minutes past midnight.

[74] These errors, together with the other inferences he had incorrectly drawn, led the judge to conclude that Cst. Légère had already intended to arrest Ms. Wedge and anyone present in the Wedge residence before he was even informed of the conversation between Ms. Wedge and Mr. Martin (paras. 205 and 209) and then to impute bad faith to Cst. Légère. He imputed to Cst. Légère the intention to secure the Wedge household even before Ms. Rushton advised him of the call she had intercepted. However, there was simply no evidence to support this, and the undisputed timing of the events leads inescapably to the opposite conclusion. In my view, the judge's analysis of the seriousness of the violation is vitiated by his improperly reached factual inferences. Not only did the inferences of fact based on speculation and conjecture colour his s. 8 analysis, but they also played a key role in his determination of the s. 24(2) issue.

[75] At the hearing of the appeal, Mr. Martin's counsel acknowledged the trial judge was "unnecessarily puzzled" regarding the times, but submitted it was of "no consequence" because, in the end, the judge was correct to find a violation of Mr. Martin's s. 8 *Charter* rights.

[76] In my respectful view, while the trial judge correctly found a violation of Mr. Martin's s. 8 rights, it cannot be said that the judge's findings founded on speculation and conjecture are inconsequential. Those findings informed his assessment of the seriousness of the violation.

[77] As to the third factor, that is the effect of excluding the evidence on the long-term repute of the administration of justice, it is not analyzed in the trial decision.

[78] The Supreme Court instructs intermediate appellate courts to give considerable deference to a trial judge's s. 24(2) assessment of what would bring the administration of justice into disrepute having regard to all the circumstances. Even where the s. 24(2) analysis was conducted on the basis of the now defunct *Collins/Stillman* approach instead of using the framework set out in *Grant*, trial judges are nevertheless owed deference where "the trial judge considered proper factors and

made no unreasonable findings” and where “[t]he application of the *Grant* approach does not affect the outcome of the s. 24(2) determination: *R. v. Beaulieu*, [2010] S.C.J. No. 7 (QL), 2010 SCC 7, at paras. 5 and 6. Thus, this deference is only owed “[w]here the trial judge has considered the proper factors” (*Grant*, at para. 86) and where the application of the *Grant* approach would lead to the same conclusion (*Beaulieu*, at para. 6). Clearly, a trial judge does not consider the proper factors if his conclusions are informed by inferences that are drawn from speculation or conjecture. Moreover, in the present case, the trial judge focused only on the seriousness of the violation and did not weigh the proper factors in determining whether the admission or exclusion of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. For these reasons, the judge’s ultimate determination on the s. 24(2) issue is not owed any deference.

[79]

In *Grant*, before formulating the new framework, the majority of the Supreme Court examined the broad principles that should inform the s. 24(2) approach. Chief Justice McLachlin and Charron J. explained that the term “administration of justice” is one that “embraces maintaining the rule of law and upholding *Charter* rights in the justice system as a whole” (para. 67). Thus, “[t]he phrase ‘bring the administration of justice into disrepute’ must be understood in the long-term sense of maintaining the integrity of, and public confidence in, the justice system” (para. 68). One must look to “whether the overall repute of the justice system, viewed in the long term, will be adversely affected by admission of the evidence” (para. 68). It is an objective inquiry: “whether a reasonable person, informed of all relevant circumstances and the values underlying the *Charter*, would conclude that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute” (para. 68). It is also an inquiry that is both long-term and prospective, starting from the proposition that there has already been damage to the administration of justice by the fact of the *Charter* breach, and which seeks to ensure “that evidence obtained through that breach does not do further damage to the repute of the justice system” (para. 69). The focus of the s. 24(2) analysis is societal. It is not designed to punish the police or to provide compensation to an accused, but rather the “focus is on the broad impact of admission of the evidence on the long-term repute of the

justice system” (para. 70). With these broad principles in mind, the majority explained the new framework in the following words:

[...] whether the admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute engages three avenues of inquiry, each rooted in the public interests engaged by s. 24(2), viewed in a long-term, forward-looking and societal perspective. When faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on society's confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct (admission may send the message the justice system condones serious state misconduct), (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused (admission may send the message that individual rights count for little), and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. The court's role on a s. 24(2) application is to balance the assessments under each of these lines of inquiry to determine whether, considering all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. These concerns, while not precisely tracking the categories of considerations set out in *Collins*, capture the factors relevant to the s. 24(2) determination as enunciated in *Collins* and subsequent jurisprudence. [para. 71]

[80] It is with these broad principles in mind that the *Grant* tri-partite inquiry must be undertaken.

(1) Seriousness of the *Charter*-Infringing State Conduct

[81] Under this heading, the Court in *Grant* tells us that “[t]he more severe or deliberate the state conduct that led to the *Charter* violation, the greater the need for the courts to dissociate themselves from that conduct, by excluding evidence linked to that conduct, in order to preserve public confidence in and ensure state adherence to the rule of law” (para. 72). Thus, it is necessary to evaluate the seriousness of the state conduct to determine the level of seriousness of the violation.

[82] In the present case, the police had obtained an authorization to intercept, among others, communications to and from the Wedge residence. The Authorization, which was not *per se* challenged, contained a basket clause, which I have found allowed the interception and recording of the conversation between Mr. Martin and Ms. Wedge. The uncontradicted and unchallenged facts reveal that the monitor, Ms. Rushton, initially only heard the part of the conversation starting with Mr. Martin telling Ms. Wedge her husband was in Richibucto because of tobacco and that he was concerned about “something in the house” so maybe she should give “Romeo a call” and get him to come “to pick it up”. At this stage, Ms. Rushton heard the part of the conversation that the prosecution alleges constitutes an attempt to obstruct justice. To this point, there was no *Charter* violation because the interception and recording were done pursuant to the Authorization.

[83] Understandably, after hearing this portion of the conversation, Ms. Rushton immediately contacted the lead investigator and related to him what she had heard. Equally understandable is Cst. Légère’s wish to hear the conversation for himself before taking steps to have the Wedge home secured and perhaps the occupants arrested. At this point, in my respectful opinion, there was no reason for anyone to reasonably believe a lawyer, an officer of the Court who is subjected to a strict code of ethics, would have been a party to that conversation. Therefore, to this point, there is still no violation of Mr. Martin’s s. 8 *Charter* right.

[84] After conveying the essence of what she had heard to Cst. Légère, Ms. Rushton then intercepted another call, this one from Ms. Wedge to Romeo. She in turn informed Cst. Légère of the contents of that call and he told her he wanted to hear the content of both calls. Again, this is certainly understandable. To this point, there is still no *Charter* violation. Ms. Rushton then played back the conversation involving Mr. Martin and soon learned that he was a lawyer. She immediately took the phone away from the speaker and apologized to Cst. Légère, telling him she had not realized it was a conversation with a lawyer and that she was now required to block the call. Her action in this regard complied with clause (p)ii) of the Authorization: where the monitor

reasonably believes that a solicitor is a party to a communication, the monitor must cease listening to, but may continue to record, the communication. To this point, there is still no violation.

[85] Notwithstanding the terms of the Authorization, Cst. Légère instructs Ms. Rushton to continue the playback of the conversation and she acquiesces. It is at this point the violation occurs because, according to the Authorization, the communication should have been sealed. Therefore, the monitor had no right to listen to it again and Cst. Légère had no right to listen to the balance of the conversation without an order of the Court. In making the unsealing determination contemplated in clause (p)ii) of the Authorization and instructing Ms. Rushton to resume the playback of the intercepted conversation, Cst. Légère effectively usurped the function of the Court.

[86] Although Cst. Légère's action did usurp the function of the court and would generally be considered a serious violation, one must nevertheless look at any extenuating circumstances. Here, Cst. Légère already knew the information Mr. Martin had conveyed to Ms. Wedge. This makes the case rather unique. In the usual course of events, Cst. Légère would not have known the gist of the communication. The fact he already had this knowledge makes it somewhat understandable, though not excusable, that he thought no privilege could possibly attach to the conversation, either because he believed Mr. Martin was simply conveying a message to Ms. Wedge or because the conversation's participants were effectively conspiring to obstruct justice and thus no privilege would apply. I note that at no time has anyone suggested Mr. Martin's conversation with Ms. Wedge was in fact privileged. That it was not privileged is simply beyond dispute.

[87] In *Grant*, the Court points to the need to prevent the disappearance of evidence as an extenuating circumstance that "may attenuate the seriousness of police conduct that results in a *Charter* breach" (para. 75). In my view, these circumstances existed here. Cst. Légère was faced with a report that evidence could be removed from the Wedge home before a search warrant could be executed and wanted to verify the

information before he dispatched someone to arrest the occupants. There was a sense of urgency, which, in my view, attenuates the seriousness of the violation.

[88] In my opinion, this is not a case of a deliberate attempt by the police to usurp the function of the Court. Rather, it is the case of an immediate reaction in the face of the need to prevent the disappearance of evidence. If there had been any evidence of systemic failures to listen to the first part of intercepted communications in an attempt to legitimize listening to conversations involving lawyers, the level of seriousness would, of course, have risen quite sharply. Similarly, if there had been any evidence of a pattern of overlooking the terms of the Authorization, the violation would also have been much more serious. However, no one even suggested the police engaged in such improprieties. Thus, in my view, although the breach was serious, it was attenuated by the uniqueness of the situation and the need to prevent evidence from being removed.

(2) Impact on the *Charter*-Protected Interests of the Accused

[89] The Supreme Court in *Grant* instructs judges to evaluate under this heading “the extent to which the breach actually undermined the interests protected by the right infringed” (para. 76). The impact of the *Charter* breach “may range from fleeting and technical to profoundly intrusive” (para. 76). We determine this by looking “to the interests engaged by the infringed right and [examining] the degree to which the violation [impacts] on those interests” (para. 77).

[90] Here, the interest is one of privacy. Generally, people making a telephone call expect that their conversation with the other party will not be unlawfully intercepted. The Attorney General argues that Mr. Martin could not have had a reasonable expectation of privacy in his call to Ms. Wedge because, in the conversation itself, he tells her she should maybe be careful when speaking on the phone, implying knowledge that the communication could be intercepted. The trial judge dismissed this argument on the basis that Mr. Martin would have known that so long as he identified himself as a lawyer at the beginning of the conversation, his communication with Ms. Wedge would not be listened

to. With respect, I agree with neither of these contentions. This issue was resolved in *R. v. Wijesinha*, [1995] 3 S.C.R. 422, [1995] S.C.J. No. 49 (QL), where Cory J. for the Court stated that “once it has been determined that the communication was private, the fact that the originator may have anticipated that it might be recorded is not relevant in deciding whether it should be admitted or excluded under s. 24(2) of the *Charter*” (para. 57).

[91] The privacy interest in one’s telephone calls is certainly high, though it is not absolute. The law does provide for lawful interceptions and, in this case, the conversation was lawfully intercepted and it was lawfully overheard up to the point where Ms. Rushton and Cst. Légère learned a solicitor was involved. Thus, the violation of the right resulted not from the interception of the conversation or from Ms. Rushton initially hearing the conversation, but rather from its subsequent playback for the benefit of Cst. Légère. One might ask what privacy interest there is in a conversation that has already been intercepted and recorded by the police. In my view, there remains a privacy interest, but it may not be very high. The interest is that the interception will be processed according to the terms of the Authorization. In this case, it meant being sealed and submitted to a Court before it could be released to the investigators. The privacy interest is not very high because the conversation has already been heard and if, as in this case, it is not protected by privilege, it will likely be unsealed upon the proper application to the Court. I acknowledge that the facts of this case are rather unique. If, for example, Ms. Rushton had reasonably believed from the outset a lawyer was involved in the communication and had nonetheless listened to the conversation and related it to Cst. Légère, the situation would be quite different. The privacy interest would be much higher and of course, under the first head of the *Grant* analysis, the violation would have been much more serious.

(3) Society’s Interest in an Adjudication on the Merits

[92] “[T]he third line of inquiry relevant to the s. 24(2) analysis asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion” (*Grant*, at para. 79). In this line of inquiry,

“[t]he reliability of the evidence is an important factor” (para. 81). The Supreme Court says that “exclusion of relevant and reliable evidence may undermine the truth-seeking function of the justice system and render the trial unfair from the public perspective, thus bringing the administration of justice into disrepute” (para. 81). One must “balance the interests of truth with the integrity of the justice system” (*Grant*, at para. 82, quoting Iacobucci J. in *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, [2004] S.C.J. No. 49 (QL), 2004 SCC 52, at para. 57) by asking “whether the vindication of the specific *Charter* violation through the exclusion of evidence extracts too great a toll on the truth-seeking goal of the criminal trial” (*Grant*, at para. 82, quoting Doherty J.A. in *R. v. Kitaitchik (A.)* (2002), 161 O.A.C. 169, [2002] O.J. No. 2476 (QL), at para. 47).

[93] One of the factors to be considered under this head is the importance of the evidence to the prosecution’s case. As the Court says, “the exclusion of highly reliable evidence may impact more negatively on the repute of the administration of justice where the remedy effectively guts the prosecution” (para. 83).

[94] In the present case, the reliability of the evidence is beyond dispute. The intercepted communication speaks for itself. Its importance to the prosecution is also evident. Without the interception, the prosecution’s case collapses.

[95] In *Grant*, the Supreme Court also states that the seriousness of the offence may be a valid consideration, but the majority warns that it “has the potential to cut both ways” (para. 84). As they explain, “while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high” (para. 84).

[96] The offence charged in this case is very serious. However, the penal stakes for Mr. Martin are also very serious, the offence in question being punishable by imprisonment for a term up to ten years. In my view, the seriousness of the offence is a neutral factor in this analysis.

(4) Conclusion

[97] Having addressed the three lines of inquiry set out in *Grant*, it is then necessary to “determine whether, on balance, the admission of the evidence obtained by *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute” (para. 85). The task requires us to “weigh the various indications” (para. 86), keeping in mind that “[n]o overarching rule governs how the balance is to be struck” (para. 86).

[98] As indicated above, I consider the police conduct in this case to have been serious, but it was far from egregious. The seriousness was attenuated by the need to protect evidence from being destroyed and, although the investigator and the monitor had no right to disregard the clear terms of the Authorization, I acknowledge that the situation was rather unique in the sense that the monitor had already heard a part of the conversation. Of course, the monitor could not have known what else might have been said between the latter part she initially heard and the initial part where Mr. Martin identifies himself as a lawyer.

[99] The interest at play in the circumstances is a privacy interest. Although there was a high level of privacy expectation, it was not absolute. Telephone communications can be lawfully intercepted and in this case the interception and initial overhearing were lawful. The privacy interest Mr. Martin may have maintained in the matter after it became known he was a lawyer is limited by the fact that the police could apply to the Court to have the communication unsealed. In fact, this is exactly what happened after Ms. Rushton eventually sealed the recording.

[100] As for the third line of inquiry, it is important to note that the evidence in question was highly relevant and reliable. Without it, the prosecution’s case collapsed and society’s interest in adjudication on the merits was compromised.

[101] When I balance all these factors, I come to the conclusion that admission of the evidence in the proceedings would not bring the administration of justice into

disrepute. While the seriousness of the breach might weigh in favour of exclusion, it is attenuated by the circumstances described above. The impact on Mr. Martin's privacy interest is attenuated by the diminished privacy once his conversation had, in the unique facts of this case, not only been lawfully intercepted, but also, for the most part, lawfully overheard. In my view, the repute of the justice system would not suffer by allowing the relevant and very reliable interception to be admitted in evidence against Mr. Martin.

[102] As part of the arguments made in support of not excluding the evidence under s. 24(2), the Attorney General also submitted that the link between the recording that was to be submitted as evidence and the violation of Mr. Martin's s. 8 *Charter* right was too tenuous. The Attorney General maintained there certainly was no causal link. I agree. However, the Supreme Court has held that a temporal link between the *Charter* violation and the evidence obtained may suffice. In the present case, considering how I dispose of the matter within the framework elaborated in *Grant*, it is unnecessary for me to address the issue of the relationship between the *Charter* breach and the impugned evidence. Similarly, I need not address whether the evidence would have inevitably been discovered notwithstanding the breach that occurred after the communication had already been recorded.

V. Disposition

[103] As stated earlier, for the Attorney General to be successful in an appeal against acquittal, it must be shown not only that the trial judge committed an error or errors in law, but also that the error or errors might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal. In my view, the Attorney General has satisfied both components of this test. The judge erred in excluding the evidence of the intercepted

communication and it is obvious that this ruling had a material bearing on the acquittal. For these reasons, I would allow the appeal, set aside the acquittal and order a new trial.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] George W. Martin, avocat, a été accusé de tentative d'entrave à la justice. Selon l'acte d'accusation, M^e Martin aurait conseillé à quelqu'un [TRADUCTION] « de se défaire d'objets susceptibles de constituer des éléments de preuve relativement à la perpétration d'une infraction ». La source factuelle sur laquelle reposait la poursuite était une conversation téléphonique entre M^e Martin et l'épouse d'un de ses clients qui avait été interceptée et enregistrée. M^e Martin n'a pas contesté la validité de l'autorisation judiciaire conformément à laquelle la communication téléphonique avait été interceptée. Il a toutefois affirmé au procès que les policiers n'avaient pas respecté les conditions de cette autorisation et a prétendu qu'il y avait donc eu violation du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives qui lui est garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Invoquant le par. 24(2) de la *Charte*, M^e Martin a demandé que la preuve consistant dans la conversation interceptée soit écartée. Après un voir-dire, le juge du procès a conclu qu'il y avait eu violation de l'art. 8 et a écarté l'élément de preuve en question : [2008] A.N.-B. n^o 406 (QL). La preuve du procureur général s'est effondrée et M^e Martin a été acquitté. Le procureur général interjette maintenant appel de l'acquittement.

[2] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le verdict et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Le juge du procès a fondé ses conclusions sur un certain nombre d'inférences factuelles que n'étayait aucun élément de preuve. Ces inférences mal fondées ont vicié ses conclusions concernant l'importance de la violation de l'art. 8 de la *Charte* et la question de savoir s'il y avait lieu d'écarter l'élément de preuve en question en vertu du par. 24(2). Plusieurs des conclusions du juge du procès ont été le produit de la conjecture ou de la supputation, or ni l'une ni l'autre ne constitue un fondement acceptable sur lequel s'appuyer pour tirer des inférences. La preuve

incontestée nous amène à la conclusion que l'interception de la communication entre M^e Martin et l'épouse de son client a été dûment autorisée. Néanmoins, le policier chargé de l'enquête a dépassé les limites de son autorisation lorsqu'il a écouté une communication qui aurait dû être mise sous scellés dès que l'on a découvert qu'une des parties à la conversation était un avocat. J'estime donc que l'issue de la présente instance dépend de l'application convenable du cadre analytique qu'a récemment établi la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, [2009] A.C.S. n^o 32 (QL), 2009 CSC 32 et les arrêts connexes *R. c. Harrison*, [2009] 2 R.C.S. 494, [2009] A.C.S. n^o 34 (QL), 2009 CSC 34, et *R. c. Suberu*, [2009] 2 R.C.S. 460, [2009] A.C.S. n^o 33 (QL), 2009 CSC 33. Si je fais abstraction des inférences factuelles mal fondées et si je soupèse les facteurs pertinents, j'en arrive à la conclusion que la communication interceptée n'aurait pas dû être écartée.

II. Le contexte

[3] Dans le cadre d'une enquête sur la vente illégale de tabac à laquelle se livrait un dénommé Roger « Butch » Wedge, la Gendarmerie royale du Canada a obtenu d'un juge de la Cour du Banc de la Reine des autorisations consécutives d'intercepter des communications privées conformément à la Partie VI du *Code criminel*. La validité de chacune de ces autorisations n'a jamais été contestée. Dans chacune, seul M. Wedge était désigné comme la « partie connue » et son domicile était désigné comme étant un « lieu connu ». L'autorisation qui était toujours en vigueur les 29 et 30 mai 2005 contenait une « clause omnibus » qui autorisait également la GRC à intercepter les communications d'autres personnes, dont certaines étaient expressément nommées, dans certains des lieux connus, y compris le domicile de M. Wedge. La partie de la clause omnibus qui est pertinente en l'espèce autorisait l'interception des communications suivantes :

[TRADUCTION]

- g) Les communications de toute personne, notamment celles de [la partie connue, M. Wedge], et y compris, mais non de façon limitative, celles des personnes suivantes :

[plusieurs personnes nommément désignées]

peuvent être interceptées :

a) dans tous les lieux ou les locaux décrits ci-dessus aux sous-alinéas d)(i) à d)(iv) [savoir le domicile de M. Wedge et trois véhicules à moteur spécifiquement identifiés] ET e)(i) [savoir un numéro de téléphone précis]; [...]

[4] L'autorisation contenait aussi une clause énonçant une mise en garde contre l'interception de communications privées entre un avocat et son client. Cette clause était ainsi rédigée :

[TRADUCTION]

p) i) Il est stipulé, toutefois, qu'aucune communication ne peut être interceptée au bureau ou au domicile d'un avocat, ni à aucun autre endroit habituellement utilisé par un avocat à des fins de consultation avec des clients.

ii) Il est stipulé, toutefois, que lorsqu'un préposé à l'écoute, un agent de police ou un enquêteur a des motifs raisonnables de croire qu'un avocat ou l'employé d'un avocat est partie à une communication, ce préposé à l'écoute, agent de police ou enquêteur doit cesser d'écouter la communication mais peut continuer de l'enregistrer et peut effectuer un contrôle aléatoire de la communication à des intervalles raisonnables aux fins de déterminer si l'avocat, ou son employé, est toujours partie à la communication. Lorsque des communications ont été interceptées dans le cadre d'une surveillance automatique, le préposé à l'écoute, l'agent de police ou l'enquêteur qui écoute subséquemment la communication doit cesser de l'écouter dès qu'il a des motifs raisonnables de croire qu'un avocat ou l'employé d'un avocat est partie à la communication et peut effectuer un contrôle aléatoire de la communication à des intervalles raisonnables aux fins de déterminer si l'avocat, ou son employé, est toujours partie à la communication. Toute communication avec l'avocat, ou avec l'employé d'un avocat, qui est

enregistrée conformément à la présente autorisation sera mise sous scellés et nul n'y aura accès sauf dans la mesure où la présente Cour pourra l'autoriser.

iii) Il est stipulé, toutefois, que lorsqu'une communication a été enregistrée et mise sous scellés conformément à la présente autorisation et que les enquêteurs n'ont, par la suite, aucun motif raisonnable de croire que l'une ou l'autre des parties à la communication est un avocat, ou l'employé d'un avocat, les enquêteurs peuvent lever les scellés de l'enregistrement et l'écouter sans autre ordonnance de la présente Cour. Pour le cas où une communication ou des communications auraient été enregistrées et mises sous scellés conformément à la présente autorisation et où les enquêteurs ont des motifs raisonnables de croire qu'une de ces communications n'est peut-être pas assujettie au privilège du secret professionnel de l'avocat, les enquêteurs peuvent présenter la ou les communications mises sous scellés à la présente Cour afin qu'elle détermine si une ou certaines de ces communications devraient être divulguées aux enquêteurs.

[5] Le 29 mai 2005, la GRC a estimé qu'elle avait des motifs suffisants pour arrêter M. Wedge. Les agents ont mis M. Wedge sous surveillance comme il revenait d'un voyage en automobile au Québec et ils ont procédé à son arrestation à Rogersville, au Nouveau-Brunswick. Après son arrestation, M. Wedge a été conduit au détachement de Richibucto, où juste après minuit, il a exercé le droit de consulter un avocat qui lui est garanti par l'al. 10b) de la *Charte*.

[6] Dans l'intervalle, la GRC a continué à surveiller les communications téléphoniques au domicile de M. Wedge. Janice Rushton, membre civile de la GRC ayant une grande expérience, faisait des heures supplémentaires, ce soir-là, afin de surveiller, depuis Fredericton, les communications en question. Elle savait que M. Wedge devait être arrêté cette nuit-là. À minuit douze, le 30 mai 2005, un appel au domicile de

M. Wedge a été intercepté. Toutefois, M^{me} Rushton n'a pas entendu le début de la conversation. Elle a, à cet égard, fourni l'explication suivante :

[TRADUCTION]

J'étais assise à mon poste. Je travaillais. Je ne me souviens pas si je terminais un autre appel ou autre chose et ensuite j'ai remarqué que quelqu'un était en train d'utiliser sa ligne. On ne l'entend pas automatiquement de sorte que lorsque j'ai vu cela, j'ai cliqué et j'ai commencé à écouter l'appel.

[7] Lorsqu'elle a commencé à écouter, M^{me} Rushton a entendu une conversation entre l'épouse de M. Wedge et une personne de sexe masculin dont elle ne connaissait pas l'identité. Voici ce qu'elle a entendu :

[TRADUCTION]

Personne de sexe masculin : Du tabac.

M^{me} Wedge : Ah zut.

Personne de sexe masculin : Ouais.

M^{me} Wedge : Bien, donc c'est là où il se trouve. Je me demandais où il était.

Personne de sexe masculin : Oui, il est à Richibucto, en effet. Bien, il, il m'a dit que, euh, il y avait, euh, quelque chose dans la maison dont il fallait s'inquiéter.

M^{me} Wedge : Oui.

Personne de sexe masculin : Et il a dit que vous devriez peut-être passer un coup de fil à Romeo.

M^{me} Wedge : D'accord.

Personne de sexe masculin : Et demander à Romeo de peut-être venir prendre cette chose. Mais, soyez extrêmement prudente, euh, il se pourrait, euh, qu'ils soient, euh, en train de surveiller.

M^{me} Wedge : De surveiller ou quelque chose du genre.

Personne de sexe masculin : Oui et vous devriez peut-être faire aussi attention à ce que vous dites au téléphone. Si vous téléphonez à Romeo, dites-lui seulement, peut-être, de venir chez vous.

M^{me} Wedge : D'accord.

Personne de sexe masculin : Mais euh...

M^{me} Wedge : C'est ce que je vais faire.

Personne de sexe masculin : D'accord mais il, ils vont probablement le garder cette nuit et vous lui parlerez demain matin, mais il va bien et il fait dire de ne pas vous inquiéter et de dormir un peu.

M^{me} Wedge : Oui oui. Il peut bien dire ça. Oui, d'accord.

Personne de sexe masculin : Bien.

M^{me} Wedge : D'accord, salut.

Personne de sexe masculin : Au revoir.

[8] Après avoir entendu cela, M^{me} Rushton a immédiatement communiqué avec l'enquêteur principal de la GRC, le gendarme Robert Légère, qui se trouvait au détachement de Richibucto, et elle lui a fait part de ce qu'elle avait entendu. M^{me} Rushton a ensuite écouté un appel de M^{me} Wedge à une personne nommée Romeo, à la suite de quoi elle a de nouveau téléphoné au gendarme Légère pour l'informer de ce qui avait été dit. À ce moment-là, le gendarme Légère a demandé à M^{me} Rushton de lui faire jouer les deux conversations afin qu'il puisse les écouter lui-même. Comme M^{me} Rushton commençait à faire jouer l'appel intercepté entre M^{me} Wedge et l'inconnu de sexe masculin, voici ce qu'ils ont entendu :

[TRADUCTION]

M^{me} Wedge : Allô.

Personne de sexe masculin : Allô. M^{me} Wedge?

M^{me} Wedge : Oui.

Personne de sexe masculin : Comment allez-vous?

M^{me} Wedge : Bien.

Personne de sexe masculin : Tant mieux, c'est
George Martin à l'appareil.

M^{me} Wedge : Oui.

Personne de sexe masculin : Vous me connaissez, l'avocat
qui exerce en ville?

[9] À ce moment-là, M^{me} Rushton a immédiatement éloigné le combiné du haut-parleur et a présenté ses excuses au gendarme Légère en lui disant qu'avant d'entendre cette partie de la conversation, elle ne s'était pas rendu compte que l'inconnu de sexe masculin était un avocat. Elle croyait qu'à ce moment-là, elle était tenue de se conformer à la clause p)ii) de l'autorisation d'intercepter une communication privée. Toutefois, le gendarme Légère lui a dit qu'elle était fondée à faire jouer toute la conversation parce que l'avocat était seulement en train de transmettre un message de M. Wedge à son épouse. M^{me} Rushton a donc laissé le gendarme Légère entendre le reste de la conversation, qui s'est ainsi poursuivie :

[TRADUCTION]

[...]

M^{me} Wedge : Oui.

Personne de sexe masculin : Mmm, je viens juste de parler
à, euh, Butch et les policiers l'ont arrêté et emmené.

M^{me} Wedge : Pour quelle raison?

[...]

[10] Le reste de la conversation que le gendarme Légère a entendue à partir de là est exactement celle que M^{me} Rushton avait entendue pendant qu'elle écoutait la

conversation en direct. L'appel téléphonique a duré au total une minute et vingt-quatre secondes.

[11] M^{me} Rushton a ensuite fait jouer la conversation téléphonique entre M^{me} Wedge et Romeo au cours de laquelle M^{me} Wedge lui demande essentiellement de venir chez elle pour la débarrasser de certains articles. Après sa conversation avec le gendarme Légère, M^{me} Rushton a inscrit le deuxième de ces deux appels sur son relevé. Elle a toutefois décidé de considérer l'appel entre M^{me} Wedge et M^e Martin comme un appel privilégié. Elle l'a donc bloqué afin que personne ne puisse y avoir accès sauf elle-même et son superviseur.

[12] La bande contenant la conversation entre M^{me} Wedge et M^e Martin qui avait été interceptée est restée bloquée jusqu'à ce qu'un juge de la Cour du Banc de la Reine rende une [TRADUCTION] « ordonnance prescrivant la levée des scellés relativement à une partie des conversations enregistrées », le 21 décembre 2005. L'ordonnance a été rendue sur la demande présentée *ex parte* par un mandataire du procureur général du Nouveau-Brunswick spécialement désigné pour l'application de l'art. 185 du *Code criminel*. La demande avait comme objectif déclaré de rendre la bande contenant la conversation disponible pour les [TRADUCTION] « fins d'une enquête criminelle sur une possible infraction d'"entrave à la justice" prévue au par. 139(2) du *Code criminel* du Canada, ou toute autre infraction susceptible d'être mise au jour par l'enquête subséquente ». La demande a été présentée pour le motif que la conversation téléphonique en question n'était pas protégée par le privilège du secret professionnel de l'avocat [TRADUCTION] « étant donné qu'il s'agit d'une directive de commettre une infraction criminelle ». À l'appui de sa demande, le mandataire du procureur général a invoqué l'affidavit du gendarme Joseph Donald Martin, lequel expose la chronologie des événements. Dans son affidavit, le gendarme Martin donne des renseignements sur les allées et venues de M. Wedge la veille et le jour même de son arrestation. Il y expose de quelle façon la GRC a, à la suite de l'arrestation de M. Wedge, obtenu des mandats de perquisition l'autorisant à fouiller le domicile de M. Wedge ainsi que certains autres lieux et certains véhicules. Le gendarme Martin dit que selon ce qu'il savait et ce qu'il croyait,

à minuit une minute, le 30 mai 2005, M. Wedge s'était vu donner la possibilité de s'entretenir avec son avocat, George Martin. L'appel n'a duré que quelques minutes. En ce qui concerne la suite des événements, voici ce qu'a dit le gendarme Martin dans son affidavit :

[TRADUCTION]

13. J'ai examiné le registre faisant état d'une conversation téléphonique, le 30 mai 2005, à minuit douze, sur la ligne téléphonique 506-775-6523 (domicile de Roger WEDGE), à la suite d'un appel entrant provenant du numéro 506-773-6702 (abonné George W. MARTIN), entre Yolande WEDGE et George MARTIN, selon lequel cet appel a été bloqué.

14. Janice RUSHTON, employée civile de la section spéciale « I » de la GRC à Fredericton, qui travaille dans la salle d'écoute (ci-après appelée la préposée à l'écoute RUSHTON), m'a informé que le 30 mai 2005 à minuit douze, elle a constaté que quelqu'un était en train d'utiliser la ligne téléphonique de Roger WEDGE. L'appel était déjà en cours lorsqu'elle a commencé à écouter la conversation. Après avoir écouté cette conversation, elle a communiqué avec le gendarme LEGER et lui a fait part de la teneur de la conversation. À minuit quatorze, elle a écouté une conversation tenue dans le cadre d'un appel sortant effectué à partir de la même ligne téléphonique. À la fin de cet appel, elle a également informé le gendarme LEGER de la teneur de cette conversation. Le gendarme LEGER a demandé à la préposée à l'écoute RUSHTON de lui faire entendre les deux conversations au téléphone. Pendant qu'elle faisait jouer la première conversation, la préposée à l'écoute RUSHTON s'est rendu compte que c'était un avocat qui avait appelé au domicile de Roger WEDGE. La préposée à l'écoute RUSHTON a cessé de faire jouer l'appel et a dit au gendarme LEGER qu'elle ne savait pas que la personne en question était un avocat au moment où elle lui avait fait part de l'appel. Le gendarme LEGER a dit à la préposée à l'écoute RUSHTON qu'il écouterait la conversation en question parce que l'appelant transmettait un message provenant de Roger. La préposée à l'écoute RUSHTON a fait jouer le reste de la conversation pour le gendarme LEGER puisqu'elle lui avait déjà donné tous les détails lorsqu'elle l'avait appelé la première fois. Elle a fait jouer le deuxième appel à l'intention du gendarme LEGER.

Le premier appel a été bloqué conformément à la procédure habituelle régissant les appels auxquels des conseillers juridiques sont parties.

15. Le gendarme LEGER m'a informé que le 30 mai 2005, il a reçu un appel de Janice (la préposée à l'écoute) qui lui a dit que Yolande WEDGE venait tout juste de recevoir un appel d'une personne de sexe masculin dont l'identité était inconnue qui lui avait dit de téléphoner à Romeo et de se débarrasser de certains trucs que Roger avait dans la maison, et que cette personne avait dit à Yolande de faire attention parce qu'ils la surveillaient peut-être et de ne pas trop parler au téléphone. Janice l'a ensuite informé que Yolande avait communiqué avec Romeo et lui avait demandé de venir chez elle pour y prendre certains trucs et de faire attention parce qu'il était peut-être surveillé. Le gendarme LEGER a demandé à Janice (la préposée à l'écoute) de lui faire jouer la conversation en question au téléphone. Lorsque Janice a commencé à faire jouer la conversation depuis le début, elle a remarqué que la personne de sexe masculin qui parlait à Yolande était un avocat et elle a informé le gendarme LEGER qu'il lui fallait bloquer l'appel. Ce dernier lui a alors demandé de faire jouer la conversation parce qu'il croyait que nous avions le droit de l'écouter puisque Yolande n'était accusée de rien à ce moment-là et que le privilège du secret professionnel de l'avocat ne s'appliquerait pas dans cette situation. Ce que le gendarme LEGER retient de cette conversation c'est que la personne de sexe masculin y disait à Yolande que Roger avait été arrêté pour des motifs ressortissant au tabac et qu'il allait bien mais qu'il y avait des trucs dans la maison dont elle devait s'occuper, qu'elle devait communiquer avec Romeo et lui dire de venir chez elle et qu'il s'en occuperait. Cette personne de sexe masculin a aussi dit à Yolande d'être prudente parce qu'il se pourrait qu'ils la surveillent et de ne pas en dire trop au téléphone.

[13] On lit ensuite dans l'affidavit que le gendarme Martin dit avoir examiné la transcription de la conversation que Yolande Wedge a eue avec le dénommé Romeo à minuit quatorze le 30 mai 2005, pendant laquelle elle lui dit qu'elle a un message pour lui et qu'il y a sans doute quelque chose dans la maison qu'il doit venir prendre. Elle informe Romeo qu'elle croit qu'une arrestation a eu lieu et lui dit d'être prudent.

[14] Dans son affidavit, le gendarme Martin explique que par suite de ces deux interceptions, des policiers ont été envoyés au domicile des Wedge où ils ont arrêté M^{me} Wedge ainsi qu'un certain Romeo Martin. Lorsque la maison a été fouillée, les policiers ont remarqué la présence de résidus de tabac sur le siège de toilette et ils ont trouvé de petites quantités de différents genres de tabac dans la salle de bains.

[15] Dans l'ordonnance qu'il a rendue le 21 décembre 2005, le juge a [TRADUCTION] « levé les scellés » relativement à la communication entre M^{me} Wedge et M^e Martin qui a été interceptée et a remis celle-ci à un agent de police [TRADUCTION] « pour les fins de la tenue d'une enquête criminelle sur la conduite des participants à cette conversation ».

[16] George W. Martin a par la suite été accusé de l'infraction prévue au par. 139(2) du *Code criminel*. Selon l'acte d'accusation aux termes duquel il devait être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, il avait tenté [TRADUCTION] « d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice » en conseillant [TRADUCTION] « à Yolande Wedge de se défaire d'objets susceptibles de constituer des éléments de preuve relativement à la perpétration d'une infraction ».

[17] Avant qu'un jury ne soit constitué, les avocats de M^e Martin ont déposé une demande afin que la preuve du contenu de la conversation entre ce dernier et M^{me} Wedge qui avait été interceptée soit écartée pour le motif qu'il y avait eu violation du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives qui est garanti à M^e Martin par l'art. 8 de la *Charte* et qu'il s'ensuivait que cet élément de preuve devait être écarté conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

[18] Un voir-dire a été tenu en juin 2008 afin de déterminer l'admissibilité de la communication interceptée. M^e Martin a invoqué l'arrêt *R. c. Le (V.)* (1996), 181 A.R. 107 (C.A.), [1996] A.J. No. 143 (QL), et a prétendu que personne n'était autorisé à intercepter sa communication avec M^{me} Wedge parce qu'il ne relevait pas de la clause omnibus contenue dans l'autorisation étant donné qu'il n'était pas présent au domicile

des Wedge au moment où il a fait l'appel. Il a également prétendu que l'interception n'était pas valide parce que M^{me} Wedge était une personne connue et à moins qu'elle n'ait été expressément nommée dans l'autorisation, sa conversation n'aurait pas non plus dû être interceptée. M^e Martin a donc prétendu que M^{me} Rushton n'était pas autorisée, au départ, à écouter la conversation.

[19] De plus, M^e Martin a soutenu que l'interception électronique clandestine de sa conversation avec M^{me} Wedge a constitué une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. M^e Martin fait valoir qu'il avait une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée relativement à la conversation téléphonique qu'il a eue avec M^{me} Wedge. Il a prétendu que l'interception de sa communication avait eu lieu sans autorisation judiciaire préalable parce que les conditions énoncées à la clause p) ont été violées lorsque le gendarme Légère a écouté sa conversation avec M^{me} Wedge. Il a prétendu que le fait pour le gendarme Légère d'écouter la conversation était essentiellement assimilable à une fouille ou une perquisition sans mandat et que c'était donc au ministère public qu'il incombait d'établir que la perquisition n'était pas abusive. M^e Martin a invoqué l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, [1987] A.C.S. n° 15 (QL), où le juge Lamer (tel était alors son titre) a énoncé les conditions qui doivent être remplies pour que l'on puisse conclure qu'une fouille ou une perquisition sans mandat n'est pas abusive. Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. M^e Martin a fait valoir qu'en l'espèce, la fouille ou la perquisition n'était pas autorisée par la loi parce que la clause p)ii) n'autorisait pas le gendarme Légère à écouter une conversation à laquelle un avocat était partie.

[20] M^e Martin a prétendu que s'appuyer sur l'ordonnance prescrivant la levée des scellés relativement à une partie des conversations enregistrées pour en quelque sorte justifier la perquisition équivaldrait à une justification a posteriori de la perquisition, chose que la Cour suprême du Canada a expressément rejetée dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, [1984] A.C.S. n° 36 (QL). De plus, il a fait valoir que l'autorisation énonçait deux conditions nécessaires en ce qui concernait la délivrance de

l'ordonnance en question : (1) que la communication privée ait été mise sous scellés conformément à l'autorisation et (2) que la communication privée mise sous scellés soit présentée à la Cour afin qu'elle détermine si cette communication devrait être divulguée aux enquêteurs. En l'espèce, a-t-il prétendu, la communication n'a pas été mise sous scellés conformément à l'autorisation parce que le gendarme Légère a choisi de l'écouter en entier même après avoir appris que M^{me} Wedge s'entretenait avec un avocat. Il a également prétendu que ni la communication mise sous scellés ni sa transcription n'ont été présentées à la Cour dans le cadre de la demande en vue d'obtenir la levée des scellés relativement à cette communication.

[21] Finalement, M^e Martin a prétendu que la communication interceptée devait être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte* parce que son utilisation en preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il a reconnu que la communication ne constituait pas une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même et que l'équité du procès n'était pas en jeu, mais a fait valoir que la violation était grave et que dans les circonstances, il y avait une attente élevée en matière de respect de sa vie privée.

[22] Le substitut du procureur général a répondu à ces arguments dans un mémoire que l'on peut résumer ainsi :

- 1) La clause omnibus a une portée suffisamment large pour englober M^{me} Wedge et M^e Martin parce qu'elle autorisait l'interception des communications de toute personne utilisant le téléphone au domicile des Wedge et parce qu'il était inutile que M^{me} Wedge soit désignée comme personne connue puisqu'il n'y avait aucun motif raisonnable de croire que les communications dont elle était l'auteure pourraient être utiles à l'enquête sur le tabac.
- 2) Le fait que le gendarme Légère a écouté la communication interceptée ne constitue ni une fouille ni une perquisition ni une saisie parce que

la fouille, la perquisition et la saisie avaient déjà eu lieu à ce moment-là. Ce sont l'interception et l'enregistrement de la conversation qui constituent la fouille, la perquisition et la saisie, pas l'écoute subséquente de ce qui a déjà été enregistré.

- 3) Les circonstances de l'affaire sont [TRADUCTION] « particulières » parce que les faits incontestés établissent que M^{me} Rushton, la préposée à l'écoute, a entendu la preuve de la prétendue entrave à la justice avant de découvrir qu'un avocat était partie à la conversation.
- 4) Il est évident que la conversation entre M^e Martin et M^{me} Wedge n'était pas une communication privilégiée.
- 5) L'attente en matière de vie privée que pouvait avoir M^e Martin en ce qui concernait sa communication avec M^{me} Wedge ne pouvait être élevée parce qu'il a lui-même reconnu que les conversations téléphoniques provenant du domicile des Wedge pouvaient être interceptées.
- 6) Il n'y a pas de lien causal ou temporel entre la prétendue violation par le gendarme Légère des droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M^e Martin et l'interception de la communication, puisque l'interception avait déjà eu lieu au moment où le gendarme Légère a écouté l'enregistrement. Aucun élément de preuve n'a donc été obtenu dans des conditions qui portent atteinte à un droit garanti par la *Charte*.
- 7) Même s'il y a eu violation de l'art. 8 de la *Charte*, les circonstances militent en faveur de l'utilisation et non de l'exclusion de l'élément de preuve en question.

[23] Dans une décision rendue le 3 septembre 2008, le juge du procès a statué qu'il y avait lieu d'écarter la communication interceptée des éléments de preuve utilisés au procès. À la suite de cette décision, M^e Martin a fait un nouveau choix, celui d'être jugé par un juge seul, et il a plaidé non coupable. Le poursuivant n'a produit aucun élément de preuve et M^e Martin a été acquitté.

[24] Pour en arriver à sa décision, le juge du procès a statué que les communications dont M^e Martin était l'auteur [TRADUCTION] « n'étaient pas visées par la clause omnibus parce que sa communication n'a pas été "interceptée au [##], rue Moïse, [le domicile des Wedge]" comme l'exigeait l'alinéa a) de la clause (g) de l'autorisation » (par. 103). Le juge s'est appuyé sur l'arrêt *Le* pour conclure que [TRADUCTION] « à moins que Maître George Martin ne se trouvât au [##], rue Moïse, son appel ne devait pas être intercepté » (par. 104). De plus, le juge a statué que les communications dont M^{me} Wedge était l'auteure n'étaient pas visées par l'autorisation. Il semble en être arrivé à cette conclusion parce que M^{me} Wedge n'était pas désignée comme partie connue dans l'autorisation.

[25] Subsidiairement, le juge du procès a statué que même si M^{me} Wedge et M^e Martin étaient visés par la clause omnibus, les enquêteurs étaient néanmoins tenus de respecter strictement les dispositions de la clause p) de l'autorisation. Il a expliqué que dès que les autorités se sont rendu compte qu'il s'agissait d'un avocat, elles auraient dû cesser d'écouter. Il incombait ensuite à un juge, et non à un enquêteur de police, de déterminer si la communication était privilégiée.

[26] Le juge du procès a donc conclu que l'interception de la communication entre M^{me} Wedge et M^e Martin [TRADUCTION] « n'a pas été effectuée en conformité avec l'autorisation judiciaire » (par. 134). Il a ensuite examiné les conditions qui seraient néanmoins susceptibles de justifier une conclusion selon laquelle la fouille, la perquisition et la saisie n'étaient pas abusives et a conclu que ces conditions n'étaient pas remplies dans les circonstances parce que la fouille ou la perquisition n'était pas autorisée par la loi.

[27] De plus, le juge du procès a souscrit à la prétention de M^e Martin selon laquelle la communication en question n'avait pas été mise sous scellés [TRADUCTION] « conformément à l'autorisation » parce qu'elle avait été interceptée [TRADUCTION] « en violation des conditions qui [y] étaient énoncées » (par. 142). Selon le raisonnement qu'il a suivi, M^{me} Rushton, la préposée à l'écoute, a contrevenu à l'autorisation judiciaire parce qu'elle [TRADUCTION] « aurait dû se rendre compte que c'était un avocat qui était au téléphone avec [M^{me}] Wedge » (par. 143). Cette conclusion est fondée sur l'inférence antérieure du juge selon laquelle [TRADUCTION] « [I] "équipe chargée de l'opération" aurait raisonnablement dû envisager qu'une fois arrêté, Roger Wedge ne serait autorisé à parler qu'à un avocat et qu'il était tout naturel de s'attendre à ce que Roger Wedge veuille que son épouse sache où il se trouvait » (par. 22). Selon le juge du procès, [TRADUCTION] « le contenu de cette communication, même si l'on tient compte de la partie manquée au cours de laquelle le locuteur a expressément dit être avocat, ne pouvait tout simplement pas être le fait ou provenir d'une personne autre qu'un avocat ou, à tout le moins, ce contenu était d'une nature qui aurait raisonnablement amené toute personne se trouvant dans la situation de M^{me} Janice Rushton à croire que c'était un avocat qui parlait à M^{me} Wedge » (par. 149). Le juge était d'avis que l'ordonnance prescrivant la levée des scellés n'aurait pas dû être rendue parce que la conversation n'avait pas été mise sous scellés conformément à l'autorisation.

[28] En ce qui concerne la participation du gendarme Légère, le juge du procès a statué qu'il aurait dû lui aussi savoir dès le début que la conversation dont M^{me} Rushton lui faisait part était une conversation à laquelle un avocat était partie. Il a également critiqué le gendarme Légère pour avoir enjoint à M^{me} Rushton de lui faire jouer le reste de la conversation même après avoir entendu M^e Martin dire qu'il était avocat. Le juge a considéré que les actes du gendarme Légère à cet égard revenaient à usurper le rôle qui incombe à la Cour.

[29] En somme, le juge du procès a conclu que la préposée à l'écoute, M^{me} Rushton, et l'enquêteur principal, le gendarme Légère, avaient tous deux violé le droit que l'art. 8 garantit à M^e Martin parce qu'ils auraient dû savoir dès le début qu'un

avocat était partie à la conversation. Selon le juge, seul un avocat aurait pu faire un appel de cette nature à M^{me} Wedge et les représentants de la GRC auraient dû s'en rendre compte parce qu'ils savaient que M. Wedge était en détention et ils auraient dû s'attendre à ce qu'il exerce son droit à l'assistance d'un avocat.

[30] Puisqu'il avait conclu à une violation de l'art. 8 de la *Charte*, le juge du procès a reconnu la nécessité d'entreprendre l'analyse prescrite par le par. 24(2) de la *Charte*. Il a pris en compte les facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*. Le juge s'est dit d'accord avec les deux avocats pour conclure que l'utilisation de l'élément de preuve en question ne compromettrait pas l'équité du procès. Il s'est donc penché sur les autres facteurs. En ce qui concerne la gravité de la violation, le juge impute au gendarme Légère l'intention de faire arrêter, ce soir-là, toutes les personnes présentes chez les Wedge, dès que l'on aurait appris que M. Wedge avait été arrêté. Voici l'explication qu'a donnée le juge :

[TRADUCTION]

La Cour précise que l'élément de preuve consistant dans les notes du gendarme Tremblay qui indiquent qu'on l'a appelé quinze minutes passé minuit afin qu'accompagné de son équipe, il interdise l'accès au domicile des Wedge, arrête les personnes présentes et reste sur les lieux jusqu'à l'arrivée du mandat de perquisition et que le gendarme Tremblay est arrivé au domicile des Wedge à minuit vingt-quatre minutes montre clairement aux yeux de la Cour que, comme il fallait s'y attendre et comme le bon sens l'aurait dicté au gendarme Légère, il fallait, dès que le secret a été éventé, que l'accès à cette maison soit interdit.

Pour tout dire, et ce sont là les conclusions et inférences de la Cour, le fait que Roger Wedge avait terminé sa consultation avec son avocat à minuit dix et qu'il a fallu une minute et demie à deux minutes à la caporale Craig pour ramener Roger Wedge à sa cellule et venir retrouver le gendarme Légère dans la salle de commandement, nous ramène à la conclusion que dès que Roger Wedge eut mis fin à sa conversation téléphonique avec son avocat et donc bien avant que le gendarme Légère eut même été mis au courant du fait que M^{me} Rushton avait intercepté un appel,

le gendarme Légère avait déjà décidé que l'accès à cette maison devait être interdit.

Les conclusions tirées ci-dessus sont renforcées par le fait qu'étant donné le contexte dans son ensemble, il devait être clair aux yeux du gendarme Légère que dès qu'il serait arrêté et au plus tard lorsqu'il saurait qu'il ne rentrerait pas chez lui ce soir-là (parce qu'il était détenu pour des fins d'enquête), M. Roger Wedge aurait voulu que son épouse soit informée de l'endroit où il se trouvait.

Ce message à son épouse devait être transmis par la seule personne à qui Roger Wedge serait autorisé à parler, savoir un avocat. Le gendarme Légère savait forcément que, à compter du moment où Roger Wedge en aurait terminé avec son avocat, tout ce que cet avocat pourrait dire à M^{me} Wedge, à part le fait que son mari avait été arrêté, et ce que serait la réaction de M^{me} Wedge, sont toutes des choses que le gendarme Légère et son « équipe chargée de l'opération » avaient prévues dès la première minute où l'opération a été lancée le 28 mai 2005.

En qui concerne les conclusions tirées ci-dessus, la Cour trouve un appui suffisant dans la preuve, notamment le fait que l'« équipe chargée de l'opération » avait la nette intention d'obtenir des mandats de perquisition dès que Roger Wedge serait arrêté.

La Cour souscrit donc à la prétention du défendeur voulant que les motifs qu'avait le gendarme Légère pour arrêter Yolande Wedge, et quiconque était présent au domicile des Wedge, aient été les mêmes avant qu'il écoute, en toute connaissance de cause, la conversation à laquelle prenait part M^e Martin, mais la Cour ajoute que l'opération visait clairement à ce que les policiers contrôlent l'accès à la maison dès que « le secret serait éventé » (lorsque Roger Wedge se verrait offrir pour la première fois la possibilité de parler à un avocat) ce qui a été fait à minuit quinze. [Par. 204 à 209]

[31] Le juge a ensuite fait observer que l'interdiction énoncée à la clause p)ii) de l'autorisation était parfaitement claire. Il a conclu qu'en écoutant la conversation interceptée même après que M^{me} Rushton l'eut prévenu que celle-ci devait être mise sous

scellés, le gendarme Légère a usurpé le rôle qui incombe aux tribunaux judiciaires et a commis une [TRADUCTION] « très grave violation ». Le juge a rejeté l'argument du poursuivant concernant l'attente réduite qu'avait M^e Martin en matière de respect de la vie privée du fait qu'il se doutait que la conversation pourrait être interceptée. Sur ce point, le juge a dit que M^e Martin savait forcément que dès lors qu'il s'identifierait comme étant avocat au tout début de la conversation, il n'avait [TRADUCTION] « rien à craindre [puisque sa] conversation ne pouvait être écoutée » (par. 216).

[32] Au bout du compte, le juge du procès a reconnu que sa décision contredit même la position de M^e Martin en ce qui concerne les circonstances factuelles de la présente instance. Pendant toute la durée de l'instance, M^e Martin s'était concentré sur la conduite du gendarme Légère dans cette affaire et n'avait jamais contesté sérieusement les actes de M^{me} Rushton. Le juge du procès a néanmoins conclu que la préposée à l'écoute et l'enquêteur principal avaient tous deux violé les droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M^e Martin et que cette violation avait donné lieu à l'obtention de l'élément de preuve contesté. Il a conclu que tout juge qui aurait ultérieurement tranché une demande en vue d'obtenir la levée des scellés relativement à la conversation en question n'aurait pas rendu une ordonnance prescrivant la levée des scellés s'il avait été au fait de toutes les circonstances. Le juge a également dit qu'il aurait aussi écarté l'élément de preuve en question en s'appuyant uniquement sur la violation qu'avait commise, a-t-il conclu, le gendarme Légère, parce que, selon lui, le lien temporel entre l'obtention de l'élément de preuve et la violation de la *Charte* était suffisant pour que le par. 24(2) s'applique.

III. Les questions à trancher dans le cadre de l'appel

[33] Le procureur général du Nouveau-Brunswick interjette appel de l'acquiescement de M^e Martin. Les questions débattues lors de l'audition de l'appel peuvent se résumer ainsi :

- 1) Le juge du procès a-t-il commis des erreurs manifestes et dominantes dans ses conclusions de fait?

- 2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant que la clause omnibus ne s'appliquait pas à M^e Martin?
- 3) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant qu'il y avait eu violation de l'art. 8 de la *Charte*?
- 4) Y avait-il lieu d'écarter l'élément de preuve en question en vertu du par. 24(2)?

IV. Analyse

A. *Les limites du droit du procureur général d'interjeter appel*

[34] L'alinéa 676(1)a) du *Code criminel* confère au procureur général le droit d'introduire un recours devant la cour d'appel contre un acquittement pour tout motif qui comporte une question de droit seulement. Cela veut dire que « le ministère public n'a le droit d'en appeler d'un acquittement que sur une question de droit » : *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, [2000] A.C.S. n^o 16 (QL), 2000 CSC 15, au par. 30. En l'espèce, toutefois, le procureur général prétend, dans son premier moyen d'appel, que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante dans ses conclusions de fait, ce qui a donné lieu à des conclusions qui étaient [TRADUCTION] « manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve de sorte qu'il a commis une erreur de droit ». M^e Martin prétend que ce n'est pas là un motif sur lequel le procureur général peut s'appuyer, à bon droit, pour interjeter appel. Dans l'ensemble, je souscris à la prétention de M^e Martin. Le législateur fédéral a limité le droit d'appel du ministère public aux seules questions de droit et dans le cas d'un acquittement, cela soustrait habituellement les conclusions factuelles à toute révision en appel. Toutefois, cette règle n'est pas absolue. Si les conclusions de fait ne trouvent pas appui dans la preuve mais sont plutôt fondées sur des conjectures ou des possibilités hypothétiques, la question soulevée est alors assimilable à une question de droit : *Rousseau c. La Reine*; *R. c. Rousseau*, [1985] 2 R.C.S. 38, [1985] A.C.S. n^o 46 (QL); *R. c. Dubois* (1979), 17 A.R. 541, [1979] A.J. No. 848 (C.A.) (QL) (motifs dissidents du juge McGillivray, juge en chef de l'Alberta, confirmés par la Cour suprême au volume [1980] 2 R.C.S. 21 et à [1980] A.C.S. n^o 38

(QL)); *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101, [1970] A.C.S. n° 69 (QL); et *R. c. White (G.)* (1994), 130 N.S.R. (2d) 143, [1994] N.S.J. No. 149 (C.A.) (QL). Dans la dernière de ces instances, le juge d'appel Chipman a ainsi expliqué cette règle :

[TRADUCTION]

Dans l'arrêt *R. c. Dubois* (1979), 49 C.C.C. (2d) 501, à la p. 509 (C.A. Alb.), le juge en chef McGillivray, dont les motifs ont été adoptés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Dubois*, [1980] 2 R.C.S. 21, a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] Je suis respectueusement d'avis que les observations que le distingué juge du procès a faites pendant le débat, considérés conjointement avec ses motifs de jugement, établissent clairement qu'il n'a pas fait la distinction entre une conclusion rationnelle, fondée sur la preuve, et une conclusion qui est fondée sur des conjectures et qui ne trouve pas appui dans la preuve, que c'est là une erreur de droit et qu'il s'est fondé sur des considérations erronées en droit.

À la page 509, le juge en chef McGillivray a cité, en marquant son approbation, le passage suivant de l'arrêt *R. c. McIver* (1965), 1 C.C.C. 210 (C.A. Ont), confirmé par la Cour suprême du Canada au volume (1966), 2 C.C.C. 289, où le juge McRuer a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

La règle (de l'affaire Hodge) dit clairement que la cause doit être jugée d'après les faits, c'est-à-dire les faits en preuve, et les solutions compatibles avec l'innocence de l'accusé doivent être logiques et fondées sur des déductions tirées des faits prouvés. Une conclusion ne peut être logique si elle ne se fonde pas sur la preuve. Une telle conclusion est conjecturale et imaginaire, mais non logique.

Voir aussi les arrêts *R. c. Paul* (1975), 27 C.C.C. (2d) [1] (C.S.C.); *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101; et *R. c. Bagshaw* (1971), 4 C.C.C. (2d) 303 (C.S.C.).

Ces arrêts établissent qu'il existe une distinction entre, d'une part, les conjectures et les suppositions et d'autre

part, les conclusions rationnelles fondées sur la preuve dans son ensemble. Le non-respect de cette distinction constitue une erreur sur une question de droit. La présente Cour a donc le pouvoir et l'obligation d'intervenir lorsqu'une erreur de cette nature a été commise. [Par. 54 à 57]

[35] Dans l'arrêt *Schuldt c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 592, [1985] A.C.S. n° 76 (QL), le juge Lamer (tel était alors son titre), qui rendait jugement au nom de la Cour, a souscrit à la décision que la Cour avait rendue dans l'affaire *Wild* portant que si le juge du procès s'appuie sur des suppositions ou des conjectures, il applique « le mauvais critère à la preuve et [commet] une erreur de droit » (par. 19).

[36] Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi une conclusion fondée sur des conjectures ou des suppositions constitue une erreur de droit. Il existe un principe directeur important qui régit les procès et qui veut que les inférences et les conclusions de fait doivent reposer sur des preuves. Si un juge permet que des conjectures et des suppositions fondent ces conclusions et inférences, il applique le mauvais critère et commet une erreur de droit. Dans l'arrêt *Parlee c. McFarlane* (1999), 210 R.N.-B. (2^e) 284, [1999] A.N.-B. n° 88 (QL), le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) explique ainsi ce principe :

[...] Dans *Eastern Sprinkler Supplies Ltd. c. Woods (R.A.) Construction Ltd. et al.* (1998), 200 R.N.-B. (2^e) 382, aux p. 393 et 394, notre cour a attiré l'attention du juge du procès sur la nette distinction qu'il y a lieu d'établir entre la conjecture et l'inférence. Nous disions ceci :

[TRADUCTION]

Après avoir mentionné le principe voulant qu'il ne soit pas facile de conclure à l'existence de rapports contractuels en matière de construction, le juge du procès a « inféré » et a, par conséquent, conclu qu'il existait un contrat direct entre R.A. Woods et Eastern Sprinkler. Il a tiré cette inférence en s'appuyant sur le fait que les « contacts directs entre Woods et Eastern [avaient] été tellement nombreux en mars et avril ».

Dans l'ouvrage intitulé *Black's Law Dictionary*, 6^e éd. (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990), on trouve, à la page 778, une description exacte de la nature de l'inférence. Le mot anglais « inference » y est ainsi défini :

[TRADUCTION]

En droit de la preuve, vérité ou proposition découlant d'une autre qui est supposée être vraie ou tenue pour vraie. Mode de raisonnement par lequel le fait ou la proposition que l'on veut établir est, par déduction, une conséquence logique d'autres faits, ou d'un état de fait, déjà prouvés ou reconnus. Conclusion logique et raisonnable quant à l'existence d'un fait qui n'est pas établi au moyen d'une preuve directe mais dont l'arbitre des faits pourrait, d'une manière logique et raisonnée, conclure qu'il existe en s'appuyant sur les faits établis.

Une inférence ne peut être tirée que si elle découle logiquement des faits établis. Le fait que les contacts entre R.A. Woods et Eastern Sprinkler aient été nombreux en mars ou avril 1992 ne permet pas d'inférer en droit qu'il existait entre elles un contrat direct. Une telle déduction n'est tout simplement pas raisonnable et en conséquence, elle n'a pas la valeur d'une preuve légale. Dans l'arrêt *Raworth (C.C.) & Sons Ltd. c. Moncton (City)* (1957), 8 D.L.R. (2d) 478 (C.A.N.-B.), à la page 485, le juge en chef du Nouveau-Brunswick, l'honorable McNair, a mentionné, en marquant son approbation, le passage suivant, souvent cité, de l'opinion dissidente de lord Macmillan dans l'arrêt *Jones c. Great Western Railway Co.* (1930), 47 T.L.R. 39 (Ch. des lords), à la page 45 :

[TRADUCTION]

La ligne de démarcation entre une conjecture et une inférence est souvent très difficile à tracer. Une conjecture peut être plausible, mais elle n'a aucune valeur juridique, car elle n'est, par nature, qu'une simple hypothèse. Une inférence, au sens juridique, par contre, est une déduction tirée de la preuve et, s'il s'agit d'une déduction raisonnable, elle peut avoir la valeur d'une preuve légale.

Le juge du procès a commis une erreur de droit en inférant l'existence d'un contrat direct du fait qu'il y avait eu de

nombreuses conversations téléphoniques en mars et avril 1992. (Souligné dans l'original.)

Il convient de rappeler la différence fondamentale entre une conjecture et une inférence. La première ne constitue pas un moyen fiable de recherche des faits pour la simple raison qu'elle ne repose pas sur un fondement de preuve impérieux; de par sa nature, elle est étrangère à la prise de décision judiciaire. La deuxième est le produit d'un processus traditionnel de recherche des faits. Ce processus implique le fait de tirer d'une preuve forte une conclusion logique. De par sa nature, elle est, à n'en pas douter, une arme fiable dans l'arsenal judiciaire de la recherche des faits.

[Par. 42 et 43]

[37] À mon avis, cela est analogue au principe récemment examiné dans l'arrêt *R. c. Noel*, 2010 NBCA 28, où le juge en chef Drapeau a statué qu'un juge du procès qui tranche une question décisive « sur la foi de renseignements provenant d'autres sources que le dossier de preuve mis à sa disposition » commet une erreur de droit (par. 35).

[38] En l'espèce, je conclus que le juge du procès s'est appuyé sur des suppositions et des conjectures pour tirer des conclusions et des inférences factuelles fondamentales, ce qui a substantiellement entaché les conclusions qu'il a tirées en ce qui concerne à la fois l'art. 8 et le par. 24(2). J'exposerai ces conclusions et inférences erronées lorsque j'analyserai les questions ressortissant à l'art. 8 et au par. 24(2).

[39] L'erreur que commet le juge du procès en s'appuyant sur des conjectures et des suppositions pour tirer des conclusions ou inférences factuelles n'entraîne pas nécessairement, toutefois, l'intervention de la cour d'appel. Dans l'arrêt *R. c. Duguay (R.)* (2007), 320 R.N.-B. (2^e) 104, [2007] A.N.-B. n^o 337 (QL), 2007 NBCA 65, le juge d'appel Deschênes a exposé la norme de contrôle qui s'applique lorsque le ministère public interjette appel d'un acquittement et a examiné la décision de la Cour suprême qui est pertinente à cet égard. Voici les explications qu'il a données :

Il s'agit en l'espèce de l'appel du verdict d'acquiescement d'un accusé. Au par. 22 de l'arrêt *R. c. Doiron* [...] [2005] A.N.-B. n° 513 (QL), 2005 NBCA 109, notre Cour a récemment examiné la norme de contrôle qui s'applique en appel dans ces circonstances :

Dans le cadre d'un appel comme celui-ci, le ministère public doit non seulement nous convaincre qu'une erreur de droit a été commise, il doit également nous convaincre que si l'erreur de droit n'avait pas été commise, la décision du juge du procès n'aurait pas nécessairement été la même. (*Vézeau c. R.*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Sutton*, [2000] 2 R.C.S. 595, au paragraphe 2, et *R. c. Pavlovsky (G.)* (2005), 281 R.N.-B. (2^o) 42 (C.A.). Dans l'arrêt *Pavlovsky*, notre Cour a dit ce qui suit, au paragraphe 29 :

[TRADUCTION] Pour les motifs dont nous avons amplement fait état ci-dessus, le juge du procès a commis plusieurs erreurs de droit et n'a pas appliqué le bon critère juridique lorsqu'il a écarté les déclarations que M. Pavlovsky a faites dans la voiture de police. Toutefois, ce ne sont pas toutes les erreurs de droit qui sont fatales, en ce sens qu'elles justifient un nouveau procès. Comme l'a statué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Vézeau*, [1977] 2 R.C.S. 277, 8 N.R. 235, il incombe au ministère public de convaincre la Cour d'appel que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si l'erreur de droit n'avait pas été commise au procès. Un acquiescement ne saurait être infirmé à la légère. Cette charge est lourde et la poursuite doit s'en acquitter avec un degré raisonnable de certitude : *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, 88 N.R. 161, 30 O.A.C. 81, à la page 374 [R.C.S.].

Pas plus tard que l'an dernier, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. Graveline*, [2006] 1 R.C.S. 609, [2006] A.C.S. n° 16 (QL), 2006 CSC 16, aux par. 13 à 16, a, sous la plume du juge Fish, réaffirmé la norme applicable dont elle avait fait état dans les arrêts *R. c. Morin* [...] et *R. c. Sutton* [...] et qui a été reprise dans l'arrêt *Doiron* :

Dans bon nombre de ressorts, comme le juge Cory l'a fait remarquer dans *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629, p. 645, l'État ne peut interjeter appel du verdict d'acquiescement d'un accusé au procès. Au Canada, ce n'est pas le cas. L'alinéa 676(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, prévoit que le procureur général peut introduire un recours devant la Cour d'appel « contre un jugement ou verdict d'acquiescement [...] pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement ».

Il est cependant établi depuis longtemps qu'un appel interjeté par le Procureur général ne saurait être accueilli sur une possibilité abstraite ou purement hypothétique selon laquelle l'accusé aurait été déclaré coupable n'eût été l'erreur de droit. Il faut des moyens plus concrets. Pour obtenir un nouveau procès, le ministère public doit convaincre la cour d'appel qu'il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur (ou les erreurs) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement. Le Procureur général n'est toutefois pas tenu de nous persuader que le verdict aurait nécessairement été différent.

Ce fardeau qui incombe au ministère public et qui demeure inchangé depuis plus d'un demi-siècle (voir *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658) a été expliqué comme suit par le juge Sopinka au nom de la majorité dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345 :

Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire. [p. 374]

S'exprimant plus récemment dans un jugement unanime, la Juge en chef a dit ce qui suit dans *R. c. Sutton*, [2000] 2 R.C.S. 595, 2000 CSC 50 :

Les parties s'entendent pour dire que les verdicts d'acquiescement ne sont pas annulés à la légère. Selon le critère énoncé dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, le ministère public doit convaincre la cour que le verdict n'aurait pas été nécessairement le même s'il n'y avait pas eu d'erreurs. Dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, notre Cour souligne le fait que « cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude » (p. 374). [par. 2]

[Par. 26 et 27]

[40] À la lumière de ces principes, j'examinerai maintenant les autres questions soulevées dans le cadre du présent appel.

B. *La clause omnibus*

[41] Lorsqu'il l'estime approprié, le juge qui autorise l'interception peut inclure, dans l'autorisation accordée sous le régime de la Partie VI, une clause omnibus aux fins de permettre l'interception des communications de personnes dont l'identité est inconnue « du moins tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas formulée de sorte à confier aux enquêteurs la discrétion de déterminer qui pourrait voir ses communications interceptées » : *R. c. Gray (R.) and Gray (H.)* (1998), 208 R.N.-B. (2^e) 1, [1998] A.N.-B. n^o 486 (C.A.) (QL), le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre), au par. 10. Dans le cas qui nous occupe, l'autorisation contenait une clause omnibus.

[42] Le juge du procès a conclu que la clause omnibus n'avait pas une portée suffisamment large pour permettre l'interception de la communication contestée qui a eu lieu entre M^e Martin et M^{me} Wedge. S'appuyant sur l'arrêt *Le*, il a statué que pour que la clause omnibus s'applique à M^e Martin, il aurait fallu que celui-ci soit physiquement présent au domicile des Wedge lorsqu'il a fait l'appel en question. Bien qu'il n'ait pas

exposé en détail les motifs pour lesquels il l'a fait, le juge du procès a également statué que la clause omnibus ne s'appliquait pas aux communications auxquelles M^{me} Wedge était partie. Sur ce point, il s'est simplement reporté à l'arrêt *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148, [1988] A.C.S. n° 70 (QL). Compte tenu des arguments présentés au procès, il semble que le juge du procès a statué que la clause omnibus ne s'appliquait pas à M^{me} Wedge parce qu'elle était une personne dont on savait qu'elle habitait au domicile des Wedge mais qui n'était cependant pas désignée comme personne connue dans l'autorisation.

[43] Dans l'affaire *Le*, l'accusée avait été déclarée coupable de complot en vue de faire le trafic de cocaïne et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. La déclaration de culpabilité était en partie fondée sur des communications privées qui avaient été interceptées. Dans cette affaire, l'accusée n'avait pas été mentionnée comme étant une personne visée dans l'autorisation de mise sous écoute électronique et le lieu à partir duquel elle avait établi la communication n'y était pas décrit comme étant un lieu connu. Bien que le lieu vers lequel l'appel avait été dirigé ait été expressément décrit dans l'autorisation, la personne à qui la communication était destinée n'était pas une personne connue. Autrement dit, il s'agissait d'une communication entre deux personnes qui n'étaient pas nommément désignées, dont une se trouvait à l'endroit décrit dans l'autorisation. La Cour d'appel de l'Alberta a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Elle a statué que [TRADUCTION] « la partie des conversations » dont l'accusée était l'auteure [TRADUCTION] n'était pas visée par l'autorisation puisque celle-ci n'était pas une personne nommément désignée et ne se trouvait pas à un lieu décrit expressément ou non dans l'ordonnance » (au par. 13). La Cour a statué que [TRADUCTION] « la partie des conversations » dont l'autre personne était l'auteure était [TRADUCTION] « visée par [l'autorisation parce que cette personne se trouvait] au moment pertinent à un endroit désigné ». Pour en arriver à cette conclusion, la Cour a invoqué les arrêts *Chesson* et *Goldman c. R.* [1980], 1 R.C.S. 976, [1979] A.C.S. n° 136 (QL).

[44] Dans l'affaire *Chesson*, il y avait eu interception de communications privées dans une automobile. Une des questions soulevées dans cette affaire était l'utilisation qui pouvait être faite d'une conversation à laquelle était partie une personne qui n'était pas désignée dans l'autorisation mais dont on savait qu'elle était l'amie de coeur d'une personne qui, elle, était désignée. La Cour suprême a statué que cette personne aurait été une personne inconnue visée par la clause omnibus si l'une des conditions suivantes avait été remplie : (1) elle était « une personne dont la police ignorait l'existence au moment de la demande d'autorisation » ou, (2) une personne « dont la police ignorait à ce moment-là qu'il s'agissait de quelqu'un “dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction” » (par. 21).

[45] Dans l'arrêt *Chesson*, la Cour suprême a statué que l'amie de coeur de la personne ciblée était une personne connue et ne pouvait donc être visée par la clause omnibus parce que le juge du procès avait conclu qu'au moment de la demande d'autorisation, il existait des motifs raisonnables et probables de croire que l'interception des communications privées de cette amie de coeur pourrait être utile à l'enquête.

[46] En l'espèce, M^{me} Wedge était certainement connue des policiers au moment où ils ont demandé l'autorisation. Le poursuivant a reconnu ce fait au procès. Toutefois, on n'a produit aucune preuve de motifs raisonnables et probables de croire que l'interception de ses communications privées pouvait être utile à l'enquête. Notamment, le juge du procès n'a tiré aucune conclusion selon laquelle il y avait des motifs raisonnables de croire que les actes ou les conversations de M^{me} Wedge aideraient les policiers dans leur enquête sur les infractions en matière de tabac.

[47] Une clause omnibus qui autorise l'interception des communications de personnes inconnues (au sens du critère énoncé dans l'arrêt *Chesson*) à un endroit connu peut être suffisante pour conférer le pouvoir d'intercepter les conversations des autres occupants de la maison. Dans l'arrêt *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, [1990]

A.C.S. n° 104 (QL), le juge Sopinka, qui rendait le jugement de la majorité, a souligné ceci :

Dans toute autorisation, il peut y avoir atteinte à la vie privée de tiers innocents. Par exemple, le dispositif d'écoute installé sur le téléphone de la résidence d'une cible enregistrera les communications des autres occupants de la maison. C'est l'un des inconvénients malheureux de la surveillance électronique. Mais il s'agit d'un inconvénient que le Parlement a évidemment estimé justifié dans des circonstances appropriées au cours d'une enquête portant sur un crime grave. [Par. 48]

[48] Bien entendu, il peut arriver qu'une cause omnibus ne soit pas valide si sa portée est trop large, au point de permettre l'interception des communications d'un trop grand nombre de particuliers. Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce. La partie contestée de la clause omnibus autorisait l'interception des communications de personnes inconnues – c'est-à-dire de personnes qui n'étaient pas connues ou dont l'identité était connue mais à l'égard desquelles les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables de croire que l'interception de leurs communications pouvait être utile à leur enquête – au domicile des Wedge, dans trois véhicules à moteur précis et à un numéro de téléphone précis. Je suis respectueusement d'avis que cette clause n'était pas large au point d'être invalide, mais qu'elle avait une portée suffisamment large pour autoriser l'interception des communications de M^{me} Wedge au domicile des Wedge.

[49] En plus de conclure que la clause omnibus ne s'appliquait pas à M^{me} Wedge, le juge du procès a également conclu qu'elle ne pouvait s'appliquer à M^e Martin parce que ce dernier ne se trouvait pas au domicile des Wedge lorsqu'il a fait l'appel en question. Il découle de cette décision que seuls les appels faits depuis la résidence des Wedge pouvaient être interceptés en vertu de l'autorisation. Les appels à destination de la résidence des Wedge, selon le raisonnement du juge du procès, seraient exclus. C'est essentiellement ce qui a été statué dans l'arrêt *Le*, mais, comme nous le verrons plus loin, *Le* doit être interprété à la lumière de la clause omnibus très restreinte que contenait l'autorisation en jeu dans cette affaire. De plus, dans l'arrêt *R. c. Taylor*

(1997), 86 B.C.A.C. 224, [1997] B.C.J. No. 346 (QL), conf. [1998] 1 R.C.S. 26, [1998] A.C.S. n° 5 (QL), décision ultérieure à l'arrêt *Le*, la Cour suprême a souscrit à la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui avait adopté le raisonnement de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. c. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1, [1995] J.Q. n° 496 (C.A.) (QL) (autorisation de pourvoi refusée [1995] C.S.C.R. n° 505 (QL)), affaire dans laquelle un appel provenant d'un poste de police avait été intercepté :

Il me semble que l'on confond ici le lieu d'où origine l'appel et celui de l'interception en regard du lieu autorisé pour l'interception. En effet, l'appelant Duguay soutient erronément que ce sont les cellules de police qui constituent le lieu de l'interception, alors que la preuve démontre clairement que la conversation a été interceptée à partir de sa résidence, lieu spécifiquement visé dans l'autorisation.

[50] Dans l'affaire *Taillefer*, l'appel provenait des cellules du poste de police et avait été fait à destination de la résidence visée par l'autorisation. Dans l'affaire *Taylor*, l'appel avait été fait par une personne nommée dans l'autorisation, avait été fait au moyen d'un téléphone cellulaire et était destiné à un cabinet d'avocat. Le juge du procès avait écarté la conversation, non pas en raison d'un privilège ou de la disposition énoncée dans l'autorisation qui excluait l'interception des communications faites à destination du bureau ou du domicile d'un avocat, mais parce que l'interception avait eu lieu au bureau de l'avocat. S'appuyant sur l'arrêt *Taillefer*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en tirant cette conclusion. La Cour suprême a souscrit à sa décision.

[51] Dans l'arrêt *R. c. Willock* (1998), 64 Alta. L.R. (3d) 354, [1998] A.J. No. 884 (QL), 1998 ABCA 260, la Cour d'appel de l'Alberta a écarté l'arrêt *Le* pour le motif que la décision, dans cette affaire, était [TRADUCTION] « le reflet du libellé restrictif de la clause omnibus qu'avait invoquée le ministère public » (par. 16). Comme l'a souligné la Cour, la clause omnibus dont il était question dans l'affaire *Le* précisait que seules les communications établies par des personnes inconnues à des endroits précis pouvaient être interceptées. Tel n'était pas le cas de la clause omnibus dont il était question dans

l'affaire *Willock*. La Cour a souligné qu'il y avait lieu d'établir une distinction entre le lieu d'origine de la communication et le lieu où la communication a été interceptée; elle a appliqué le raisonnement suivi dans l'arrêt *Taillefer* et a statué que [TRADUCTION] « [s]i la personne dont la communication est interceptée est soit une personne connue soit une personne inconnue décrite dans l'autorisation, l'interception est légale pourvu qu'elle ait été faite sur une ligne téléphonique à partir ou à destination d'un lieu expressément décrit dans l'autorisation » (par. 12). La Cour a suivi le raisonnement suivant :

[TRADUCTION]

Les communications produites en preuve en l'espèce ont été interceptées sur les lignes téléphoniques à partir ou à destination de lieux expressément décrits au paragraphe 5. À notre avis, l'endroit où se trouvaient les intimés au moment où ils ont établis les communications en question n'a aucune importance. L'expression [TRADUCTION] « interceptée à », au paragraphe 5, se rapporte clairement à l'emplacement réel où les interceptions ont pu avoir lieu. Les personnes inconnues, comme les intimés, qui communiquent avec une des personnes nommément désignées au paragraphe 3 ou, d'ailleurs, avec qui que ce soit d'autre, sur les lignes téléphoniques à partir ou à destination d'un lieu décrit au paragraphe 5, sont visées par une ou plusieurs des clauses omnibus et l'interception de leurs communications est autorisée et légale. [Par. 9] [C'est moi qui souligne.]

[52] L'arrêt *Taylor* énonce l'état du droit en ce qui concerne le lieu de l'interception. Si on l'applique à la présente instance, il est clair que l'interception a été faite au domicile des Wedge et non chez M^e Martin. Il y a eu interception d'une conversation entre une personne inconnue (M^e Martin) et une autre personne inconnue (M^{me} Wedge) dans des locaux expressément mentionnés dans l'autorisation et j'estime qu'il s'agissait d'une interception qui relevait parfaitement de la clause omnibus.

[53] La norme de contrôle qui s'applique à ce moyen d'appel est celle de la décision correcte. Le juge du procès a appliqué le mauvais critère aux fins de déterminer la portée de la clause omnibus et a commis une erreur en statuant qu'elle ne s'appliquait

pas à la conversation que M^c Martin a eue avec M^{me} Wedge. Sa conclusion à cet égard doit donc être infirmée.

C. *La fouille, la perquisition et la saisie*

[54] Bien que je ne souscrive pas à la conclusion du juge du procès selon laquelle l'interception en question ne relevait pas de la clause omnibus, je souscris à sa conclusion selon laquelle les actes de la préposée à l'écoute et de l'enquêteur ne respectaient pas les dispositions de la clause p)ii) de l'autorisation. On se rappellera que les parties importantes de la clause p)ii) disposent que [TRADUCTION] « lorsqu'un préposé à l'écoute, un agent de police ou un enquêteur a des motifs raisonnables de croire qu'un avocat [...] est partie à une communication, ce préposé à l'écoute, agent de police ou enquêteur doit cesser d'écouter la communication mais peut continuer de l'enregistrer... [et la communication ainsi interceptée] sera mise sous scellés et nul n'y aura accès sauf dans la mesure où la [...] Cour pourra l'autoriser ». Je souscris à la conclusion du juge du procès selon laquelle dès que les autorités se sont rendu compte qu'un avocat était partie à la communication, elles auraient dû cesser d'écouter. Là s'arrête la concordance de nos avis car je ne souscris toutefois pas à sa conclusion concernant l'ampleur de la violation de cette clause. Plus précisément, je ne puis souscrire à sa conclusion selon laquelle M^{me} Rushton [TRADUCTION] « aurait dû se rendre compte que c'était un avocat qui était au téléphone avec [M^{me}] Wedge » ou selon laquelle l'agent Légère aurait dû savoir dès le départ que c'était un avocat qui avait téléphoné à M^{me} Wedge. Je ne puis souscrire à ces conclusions parce qu'elles sont le fruit de conclusions et d'inférences factuelles qui reposent uniquement sur des conjectures.

[55] Le juge du procès a conclu [TRADUCTION] qu'« il était tout à fait probable que M^c Martin appellerait au domicile de Roger Wedge ne serait-ce que pour informer M^{me} Wedge de l'endroit où se trouvait son mari » (par. 44). Cela l'a ensuite amené à conclure que même si l'on excluait la première partie de la conversation interceptée, au cours de laquelle M^c Martin dit être avocat, [TRADUCTION] « toute personne se trouvant dans la situation de M^{me} Janice Rushton [aurait raisonnablement

cru] que c'était un avocat qui parlait à M^{me} Wedge » (par. 149). Le procureur général prétend que ces conclusions ne sont que de pures conjectures. Il fait également valoir que le juge du procès a formulé l'hypothèse que personne d'autre qu'un avocat n'aurait été au courant de l'arrestation de M. Wedge. S'appuyant sur cette hypothèse, le juge du procès a imputé aux enquêteurs de police des motifs que n'était tout simplement aucun élément de preuve. Plus précisément, le juge du procès a attribué aux enquêteurs de police l'intention de ne pas même divulguer le fait de l'arrestation de M. Wedge avant d'avoir [TRADUCTION] « obtenu leurs mandats de perquisition relativement au domicile des Wedge » (par. 23 et 24) et a conclu que les enquêteurs avaient l'intention d'arrêter M^{me} Wedge et les autres occupants de la maison avant même que la conversation de M^{me} Wedge avec M^e Martin n'ait été interceptée » (par. 209).

[56] En réponse à ces arguments, M^e Martin a souligné que [TRADUCTION] « qu'il y ait eu ou non interprétation erronée de la preuve, aucune erreur de droit n'a été commise, encore moins une erreur qui tire à conséquence ».

[57] Je suis respectueusement d'avis que les motifs de jugement du juge du procès trahissent le fait qu'il était convaincu que M^{me} Rushton, la préposée à l'écoute, savait depuis le début que l'appel que M^{me} Wedge a reçu à minuit douze provenait d'un avocat. Pendant toute la durée de l'argumentation du substitut du procureur général, au procès, le juge a à maintes reprises exprimé sa stupéfaction à l'endroit de ce qu'il a appelé la [TRADUCTION] « coïncidence qui arrange » le ministère public, savoir que M^{me} Rushton n'avait pas entendu la première partie de la conversation au cours de laquelle M^e Martin s'identifie comme étant avocat. Toutefois, il n'y avait tout simplement aucun élément de preuve qui donnait à penser que M^{me} Rushton n'avait pas dit la vérité à cet égard. Tous les faits appuient son témoignage. Ainsi, personne n'a contesté son témoignage, ou celui du gendarme Légère, selon lequel dès que M^{me} Rushton a entendu qu'il s'agissait d'un avocat, pendant qu'elle faisait jouer la conversation à l'intention du gendarme Légère, elle a immédiatement dit qu'il fallait bloquer la conversation interceptée. M^e Martin n'a jamais contesté le témoignage de qui que ce soit en ce qui concerne la déclaration de M^{me} Rushton voulant qu'elle n'ait pas

initialement entendu la première partie de la conversation. À compter du moment où son avocat a fait son exposé introductif au voir-dire jusqu'à sa plaidoirie, M^e Martin a reconnu que M^{me} Rushton n'avait pas, tout d'abord, entendu le début de la conversation. La conclusion du juge du procès selon laquelle personne d'autre que l'avocat de M. Wedge ne savait où celui-ci se trouvait après son arrestation a joué un rôle crucial dans les doutes qu'il a exprimés relativement au témoignage de M^{me} Rushton. Sa conclusion sur ce point n'était que pure conjecture. Il n'y avait aucun élément de preuve établissant que seul un avocat pouvait être au courant de l'endroit où se trouvait M. Wedge ou le fait que M. Wedge n'aurait pas été autorisé à appeler qui que ce soit d'autre. De même, rien n'établissait que l'avocat n'avait pas appelé quelqu'un d'autre et demandé à cette personne d'informer M^{me} Wedge. Il est certain que M^{me} Rushton, depuis son poste à Fredericton, ne l'aurait pas su si tel avait été le cas.

[58] Le juge du procès énonce l'hypothèse que [TRADUCTION] « dans les minutes, tout au plus, qui ont suivi la fin de l'entretien de Roger Wedge avec son avocat et son retour à sa cellule » (par. 75), le gendarme Légère et M^{me} Rushton ont certainement été informés du fait que M. Wedge avait parlé à son avocat. Non seulement cela est une pure conjecture, mais la conclusion est également incompatible avec toute la preuve pertinente.

[59] Je suis respectueusement d'avis qu'il n'y avait tout simplement aucun élément susceptible d'amener M^{me} Rushton ou, pour reprendre l'expression du juge du procès, « toute personne se trouvant dans la situation de M^{me} Janice Rushton » (par. 149) à croire que c'était un avocat qui parlait à M^{me} Wedge. En toute déférence, je ne peux tout simplement pas souscrire à la conclusion du juge du procès et à la prétention de M^e Martin en appel selon lesquelles la teneur de la conversation que M^{me} Rushton a initialement entendue, entre une personne qui était alors un inconnu et M^{me} Wedge, aurait amené quiconque à penser que l'inconnu en question était un avocat. Pour l'essentiel, ce que M^{me} Rushton a initialement entendu était que M. Wedge était détenu par la police, qu'il s'inquiétait de la présence de preuves incriminantes chez lui et qu'il voulait que son épouse téléphone à Romeo afin que celui-ci vienne enlever ces éléments de preuve, mais

qu'ils devaient être prudents parce qu'il était possible que la maison soit sous surveillance et que les appels téléphoniques soient interceptés. À mon avis, la teneur de cette conversation n'indique absolument pas qu'il s'agissait d'un avocat, bien au contraire. Je ne crois pas qu'une préposée à l'écoute expérimentée, comme M^{me} Rushton, aurait eu des motifs raisonnables de croire que c'était un avocat qui conseillait à M^{me} Wedge d'appeler Romeo afin qu'il puisse la débarrasser de certaines preuves. La conclusion du juge du procès à cet égard était le fruit d'une conjecture sur les motifs de l'enquêteur et de la préposée à l'écoute. De plus, cette conjecture était en partie fondée sur une profonde méprise quant au déroulement des événements. Puisque le juge du procès a permis que des conjectures et des suppositions fondent ses conclusions factuelles, il a commis une erreur de droit. Il s'ensuit que ces conclusions doivent être infirmées.

[60] Les inférences de fait fondées sur des conjectures et des suppositions ont faussé l'analyse que le juge du procès a faite au regard de l'art. 8. Les conclusions qu'il a tirées relativement à l'art. 8 étaient fondées sur des inférences que n'était aucun élément de preuve et sur lesquelles le juge du procès s'est ensuite appuyé pour imputer certaines connaissances, certains motifs et de la mauvaise foi aux enquêteurs.

[61] Les faits incontestés révèlent que M^{me} Rushton n'avait entendu que la partie de la conversation qu'elle a dit avoir initialement entendue, au cours de laquelle un inconnu informe M^{me} Wedge que son mari est détenu à Richibucto et est préoccupé par la présence de preuves incriminantes chez lui et qu'il veut donc que son épouse téléphone à Romeo pour qu'il vienne enlever ces preuves. Il n'y a rien dans cette conversation qui a amené M^{me} Rushton, ou qui aurait amené une personne raisonnable se trouvant dans sa situation, à croire que c'était un avocat qui était l'auteur de cet appel. De même, lorsque M^{me} Rushton a téléphoné au gendarme Légère et l'a informé de ce qu'elle avait entendu, le gendarme Légère n'avait à ce moment-là aucune raison de croire qu'un avocat était l'auteur de cet appel. La preuve non contredite a établi que ce n'est qu'au moment où M^{me} Rushton a commencé à faire jouer la conversation dans son ensemble à l'intention du gendarme Légère que la préposée à l'écoute et l'enquêteur se sont rendu compte qu'il

s'agissait d'un avocat. C'est à ce moment-là qu'ils ont tous deux entendu M^e Martin se présenter comme étant [TRADUCTION] « l'avocat qui exerce en ville ». C'est à ce moment-là, selon moi, que la préposée à l'écoute et l'enquêteur ont omis de se conformer aux dispositions de la clause p)ii) de l'autorisation. Cette clause spécifiait que la préposée à l'écoute et l'enquêteur devaient immédiatement cesser d'écouter. Cette conversation pouvait encore être enregistrée mais elle devait néanmoins être mise sous scellés et nul ne pouvait y avoir accès sans l'autorisation de la Cour du Banc de la Reine.

[62] En bref, M^{me} Rushton a eu raison de dire au gendarme Légère qu'elle devait se conformer à la clause p)ii) de l'autorisation et mettre l'enregistrement sous scellés et le gendarme Légère a eu tort de lui enjoindre de faire jouer toute la conversation, que ce soit parce qu'il a cru que M^e Martin ne faisait que transmettre un message à l'épouse de son client ou parce qu'il a cru qu'aucun privilège ne pouvait possiblement s'appliquer à la conversation en question. Ensuite, M^{me} Rushton a eu tort de suivre les directives du gendarme Légère. L'autorisation est une ordonnance de la Cour et aucune erreur d'interprétation n'était possible : dès qu'un préposé à l'écoute, un agent de police ou un enquêteur a des motifs raisonnables de croire qu'un avocat est partie à une communication, ce préposé à l'écoute, agent de police ou enquêteur doit cesser d'écouter la communication. Cette clause de l'autorisation s'appliquait à la fois à M^{me} Rushton et au gendarme Légère et chacun était individuellement tenu de la respecter. Il n'y avait rien d'ambigu à propos de la clause p)ii). Une préposée à l'écoute aussi expérimentée que M^{me} Rushton aurait dû savoir que le gendarme Légère n'avait pas le pouvoir de déroger aux directives tout à fait claires de la Cour. De même, on se serait attendu à ce qu'un policier expérimenté se trouvant dans la situation où se trouvait le gendarme Légère se soit rendu compte de la nécessité de se conformer à la directive de la Cour.

[63] En somme, bien qu'il y ait eu non-conformité avec la clause p)ii), celle-ci n'a été commise qu'après que la communication entre M^e Martin et M^{me} Wedge eut été enregistrée et après que M^{me} Rushton eut déjà entendu l'essentiel de la conversation, y compris la partie où M^e Martin décline son nom et sa profession. Si M^{me} Rushton s'était conformée à l'autorisation, la seule partie de la conversation qu'elle n'aurait pas entendue

est celle où M^e Martin informe M^{me} Wedge qu'il vient de parler à son mari qui a été arrêté par la police et où M^{me} Wedge demande [TRADUCTION] « pour quelle raison » il l'a été.

[64] Les parties s'entendent pour reconnaître que l'interception des communications qui a eu lieu en l'espèce a constitué une fouille, une perquisition et une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Personne ne conteste le fait que l'interception devait être effectuée en conformité avec les clauses de l'autorisation sans quoi l'interception risquait d'être considérée comme abusive. J'estime que l'interception et l'enregistrement de la conversation entre M^e Martin et M^{me} Wedge n'a pas constitué une fouille, une perquisition et une saisie abusive puisque l'interception et l'enregistrement étaient autorisés. La clause p)ii) prescrivait seulement que la préposée à l'écoute devait cesser d'écouter si elle avait des motifs raisonnables de croire qu'un avocat était partie à la communication. Au moment où elle s'en est rendu compte, la communication avait déjà été interceptée et enregistrée. Toutefois, je considère que le fait que l'on ait continué à faire jouer l'enregistrement de la conversation après qu'on a appris qu'un avocat y était partie a constitué une fouille ou perquisition distincte, qui n'était pas autorisée. Ni M^{me} Rushton ni le gendarme Légère n'étaient fondés à continuer à écouter une partie quelconque de la communication après qu'ils ont appris qu'un avocat y était partie. Le fait qu'ils aient agi ainsi a constitué une fouille ou perquisition illégale qui a été effectuée en violation du droit que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M^e Martin, étant donné que cette fouille ou perquisition n'était ni autorisée par un tribunal judiciaire ni par ailleurs autorisée par la loi.

[65] Je souligne que ma conclusion à cet égard s'accorde parfaitement avec la position que M^e Martin a fait valoir devant le juge du procès, savoir que son argumentation fondée sur l'art. 8 ne concernait pas au premier chef l'interception initiale de la conversation par M^{me} Rushton mais plutôt le fait que le gendarme Légère a écouté la conversation après qu'ils ont su qu'un avocat y était partie.

[66] Pour terminer, je conclus qu'il y a eu violation du droit que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M^c Martin lorsque M^{me} Rushton et le gendarme Légère ont agi contrairement à l'autorisation en écoutant la conversation qui avait, à l'origine, été interceptée et enregistrée en toute légitimité. Toutefois, je suis respectueusement d'avis que c'est là toute l'étendue de la violation en question.

D. *L'analyse fondée sur le par. 24(2)*

[67] Compte tenu de ce qui précède, la présente instance doit être tranchée en fonction d'une application correcte du par. 24(2) de la *Charte*, lequel est ainsi rédigé :

24(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this *Charter*, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

24(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[68] La *Charte* est devenue partie intégrante de la Constitution du Canada le 17 avril 1982. Le par. 24(2) a effectivement révolutionné les règles de droit régissant l'admissibilité des éléments de preuve « illégalement » obtenus. Jusqu'alors, les tribunaux étaient guidés par le principe selon lequel des éléments de preuve pertinents qui avaient été obtenus d'une manière illégale étaient généralement admis à moins que leur effet préjudiciable ne l'emportât sur leur valeur probante. Dans certains domaines, la notion d'utilisation susceptible de déconsidérer l'administration de la justice avait obtenu une certaine reconnaissance, mais le critère préliminaire auquel il fallait satisfaire était strict. Ce n'était que lorsque la conscience de la collectivité risquait d'être choquée que l'on pouvait satisfaire au critère. Avec l'adoption de la *Charte*, les tribunaux devaient maintenant définir un critère leur permettant de déterminer ce qui est susceptible de

déconsidérer l'administration de la justice lorsque des éléments de preuve sont obtenus dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou une liberté garantis par la *Charte*.

[69] Comme on s'y attendait, le par. 24(2) a donné lieu à une abondante jurisprudence et a fait l'objet d'innombrables commentaires dans les publications savantes. En 1987, la Cour suprême a formulé un critère régissant l'exclusion d'éléments de preuve sous le régime du par 24(2) : le critère établi dans l'arrêt *Collins*. Le critère que le juge Lamer (tel était alors son titre) a énoncé consistait à « regroup[er] les facteurs à prendre en considération pour l'analyse requise par le par. 24(2) en trois catégories portant respectivement sur : (1) l'atteinte à l'équité du procès du fait que la preuve mobilise l'accusé contre lui-même, (2) la gravité de la violation de la *Charte* et (3) l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, vue à long terme » : *R. c. Grant*, au par. 61.

[70] Le critère établi dans l'arrêt *Collins* a été réexaminé dans l'affaire *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, [1997] A.C.S. n° 34 (QL), où on avait expressément demandé à la Cour suprême d'examiner de nouveau les principes qu'elle avait établis dans l'arrêt *Collins* aux fins de régir l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Dans l'arrêt *Stillman*, la Cour a en fait refusé de réviser substantiellement le critère énoncé dans l'arrêt *Collins* mais a intégré dans l'analyse les concepts de preuve « obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même » et de preuve « non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ». Elle a statué que la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, notamment lorsque l'accusé est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles, ou lorsque la preuve est dérivée de déclarations obtenues illégalement en mobilisant l'accusé contre lui-même, est généralement inadmissible.

[71] Pendant vingt-deux ans, les tribunaux ont appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Collins*, et pendant les douze dernières de ces vingt-deux années, ils ont appliqué le cadre d'analyse *Collins/Stillman* au par. 24(2). En 2009, toutefois, la Cour suprême a

reconnu que « la méthode analytique [que ce cadre] prescrit et les résultats auxquels il aboutit parfois ont été critiqués et ont fait dire à certains qu'ils ne cadraient ni avec le libellé ni avec les objets de la disposition » : *Grant*, au par. 60. En particulier, la Cour a reconnu que « les notions d'équité du procès et de mobilisation du premier volet du test [énoncé dans *Collins*] » étaient problématiques et que « [l]e postulat sous-jacent selon lequel le recours à une telle preuve rend toujours ou presque le procès inéquitable est lui aussi contestable » : *Grant*, aux par. 62 et 65. La Cour a donc décidé de s'écarter du cadre d'analyse *Collins/Stillman* et a exposé une nouvelle approche aux fins de déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation d'un élément de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En résumé, le cadre analytique établi dans l'arrêt *Grant* oblige maintenant les juges à effectuer un examen en trois points : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État, (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond.

[72] Lorsque le juge du procès, en l'espèce, a effectué son analyse fondée sur le par. 24(2), les principes qui régissaient cette analyse étaient ceux énoncés dans les arrêts *Collins* et *Stillman*. On s'entendait sur le fait que le premier ensemble de facteurs, ressortissant à l'équité du procès, était inapplicable parce que la communication interceptée n'était pas une preuve « obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ». À cet égard, on peut se reporter aux arrêts *R. c. Mooring* (2003), 181 B.C.A.C. 63, [2003] B.C.J. No. 682 (QL), 2003 BCCA 199 et *R. c. Babinski (R.R.)* (2005), 193 O.A.C. 263, [2005] O.J. No. 138 (QL). La Cour devait donc prendre en compte les deux autres ensembles de facteurs : la gravité de la violation de la *Charte* et l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, vue à long terme.

[73] Bien que le juge du procès ait certainement examiné la gravité de la violation de la *Charte*, il l'a fait en s'appuyant sur les inférences injustifiées qu'il avait tirées mais qui ne reposaient sur aucune preuve. Le procureur général prétend que les raisons pour lesquelles le juge du procès a imputé de la mauvaise foi aux policiers sont insoutenables. La conclusion du juge du procès à cet égard est inextricablement liée aux

conclusions qu'il a tirées aux fins de déterminer la gravité de la violation de l'art. 8 et est également imputable à une appréciation erronée du déroulement de certains événements. Le juge du procès a tout d'abord mentionné l'heure et la date exactes auxquelles la communication entre M^e Martin et M^{me} Wedge a été interceptée, savoir 0:12:33 le 30 mai 2005. Plus loin dans sa décision, toutefois, il a statué que M^e Martin n'avait appelé M^{me} Wedge que vers minuit vingt-quatre et il en a inféré que la conversation entre M^{me} Rushton et le gendarme Légère n'avait pas pu avoir lieu avant minuit trente-six. Ces heures contrastaient vivement avec les notes du gendarme Tremblay qui indiquaient qu'on l'avait envoyé interdire l'accès au domicile des Wedge à minuit quinze minutes.

[74] Ces erreurs, ajoutées aux autres inférences qu'il avait incorrectement tirées, ont amené le juge du procès à conclure que le gendarme Légère avait déjà l'intention d'arrêter M^{me} Wedge ainsi que toute personne présente au domicile des Wedge avant même d'être informé de l'existence de la conversation entre M^{me} Wedge et M^e Martin (par. 205 et 209) et ensuite, à imputer de la mauvaise foi au gendarme Légère. Il a tenu pour acquis que le gendarme Légère avait l'intention d'interdire l'accès au domicile des Wedge avant même que M^{me} Rushton ne l'eût informé de l'appel qu'elle avait intercepté. Toutefois, il n'y avait tout simplement aucun élément de preuve étayant cette conclusion et le déroulement incontesté des événements mène inévitablement à la conclusion inverse. À mon avis, l'analyse qu'a effectuée le juge de la gravité de la violation est viciée par les inférences factuelles qu'il a erronément tirées. Les inférences de fait fondées sur des conjectures et des suppositions ont non seulement faussé l'analyse que le juge du procès a faite au regard de l'art. 8, elles ont aussi joué un rôle-clef dans la façon dont il a tranché la question ressortissant au par. 24(2).

[75] Lors de l'audition de l'appel, l'avocat de M^e Martin a reconnu que le juge du procès était [TRADUCTION] « inutilement perplexe » en ce qui concernait les heures des événements, mais a fait valoir que cela ne [TRADUCTION] « tirait pas à conséquence » parce qu'au bout du compte, le juge a conclu à bon droit qu'il y avait eu violation des droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M^e Martin.

[76] Je suis respectueusement d'avis que bien que le juge du procès ait à juste titre conclu qu'il y avait eu violation des droits que l'art. 8 garantit à M^e Martin, on ne peut pas dire que les conclusions du juge qui sont fondées sur des conjectures et des suppositions ne tirent pas à conséquence. Ces conclusions ont influé sur son appréciation de la gravité de la violation.

[77] En ce qui concerne le troisième facteur, savoir l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, vue à long terme, il n'est pas analysé dans la décision rendue en première instance.

[78] La Cour suprême enjoint aux cours d'appels intermédiaires de faire preuve d'une retenue considérable à l'égard de l'appréciation que fait le juge du procès, en application du par. 24(2), des éléments dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, eu égard aux circonstances. Même lorsque l'analyse fondée sur le par. 24(2) a été effectuée à la lumière de l'approche, maintenant défunte, établie dans les arrêts *Collins* et *Stillman* et non au moyen du cadre analytique énoncé dans l'arrêt *Grant*, le juge du procès mérite néanmoins qu'on fasse preuve de retenue à son égard lorsqu'il « a pris en compte les éléments qu'il fallait et n'a tiré aucune conclusion déraisonnable » et que « [l']application du raisonnement adopté dans *Grant* n'influe pas [...] sur la décision fondée sur le par. 24(2) » : *R. c. Beaulieu*, [2010] A.C.S. n^o 7 (QL), 2010 CSC 7, aux par. 5 et 6. Donc, cette retenue n'est de rigueur que « [l]orsque le juge a examiné les bons facteurs » et que l'application du raisonnement adopté dans *Grant* mènerait à la même conclusion (*Beaulieu*, au par. 6). Il est manifeste que le juge du procès n'examine pas les bons facteurs si ses conclusions découlent d'inférences tirées à partir de suppositions ou de conjectures. Qui plus est, en l'espèce, le juge du procès s'est uniquement attaché à la gravité de la violation et n'a pas apprécié les facteurs pertinents aux fins de déterminer si l'admission ou l'exclusion de l'élément de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Pour ces motifs, il n'y a pas lieu de faire preuve d'une retenue quelconque envers la décision finale du juge du procès sur la question ressortissant au par. 24(2).

[79] Dans l'arrêt *Grant*, avant de formuler le nouveau cadre analytique, les juges majoritaires de la Cour suprême ont examiné les principes généraux qui devraient orienter l'examen requis par le par. 24(2). La juge en chef McLachlin et la juge Charron ont expliqué que l'expression « administration de la justice » est une expression qui « englobe [...] le maintien des droits garantis par la *Charte* et du principe de la primauté du droit dans l'ensemble du système de justice » (par. 67). Ainsi, « [l']expression “déconsidérer l'administration de la justice” doit être prise dans l'optique du maintien à long terme de l'intégrité du système de justice et de la confiance à son égard » (par. 68). Il s'agit d'apprécier « l'effet à long terme de l'utilisation d'éléments de preuve sur la considération globale dont jouit le système de justice » et d'effectuer « un examen de nature objective, qui vise à déterminer si une personne raisonnable, au fait de l'ensemble des circonstances pertinentes et des valeurs sous-jacentes de la *Charte*, conclurait que l'utilisation d'éléments de preuve donnés serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice » (par. 68). De plus, l'examen doit être à la fois à long terme et prospectif, à partir de la proposition selon laquelle l'administration de la justice a déjà été mise à mal du fait qu'il y a eu violation de la *Charte*, et viser à faire en sorte « que les éléments de preuve obtenus au moyen de cette violation ne déconsidèrent pas davantage le système de justice » (par. 69). L'analyse fondée sur le par. 24(2) a un objet sociétal. Elle ne vise pas à sanctionner la conduite des policiers ou à dédommager l'accusé, mais « se rapporte [plutôt] aux importantes répercussions de l'utilisation d'éléments de preuve sur la considération à long terme portée au système de justice » (par. 70). Ces principes généraux étant posés, les juges majoritaires ont ainsi expliqué le nouveau cadre analytique :

[...] [I]l faut, pour déterminer si l'utilisation d'un élément de preuve obtenue en violation de la *Charte* déconsidérerait l'administration de la justice, examiner trois questions tirant chacune leur origine des intérêts publics sous-jacents au par. 24(2), considérés à long terme dans une perspective sociétale prospective. Ainsi, le tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État (l'utilisation peut donner à

penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État), (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* (l'utilisation peut donner à penser que les droits individuels ont peu de poids) et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Le rôle du tribunal appelé à trancher une demande fondée sur le par. 24(2) consiste à procéder à une mise en balance de chacune de ces questions pour déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation d'éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien qu'elles ne recourent pas exactement les catégories élaborées dans *Collins*, ces questions visent les facteurs pertinents pour trancher une demande fondée sur le par. 24(2), tels qu'ils ont été formulés dans *Collins* et dans la jurisprudence subséquente. [Par. 71]

[80] C'est à la lumière de ces principes généraux que l'examen en trois points prescrit dans l'arrêt *Grant* doit être effectué.

(1) La gravité de la conduite attentatoire de l'État

[81] Sous cette rubrique, la Cour nous dit, dans *Grant*, que « [p]lus les gestes ayant entraîné la violation de la *Charte* par l'État sont graves ou délibérés plus il est nécessaire que les tribunaux s'en dissocient en excluant les éléments de preuve ainsi acquis, afin de préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et de faire en sorte que l'État s'y conforme » (par. 72). Il est donc nécessaire d'évaluer la gravité de la conduite de l'État pour déterminer l'importance réelle de l'atteinte.

[82] En l'espèce, les policiers avaient obtenu l'autorisation d'intercepter, notamment, les communications faites à destination et en provenance du domicile des Wedge. L'autorisation, qui n'a pas été contestée en soi, contenait une clause omnibus qui, ai-je conclu, permettait l'interception et l'enregistrement de la conversation entre M^e Martin et M^{me} Wedge. Les faits non contredits et incontestés révèlent que la préposée à l'écoute, M^{me} Rushton, n'a initialement entendu que la partie de la conversation qui commence là où M^e Martin a dit à M^{me} Wedge que son mari se trouvait à Richibucto à cause du tabac et qu'il y avait [TRADUCTION] « quelque chose dans la maison » qui le

préoccupait de sorte qu'elle devrait peut-être passer [TRADUCTION] « un coup de fil à Romeo » afin qu'il vienne [TRADUCTION] « prendre cette chose ». À cette étape, M^{me} Rushton a entendu la partie de la conversation dont le poursuivant prétend qu'elle constitue une tentative d'entrave à la justice. Jusqu'à ce moment-là, il n'y avait pas eu violation de la *Charte* parce que l'interception et l'enregistrement avaient été effectués conformément à l'autorisation.

[83] Après avoir entendu cette partie de la conversation, M^{me} Rushton a, naturellement, communiqué immédiatement avec l'enquêteur principal et lui a fait part de ce qu'elle avait entendu. Le désir du gendarme Légère d'entendre lui-même la conversation avant de prendre des mesures en vue de faire interdire l'accès au domicile des Wedge et peut-être d'en faire arrêter les occupants était lui aussi tout naturel. J'estime respectueusement qu'à ce moment-là, nul n'avait de motif raisonnable de croire qu'un avocat, qui est un auxiliaire de justice assujetti à un code de déontologie tout à fait strict, ait pu être partie à cette conversation. À ce moment-là, donc, il n'y avait toujours pas eu violation du droit que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M^e Martin.

[84] Après avoir communiqué l'essentiel de ce qu'elle avait entendu au gendarme Légère, M^{me} Rushton a intercepté un autre appel, cette fois de M^{me} Wedge à Romeo. Elle a ensuite informé le gendarme Légère de la teneur de cet appel et celui-ci lui a dit qu'il voulait entendre le contenu des deux appels. Là encore, cela est parfaitement compréhensible. À ce moment-là, il n'y a toujours pas eu violation de la *Charte*. M^{me} Rushton a alors fait jouer la conversation à laquelle M^e Martin était partie et a bientôt appris qu'il était avocat. Elle a immédiatement éloigné le combiné du haut-parleur et s'en est excusée auprès du gendarme Légère; elle lui a dit qu'elle ne s'était pas rendu compte qu'il s'agissait d'une conversation avec un avocat et qu'elle était maintenant obligée de bloquer l'appel. Ses actes à cet égard étaient conformes à la clause p)ii) de l'autorisation qui précise que lorsque le préposé à l'écoute a des motifs raisonnables de croire qu'un avocat est partie à une communication, ce préposé à l'écoute doit cesser d'écouter la communication mais peut continuer de l'enregistrer. À ce moment-là, il n'y a toujours pas de violation.

[85] Malgré les conditions énoncées dans l'autorisation, le gendarme Légère donne comme directive à M^{me} Rushton de continuer à faire jouer la conversation et elle y consent. C'est à ce moment-là que la violation a lieu parce qu'aux termes de l'autorisation, la communication aurait dû être mise sous scellés. La préposée à l'écoute n'avait donc pas le droit de la réécouter et le gendarme Légère n'avait pas le droit d'écouter le reste de la conversation sans une ordonnance de la Cour. En prenant la décision de procéder à la levée des scellés qui est envisagée à la clause p)ii) de l'autorisation et en enjoignant à M^{me} Rushton de continuer à faire jouer la conversation interceptée, le gendarme Légère a effectivement usurpé le rôle qui incombe à la Cour.

[86] Bien que les actes du gendarme Légère aient effectivement constitué une usurpation du rôle qui incombe à la Cour et seraient généralement considérés être une violation grave, il faut néanmoins tenir compte des circonstances atténuantes. En l'espèce, le gendarme Légère avait déjà pris connaissance des renseignements que M^e Martin avait transmis à M^{me} Wedge. C'est ce qui fait que la présente instance est plutôt exceptionnelle. Dans le cours normal des événements, le gendarme Légère n'aurait pas été au courant des éléments essentiels de la communication. Étant donné qu'il en connaissait déjà la teneur, il est quelque peu compréhensible, mais pas excusable, qu'il ait pensé que la conversation ne pouvait absolument pas faire l'objet d'un privilège, soit parce qu'il croyait que M^e Martin ne faisait que transmettre un message à M^{me} Wedge ou parce que les participants à cette conversation complotaient effectivement de faire entrave à la justice, auquel cas aucun privilège ne s'appliquerait. Je souligne que personne n'a, à quelque moment que ce soit, laissé entendre que la conversation de M^e Martin avec M^{me} Wedge était en fait privilégiée. Il ne fait tout simplement aucun doute qu'elle n'était pas privilégiée.

[87] Dans l'arrêt *Grant*, la Cour a souligné que la nécessité d'empêcher la disparition d'éléments de preuve constituait une circonstance atténuante qui pouvait « rédui[r] la gravité d'actions policières contraires à la *Charte* » (par. 75). J'estime que cette circonstance existait en l'espèce. Le gendarme Légère avait devant lui un rapport

établissant que des éléments de preuve étaient susceptibles d'être enlevés du domicile des Wedge avant qu'un mandat de perquisition ne puisse être exécuté et voulait vérifier ce renseignement avant d'envoyer quelqu'un arrêter les occupants. Il y avait un sentiment d'urgence qui, à mon avis, réduit la gravité de la violation.

[88] J'estime qu'il ne s'agit pas ici d'une tentative délibérée des policiers d'usurper le rôle de la Cour. Il s'agit plutôt d'une réaction immédiate eu égard à la nécessité d'empêcher la disparition d'éléments de preuve. Si l'on avait produit des preuves établissant une omission systématique d'écouter la première partie des communications interceptées dans une tentative visant à légitimer l'écoute de conversations auxquelles des avocats sont parties, il va sans dire que le niveau de gravité de la violation se serait nettement accru. De même, si de quelconques éléments de preuve avaient établi que l'on passait systématiquement outre aux conditions de l'autorisation, la violation aurait, là encore, été beaucoup plus grave. Toutefois, personne n'a même laissé entendre que la police se serait livrée à de telles irrégularités. J'estime donc que bien que la violation fût grave, sa gravité a été atténuée par le caractère exceptionnel de la situation et la nécessité d'empêcher l'enlèvement d'éléments de preuve.

(2) L'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la Charte

[89] Dans l'arrêt *Grant*, la Cour suprême enjoint aux juges d'évaluer, sous cette rubrique, « la portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause » (par. 76). L'effet de la violation de la *Charte* « peut être passager ou d'ordre simplement formel comme il peut être profondément attentatoire » (par. 76). Pour en juger, nous devons examiner « les intérêts protégés par le droit transgressé, puis évalu[er] l'ampleur des conséquences de la violation sur ces intérêts » (par. 77).

[90] En l'espèce, l'intérêt en jeu se rattache à la vie privée. Habituellement, les personnes qui font un appel téléphonique s'attendent à ce que leur conversation avec l'autre partie ne soit pas illégalement interceptée. Le procureur général prétend que

M^e Martin ne pouvait avoir d'attente raisonnable en matière de vie privée pour ce qui concerne son appel à M^{me} Wedge parce qu'au cours de la conversation elle-même, il lui dit qu'elle devrait se monter prudente lorsqu'elle parlera au téléphone, ce qui donne à penser qu'il savait que la communication pouvait être interceptée. Le juge du procès a rejeté cet argument pour le motif que M^e Martin devait savoir que pourvu qu'il précise qu'il était avocat dès le début de la conversation, personne n'écouterait sa communication avec M^{me} Wedge. En toute déférence, je ne souscris à aucune de ces deux prétentions. Cette question a été tranchée dans l'arrêt *R. c. Wijesinha*, [1995] 3 R.C.S. 422, [1995] A.C.S. n° 49 (QL), où le juge Cory, qui s'exprimait au nom de la Cour, a dit « qu'une fois établi le caractère privé de la communication, le fait que l'auteur ait pu prévoir qu'elle serait enregistrée n'est pas pertinent relativement à la question de son utilisation ou de son exclusion en vertu du par. 24(2) de la *Charte* » (par. 57).

[91] L'intérêt en matière de vie privée que peut avoir une personne pour ce qui concerne ses appels téléphoniques est certainement élevé, mais il n'est pas absolu. Les règles de droit prévoient des interceptions légales et en l'espèce, la conversation a été légalement interceptée et elle a été légalement entendue jusqu'au moment où M^{me} Rushton et le gendarme Légère ont appris qu'un avocat y était partie. Donc, la violation du droit en question a résulté non pas de l'interception de la conversation ou du fait que M^{me} Rushton a initialement entendu la conversation, mais bien du fait qu'on l'a subséquemment fait jouer au profit du gendarme Légère. On pourrait se demander quel intérêt ressortissant à la vie privée il peut exister relativement à une conversation qui a déjà été interceptée et enregistrée par les policiers. J'estime qu'il subsiste un intérêt en matière de vie privée, mais il n'est sans doute pas très élevé. L'intérêt consiste dans le fait que l'interception sera traitée conformément aux conditions de l'autorisation. En l'espèce, cela signifiait que la communication interceptée devait être mise sous scellés et présentée à la Cour avant de pouvoir être divulguée aux enquêteurs. L'intérêt en matière de vie privée n'est pas très élevé parce que la conversation a déjà été entendue et si, comme c'est le cas en l'espèce, elle n'est pas protégée par un privilège, les scellés seront probablement levés à la suite d'une demande en bonne et due forme à la Cour. Je reconnais que les faits de la présente instance sont assez exceptionnels. Si, par exemple,

M^{me} Rushton avait eu dès le départ des motifs raisonnables de croire qu'un avocat était partie à la communication, avait néanmoins écouté la conversation et en avait fait état au gendarme Légère, la situation serait tout à fait différente. L'intérêt en matière de vie privée serait beaucoup plus élevé et il va sans dire qu'en vertu du premier volet de l'analyse prescrite dans l'arrêt *Grant*, la violation aurait été beaucoup plus grave.

(3) L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond

[92] « [L]a troisième question à examiner dans le cadre de l'analyse requise par le par. 24(2) vise à déterminer si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l'utilisation ou par l'exclusion d'éléments de preuve » (*Grant*, au par. 79). À cet égard, « la fiabilité des éléments de preuve est un facteur important » (par. 81). La Cour suprême dit que « l'exclusion d'éléments de preuve pertinents et fiables risque de compromettre la fonction de recherche de la vérité du système de justice et de rendre le procès inéquitable aux yeux du public, ce qui déconsidérerait l'administration de la justice » (par. 81). Il faut « mettre en balance l'intérêt de l'État à découvrir la vérité d'une part et l'intégrité du système judiciaire d'autre part » (*Grant*, au par. 82, où l'on cite le juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, [2004] A.C.S. n° 49 (QL), 2004 CSC 52, au par. 57) en se demandant [TRADUCTION] « si la sanction de l'atteinte à la *Charte* par l'exclusion de l'élément de preuve entrave trop sévèrement l'objectif du procès pénal qu'est la recherche de la vérité » (*Grant*, au par. 82, où l'on cite le juge Doherty dans l'arrêt *R. c. Kitaitchik (A.)* (2002), 161 O.A.C. 169, [2002] O.J. No. 2476 (QL), au par. 47).

[93] Un des facteurs qu'il faut prendre en considération sous cette rubrique est l'importance des éléments de preuve pour la poursuite. Comme le dit la Cour, « l'exclusion d'éléments de preuve d'une grande fiabilité peut être plus dommageable pour la considération dont jouit l'administration de la justice si, en réalité, cette mesure est fatale pour la poursuite » (par. 83).

[94] En l'espèce, la fiabilité de l'élément de preuve en question ne fait aucun doute. La communication interceptée est éloquente. Son importance pour la poursuite est également évidente. Sans la communication interceptée, la preuve de la poursuite s'écroule.

[95] Dans l'arrêt *Grant*, la Cour suprême dit également que la gravité de l'infraction peut être un facteur valide, mais les juges majoritaires préviennent que « c'en est un qui peut jouer dans les deux sens » (par. 84). Comme ils l'expliquent, « si la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond, l'intérêt du public en l'irréprochabilité du système de justice n'est pas moins vital, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales » (par. 84).

[96] L'infraction reprochée en l'espèce est très grave. Toutefois, les conséquences pénales qu'encourt M^e Martin sont aussi très lourdes, l'auteur de l'infraction en question étant passible d'un emprisonnement maximal de dix ans. J'estime que la gravité de l'infraction est un facteur neutre pour les fins de la présente analyse.

(4) Conclusion

[97] Après avoir examiné les trois questions énoncées dans l'arrêt *Grant*, il faut déterminer « si, tout compte fait, l'utilisation des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* déconsidérerait l'administration de la justice » (par. 85). Pour nous acquitter de cette tâche, nous devons « mettre en balance les différents facteurs » (par. 86), en tenant compte du fait qu'« [a]ucune règle prépondérante ne régit cet exercice » (par. 86).

[98] Comme je l'ai dit, je considère que la conduite des policiers a été grave, en l'espèce, mais elle était loin d'être inacceptable. La gravité a été atténuée par la nécessité d'empêcher que des éléments de preuve soient détruits et, bien que l'enquêteur et la préposée à l'écoute n'aient pas été fondés à passer outre aux conditions très claires de l'autorisation, je reconnais que la situation était plutôt exceptionnelle en ce sens que la préposée à l'écoute avait déjà entendu une partie de la conversation. Bien entendu, la

préposée à l'écoute ne pouvait pas savoir ce qui avait pu être dit d'autre entre la dernière partie de la conversation qu'elle avait initialement entendue et la première partie où M^e Martin précise qu'il est avocat.

[99] L'intérêt en jeu en l'espèce est un intérêt en matière de vie privée. Bien que l'attente en matière de vie privée ait été élevée, elle n'était pas absolue. Les communications téléphoniques peuvent être légalement interceptées et dans le cas qui nous occupe, l'interception et l'écoute initiales étaient légales. L'intérêt en matière de vie privée que M^e Martin a pu conserver après que l'on a appris qu'il était avocat est limité par le fait que les policiers pouvaient présenter une demande à la Cour afin qu'elle lève les scellés relativement à la communication en question. En fait, c'est exactement ce qui s'est passé après que M^{me} Rushton a finalement mis l'enregistrement sous scellés.

[100] En ce qui concerne la troisième question à examiner, il importe de souligner que l'élément de preuve en question avait une grande pertinence et une grande fiabilité. Sans lui, la preuve de la poursuite s'écroulait et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond était compromis.

[101] Si je soupèse tous ces facteurs, j'en arrive à la conclusion que l'utilisation de l'élément de preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien que la gravité de la violation puisse militer en faveur de l'exclusion de l'élément de preuve, sa gravité est réduite du fait des circonstances susmentionnées. L'incidence de la violation sur l'intérêt de M^e Martin en matière de vie privée est atténuée par le fait que ses attentes en matière de vie privée ont été réduites dès lors que sa conversation a été, dans les circonstances exceptionnelles qui nous occupent, non seulement légalement interceptée mais aussi, en grande partie, légalement entendue. À mon avis, l'utilisation en preuve, contre M^e Martin, de la conversation interceptée, qui est d'une grande pertinence et d'une grande fiabilité, ne jetterait pas le discrédit sur le système de justice.

[102] Dans le cadre de l'argumentation invoquée afin que l'élément de preuve en question ne soit pas écarté sous le régime du par. 24(2), le procureur général a également fait valoir que le lien entre l'enregistrement qui devait être produit en preuve et la violation du droit que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M^e Martin était trop ténu. Le procureur général a soutenu qu'il n'y avait certainement aucun lien causal. Je souscris à sa prétention. Toutefois, la Cour suprême a statué que l'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et l'élément de preuve peut être suffisante. En l'espèce, étant donné la façon dont je tranche l'affaire à la lumière du cadre analytique établi dans l'arrêt *Grant*, il est inutile que j'examine la question du rapport entre la violation de la *Charte* et l'élément de preuve contesté. De même, je n'ai pas à examiner la question de savoir si l'élément de preuve aurait inévitablement été découvert n'eût été la violation qui a été commise après que la communication eut déjà été enregistrée.

V. Dispositif

[103] Comme nous l'avons vu, pour que le procureur général puisse avoir gain de cause lorsqu'il interjette appel d'un acquittement, il doit établir non seulement que le juge du procès a commis une erreur ou des erreurs de droit mais aussi qu'il serait raisonnable de penser que cette erreur ou ces erreurs ont eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement. J'estime que le procureur général a satisfait aux deux éléments de ce critère. Le juge a commis une erreur en écartant l'élément de preuve consistant dans la communication interceptée et il est évident que cette décision a eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le verdict d'acquittement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.