

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

75-09-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

SHAWN ROBERT BURKE

SHAWN ROBERT BURKE

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. Burke, 2011 NBCA 51

R. c. Burke, 2011 NBCA 51

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Quigg

Appeal from a decision of the Provincial Court:
June 10, 2009

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 10 juin 2009

History of the Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appeal heard:
November 23, 2010

Appel entendu :
Le 23 novembre 2010

Judgment rendered
May 26, 2011

Jugement rendu :
Le 26 mai 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

Motifs de jugement :
L'honorable juge Richard

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

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

Counsel at the hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Robert A. Murray, Q.C.

Pour l'appelante :
Robert A. Murray, c.r.

For the respondent:
Ronald E. Morris, Q.C.

Pour l'intimé :
Ronald E. Morris, c.r.

THE COURT

LA COUR

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

L'appel est accueilli, le verdict est annulé et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

I. Introduction

[1] In the fall of 2007, three confidential informers, who had proven reliable in the past, informed members of the Fredericton City Police Drug Squad that Shawn Burke received orders for cocaine and Dilaudid by cell phone and that he delivered the drugs from his home using either a white minivan or a black pickup truck. The informers provided the information independent of one another. They related having either personally observed or participated in the illegal drug transactions. On the basis of this information, and after only limited observations of Mr. Burke in a white minivan in the parking lot of a local Tim Hortons, the police arrested Mr. Burke. A search of his person revealed he possessed both cocaine and Dilaudid. Mr. Burke was charged with possession for the purpose of trafficking in both these substances, but he was acquitted in the Provincial Court after the trial judge excluded the fruits of the search on the grounds that Mr. Burke's s. 8 and 9 *Charter* rights had been infringed and that admission of the evidence at trial would bring the administration of justice into disrepute. The Attorney General appeals and seeks a new trial. For the reasons that follow, I would allow the appeal.

II. Background

[2] Between September 17 and December 19, 2007, three officers of the Fredericton City Police Drug Squad received information from confidential informers that Mr. Burke was selling drugs. The first informer provided the information to Detective Chris Haines of the Drug Squad. On September 17, that individual informed Det. Haines that Mr. Burke was delivering pre-packaged cocaine and Dilaudid in either a white minivan or a black pickup truck. A few days later, the informer said he saw Mr. Burke delivering cocaine in his pickup on the north side of the city. On October 14,

the informer reported having seen Mr. Burke with cocaine and Dilaudid in his white van and, on December 18, reported having seen Mr. Burke selling a quantity of cocaine and Dilaudid again from his white van. Another informer provided information to Detective Troy Clarkson on eight occasions between September 25 and December 13, 2007. This informer reported that on several occasions he had arranged for Mr. Burke to deliver cocaine and Dilaudid to him. He described how he called a particular telephone number to contact Mr. Burke, and that Mr. Burke would then deliver the drugs. The police verified that the number the informer provided belonged to Mr. Burke. On December 5 and 11, the informer reported that, within the last 24 hours from each of those dates, respectively, Mr. Burke had delivered cocaine to him. The delivery had been made in a white minivan. On December 13, the informer reported having received cocaine from Mr. Burke on that same day. On December 1, the third informer reported to Cpl. Sue Evans and advised her that within the past month he had bought cocaine or Dilaudid on at least a dozen occasions from Mr. Burke, who would use a white minivan or a black truck for deliveries. That informer revealed the phone number used to order drugs and, as it turned out, it was the same number that had been reported to Det. Clarkson. On December 13, the third informer told Cpl. Evans Mr. Burke had sold and delivered cocaine within the past 24 hours and Dilaudid within the last 48 hours. In each case, Mr. Burke had been driving a white minivan.

[3] All three of the police informers were known to their respective police handlers and had proven to be reliable. All the information was passed on to Det. Haines who, on December 19, 2007, determined he had reasonable grounds to arrest Mr. Burke. On that date, Det. Haines placed Mr. Burke under surveillance. At 4:30 p.m., he followed Mr. Burke as he proceeded in his white minivan to the Tim Hortons parking lot on Union Street, in Fredericton. Mr. Burke drove in and parked next to another vehicle, which was backed into a parking space. Cst. Haines noticed that the two drivers appeared to be talking. After only one to two minutes, the two vehicles left the parking lot without anyone exiting either vehicle.

[4] Det. Haines instructed a uniformed officer to stop Mr. Burke's vehicle in an adjoining parking lot. Within seconds, Det. Haines arrived on the scene and arrested Mr. Burke for possession of controlled substances for the purpose of trafficking. He conducted a pat down search and seized \$210 from Mr. Burke's coat pocket.

[5] When advised of his right to consult counsel, Mr. Burke initially stated he wanted to call his lawyer. However, after arriving at the police station, he was unable to contact his own lawyer and declined the opportunity to call another.

[6] Upon being told he was going to be strip searched, Mr. Burke handed over two plastic bags, one of which contained 10.94 grams of cocaine packaged into 14 individual packets and the other which contained 20 Dilaudid pills. In the minivan, which was registered to Mr. Burke's girlfriend, the police found a cell phone, the number for which was the one the informers had reported they would call to obtain drugs. A wallet containing four \$20 bills was also found in the glove box of the minivan, together with the vehicle's registration and insurance card.

[7] Mr. Burke was charged with two counts of possession of a controlled substance for the purposes of trafficking, one relating to cocaine and the other to Hydromorphone (Dilaudid), both being offences set out in s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. He was also charged with possession of proceeds of crime (s. 354(1)(a) of the *Criminal Code*). He pled not guilty.

[8] At trial, Mr. Burke sought the exclusion of the evidence the police had seized from him and from his vehicle. He alleged the police had violated rights guaranteed to him by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Specifically, he argued his arrest was unlawful and therefore arbitrary (a violation of s. 9) and that the search was also unlawful and therefore unreasonable (a violation of s. 8). He also argued he had not been properly informed of his right to counsel (a violation s. 10(b)) because, although the police had informed him of his right and he had tried to call his lawyer, the police did not obtain a proper waiver from him before questioning him after he had been

unable to reach his lawyer. However, Mr. Burke did not provide the police with any information as a result of this questioning and this alleged violation was not pursued before us.

[9] On June 10, 2009, a judge of the Provincial Court ruled that Mr. Burke's ss. 8 and 9 *Charter* rights had been violated. Applying s. 24(2) of the *Charter*, the judge excluded the evidence obtained in the searches of both Mr. Burke and his vehicle on the grounds that the admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute. As a result, Mr. Burke was acquitted.

III. Issues on Appeal

[10] The Attorney General appeals on the following grounds:

1. The trial judge erred in law by failing to correctly apply the proper legal test in his determination of the reasonable and probable grounds for an arrest without a warrant;
2. The trial judge erred in law by failing to find that there were reasonable and probable grounds for the arrest on the facts as found by him;
3. The trial judge erred in law by misinterpreting material parts of the evidence that were significant to the trial judge's reasoning process; and,
4. The trial judge erred in law by failing to apply the proper legal test or by making an unreasonable finding in his determination of whether the evidence should be excluded under section 24(2) of the *Charter*.

[11] With respect, I agree the trial judge erred in applying the proper legal test in his determination of whether or not there were reasonable grounds to arrest Mr. Burke without a warrant. I therefore find merit to the first ground of appeal and, as a result, see no need to consider the other grounds.

IV. Analysis

[12] It is common ground that the legality of the arrest was the determining factor at trial and is the determining factor in this appeal. If the arrest was lawful, the detention was not arbitrary and the searches incident to the arrest were not unreasonable. Section 495(1) of the *Criminal Code* governs. It provides as follows:

495. (1) A peace officer may arrest without warrant

(a) a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence;

(b) a person whom he finds committing a criminal offence; or

(c) a person in respect of whom he has reasonable grounds to believe that a warrant of arrest or committal, in any form set out in Part XXVIII in relation thereto, is in force within the territorial jurisdiction in which the person is found.

495. (1) Un agent de la paix peut arrêter sans mandat :

a) une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel;

b) une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle;

c) une personne contre laquelle, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, un mandat d'arrestation ou un mandat de dépôt, rédigé selon une formule relative aux mandats et reproduite à la partie XXVIII, est exécutoire dans les limites de la juridiction territoriale dans laquelle est trouvée cette personne.

[13] As is evident from the language of s. 495(1)(a), an officer may arrest a person who, on reasonable grounds, the officer believes has committed an indictable offence. Trafficking in cocaine and Dilaudid or possessing these drugs for the purpose of trafficking are indictable offences. It is not necessary for the officer to either find the person in the process of committing the offence or to have witnessed the commission of it. The law is well established that, for a warrantless arrest to be valid, the arresting officer must subjectively have reasonable grounds on which to base the arrest and those grounds must, in addition, be justifiable from an objective point of view. In other words, a reasonable person placed in the position of the officer must be able to

conclude there were indeed grounds for the arrest: *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, [1990] S.C.J. No. 12 (QL), at paras. 16-17.

[14] In his decision on the *voir dire*, the trial judge found Det. Haines had the required subjective reasonable grounds. It is with respect to the objective component of the analysis that the judge found the arrest deficient. Specifically, the judge held that, although there was much information about Mr. Burke's activities over a series of months, it was not objectively demonstrated that there were reasonable grounds "that Mr. Burke would have drugs in his possession for the purpose of trafficking on that day at that time". According to the judge, more in terms of confirmation of this fact was required.

[15] In coming to his conclusion, the judge relied on *Goodine v. R.*, 2006 NBCA 109, 307 N.B.R. (2d) 178, as setting out the law regarding grounds for arrest based on information received from one or more informers. In that case, the accused was convicted of the indictable offence of possession of tobacco products that were not stamped as required by the *Excise Act*, 2001, S.C. 2002, c. 22. On appeal, the only ground pursued was whether the appellant had been arbitrarily detained on the basis of an unlawful arrest. It was alleged the arresting officers had acted upon information emanating exclusively from an untested anonymous tipster whose allegation of possession by Mr. Goodine of contraband tobacco products was uncorroborated by independent sources.

[16] Dismissing the appeal, Drapeau C.J.N.B., for the Court, explained that in some circumstances the information provided by an anonymous tipster can form sufficient basis upon which an arrest can be made. In essence, he stated that the correct approach to the assessment of the reliability of the tip is to look at "the totality of the circumstances", including factors such as the degree of detail of the "tip", the informer's source of knowledge, and *indicia* of the informer's reliability such as past performance or confirmation from other investigative sources (paras. 20-29). As he noted, quoting from the Supreme Court of Canada in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, [1990] S.C.J. No.

115 (QL): “[t]he results of the search cannot, *ex post facto*, provide evidence of reliability of the information” (para. 23).

[17] The standard of review that applies to this case is set out in *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, as applied in *Tontarelli v. R.*, 2009 NBCA 52, 348 N.B.R. (2d) 41:

While there can be no doubt that the existence of reasonable and probable grounds is grounded in the factual findings of the trial judge, the issue of whether the facts as found by the trial judge amount *at law* to reasonable and probable grounds is a question of law. As with any issue on appeal that requires the court to review the underlying factual foundation of a case, it may understandably seem at first blush as though the issue of reasonable and probable grounds is a question of fact. However, this Court has repeatedly affirmed that the application of a legal standard to the facts of the case is a question of law: see *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 18; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 23. [...] Although the trial judge’s factual findings are entitled to deference, the trial judge’s ultimate ruling is subject to review for correctness. [para. 20 of *Shepherd*, para. 61 of *Tontarelli*]

[Emphasis in original.]

[18] In my respectful view, the trial judge’s decision in the present case cannot be upheld against that standard of review. While the judge identified the correct legal test, that is “the totality of the circumstances” approach, he made a fatal error in his application of that test. As the Chief Justice pointed out in *Goodine*, “the genius of the ‘totality of the circumstances’ approach [...] lies in the flexibility that it provides” (para. 28). This flexibility is such that, in some circumstances, it is permissible to make an arrest solely on the basis of the information received from one or more informers, even, in some cases, where the tip is from an anonymous source. As he explained:

[...] [L]ack of corroboration of the “criminal” aspect of a tip by an untested anonymous source does not preclude a finding that an arrest based on that tip was lawful, at least

where the following circumstances are in play: (1) there is no evidence that an improper motive underlies the tipster's report; (2) the corroborated "neutral" data would lead a reasonable and dispassionate observer to infer that the tipster is both closely acquainted with the target and privy to the criminal activity being reported; and (3) that observer would be at a loss to point to any fact-based, as opposed to speculative, justification for the conclusion that the allegation of criminal conduct is unreliable. In my view, the issue for trial judges is always whether, having regard to the totality of the circumstances, sufficient grounds existed to lawfully carry out the arrest. In other words, there is no hard and fast rule; what is required is a case-specific determination that reflects an assessment of the totality of the circumstances apparent to the arresting officers at the time they took action. [para. 20]

[19] In *Goodine*, the Chief Justice adopted the words of Doherty J.A., in *R. v. Lewis*, [1998] O.J. No. 376 (C.A.) (QL), who pointed out that "[t]he totality of the circumstances approach is inconsistent with elevating one circumstance to an essential prerequisite to the existence of reasonable grounds" (para. 22 of *Lewis*, para. 26 in *Goodine*). In the present case, the judge focused almost exclusively on the absence of independent evidence corroborating the information the informers had provided. In my respectful view, he elevated that circumstance to an essential prerequisite because he was focused not on whether there were reasonable grounds for the officer's belief that Mr. Burke had committed an indictable offence, but rather on the question whether there were grounds to believe Mr. Burke would be in possession of drugs at the time of his arrest.

[20] The trial judge held that there was nothing more than suspicion for the officer's belief that Mr. Burke "would have drugs in his possession for the purpose of trafficking on that day at that time", that is the date and time of the arrest. With respect, this is not the proper basis upon which the officer's belief ought to have been assessed. The proper question is whether there was an objective basis for the officer's belief that Mr. Burke had committed an indictable offence. If so, the officer was lawfully empowered to arrest him.

[21] Had the judge asked himself the right question, he would have had to determine whether the reliability of any of the tips was satisfactorily established to provide the requisite grounds to arrest on the basis of the officer's subjective belief Mr. Burke had committed an indictable offence. In making this determination, the judge was required to consider all the circumstances, including the following, some of which are extrapolated from his findings of fact and others taken from *Goodine*:

1. Members of the Fredericton Police Drug Squad had been for some months gathering evidence about Mr. Burke's activities;
2. All three of the informers who provided information to the officers had proven reliable on many occasions;
3. All three of the informers had personal knowledge of the drug transactions in which Mr. Burke was involved, with two of them having themselves participated in the transactions;
4. The informers provided significant detail regarding the transactions, i.e. the types of drugs involved, the fact that the cocaine was pre-packaged, the method of communication used, the phone number (found to belong to Mr. Burke), the vehicles he used, and the part of the city in which the transactions took place (this detail corroborated the informers reports that they were closely acquainted with Mr. Burke);
5. There was no evidence of an improper motive underlying the reports of the informers; and
6. There was no fact-based, as opposed to speculative, justification for the conclusion that the allegations of criminal conduct were unreliable.

[22] In my respectful view, despite the judge's finding that the activity witnessed in the Tim Hortons parking lot was insufficient to corroborate the tips (a finding upon which I am not required to comment), there was nevertheless more than sufficient objective support for the officer's belief that Mr. Burke had committed an indictable offence. The police had been told by three reliable sources who had personally witnessed multiple transactions that Mr. Burke had been trafficking in drugs. These informers, independent of one another, provided the police with sufficient detail

regarding these transactions to guarantee the trustworthiness of each informer's disclosure, especially where the detail provided by one source was corroborated by the details provided by one or both of the other sources. Had the judge weighed all the circumstances, as he was required to do, and not elevated one to an almost prerequisite, he would necessarily have concluded there were sufficient *indicia* of the informers' reliability so as to justify an arrest solely on the basis of the information provided.

[23] In my respectful view, the trial judge erred in finding the arrest to have been unlawful. It follows he erred in finding violations of Mr. Burke's *Charter* rights and in excluding the evidence.

V. Disposition

[24] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the verdict and order a new trial.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] À l'automne 2007, trois indicateurs confidentiels, qui s'étaient montrés dignes de foi par le passé, ont informé les membres de l'escouade antidrogue du service de police de la ville de Fredericton que Shawn Burke recevait des commandes de cocaïne et de Dilaudid par téléphone cellulaire et qu'il effectuait la livraison de la drogue à partir de chez lui en utilisant une fourgonnette blanche ou une camionnette noire. Les indicateurs ont fourni ces renseignements séparément les uns des autres. Ils ont déclaré avoir personnellement été témoins de transactions de drogues illicites ou y avoir pris part. Sur la foi de ces renseignements, et après avoir vu quelques fois seulement M. Burke à bord d'une fourgonnette blanche dans le parc de stationnement d'un Tim Hortons de la région, la police l'a arrêté. Une fouille de sa personne a révélé qu'il avait sur lui de la cocaïne et du Dilaudid. M. Burke a été accusé de possession en vue de faire le trafic à l'égard de ces deux substances, mais il a été acquitté à la Cour provinciale après que le juge du procès eut écarté les fruits de la fouille au motif qu'il avait été porté atteinte à ses droits garantis par les art. 8 et 9 de la *Charte* et que l'utilisation de la preuve au procès risquait de déconsidérer l'administration de la justice. Le procureur général en appelle et demande la tenue d'un nouveau procès. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir l'appel.

II. Contexte

[2] Entre le 17 septembre et le 19 décembre 2007, trois policiers de l'escouade antidrogue du service de police de la ville de Fredericton ont reçu des renseignements d'indicateurs confidentiels selon lesquels M. Burke vendait de la drogue. Le premier indicateur a communiqué les renseignements au détective Chris Haines de l'escouade antidrogue. Le 17 septembre, il a dit au détective Haines que M. Burke livrait de la cocaïne et du Dilaudid préemballés en utilisant une fourgonnette blanche ou une

camionnette noire. Quelques jours plus tard, l'indicateur a affirmé avoir vu M. Burke livrer de la cocaïne dans sa camionnette dans le nord de la ville. Le 14 octobre, l'indicateur a signalé avoir vu M. Burke en possession de cocaïne et de Dilaudid dans sa fourgonnette blanche et, le 18 décembre, il a déclaré avoir vu M. Burke vendre une certaine quantité de cocaïne et de Dilaudid encore une fois dans sa fourgonnette blanche. Un autre indicateur a fourni des renseignements au détective Troy Clarkson à huit occasions entre le 25 septembre et le 13 décembre 2007. Cet indicateur a affirmé que, à plusieurs reprises, il avait pris des dispositions pour que M. Burke lui livre de la cocaïne et du Dilaudid. Il a expliqué qu'il composait un numéro de téléphone particulier pour joindre M. Burke et que ce dernier lui livrait ensuite la drogue. La police a vérifié que le numéro de téléphone fourni par l'indicateur était celui de M. Burke. Les 5 et 11 décembre, l'indicateur a fait savoir que, dans les 24 dernières heures, M. Burke lui avait livré de la cocaïne. La livraison avait été faite dans une fourgonnette blanche. Le 13 décembre, l'indicateur a déclaré avoir reçu de la cocaïne de M. Burke ce même jour. Le 1^{er} décembre, le troisième indicateur a communiqué avec la caporale Sue Evans et lui a révélé que, au cours du dernier mois, il avait acheté au moins douze fois de la cocaïne et du Dilaudid de M. Burke, qui utilisait une fourgonnette blanche ou une camionnette noire pour les livraisons. Cet indicateur a donné le numéro de téléphone utilisé pour commander la drogue et, comme la suite l'a démontré, il s'agissait du même numéro de téléphone que celui fourni au détective Clarkson. Le 13 décembre, le troisième indicateur a dit à la caporale Evans que M. Burke lui avait vendu et livré de la cocaïne dans les 24 dernières heures et du Dilaudid dans les 48 dernières heures. Les deux fois, M. Burke conduisait une fourgonnette blanche.

[3] Les trois indicateurs étaient connus des agents qui étaient individuellement responsables d'eux et ils s'étaient révélés être des sources dignes de foi. Tous les renseignements ont été communiqués au détective Haines qui, le 19 décembre 2007, a décidé qu'il avait des motifs raisonnables d'arrêter M. Burke. À cette même date, le détective Haines a mis M. Burke sous surveillance. À 16 h 30, il l'a suivi alors qu'il se rendait, à bord de sa fourgonnette blanche, dans le parc de stationnement du Tim Hortons situé sur la rue Union, à Fredericton. M. Burke est entré dans le parc de stationnement et

a garé sa voiture à côté d'un autre véhicule, qui avait reculé pour se garer dans une place de stationnement. Le gendarme Haines a noté que les deux conducteurs semblaient discuter. Après une à deux minutes seulement, les deux véhicules ont quitté le parc de stationnement sans que personne ne soit descendu de l'un ou l'autre de ceux-ci.

[4] Le détective Haines a donné l'ordre à un policier en uniforme d'intercepter le véhicule de M. Burke dans un parc de stationnement voisin. Dans les secondes qui ont suivi, le détective Haines est arrivé sur les lieux et il a arrêté M. Burke pour possession de substances désignées en vue d'en faire le trafic. Il a procédé à une fouille par palpation et saisi la somme de 210 \$ dans les poches du manteau de M. Burke.

[5] Une fois informé de son droit de consulter un avocat, M. Burke a dit qu'il voulait appeler son avocat. Toutefois, après être arrivé au poste de police, il n'a pas réussi à le joindre et il a refusé d'en appeler un autre comme on le lui avait proposé.

[6] Après avoir été informé qu'il ferait l'objet d'une fouille à nu, M. Burke a remis aux policiers deux sacs en plastique; l'un contenait 10,94 g de cocaïne emballée dans 14 sachets individuels et l'autre contenait 20 comprimés de Dilaudid. Dans la fourgonnette, qui était immatriculée au nom de la copine de M. Burke, la police a trouvé un téléphone cellulaire, dont le numéro était celui que les indicateurs avaient désigné comme étant le numéro à composer pour obtenir de la drogue. Un portefeuille contenant quatre billets de vingt dollars a été trouvé dans la boîte à gants de la fourgonnette, avec l'immatriculation et le certificat d'assurance du véhicule.

[7] M. Burke a été accusé sous deux chefs de possession d'une substance désignée en vue d'en faire le trafic, l'un lié à la cocaïne et l'autre à l'hydromorphone (Dilaudid), les deux étant des infractions prévues au par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Il a également été accusé de possession de biens criminellement obtenus (al. 354(1)a) du *Code criminel*. Il a plaidé non coupable.

[8] Au procès, M. Burke a demandé que les éléments de preuve que la police avait saisis sur lui et dans son véhicule soient exclus. Il a allégué que la police avait violé les droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus particulièrement, il a fait valoir que son arrestation était illégale et, par conséquent, arbitraire (violation de l'art. 9) et que la fouille était également illégale et, par conséquent, abusive (violation de l'art 8). Il a également avancé qu'il n'avait pas été informé convenablement de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat (violation de l'al. 10*b*)) parce que, même si la police l'avait informé de ce droit et qu'il avait tenté de joindre son avocat, la police n'avait pas obtenu de lui une renonciation en bonne et due forme à ce droit avant de l'interroger après qu'il eut tenté en vain de joindre son avocat. Toutefois, M. Burke n'a fourni à la police aucun renseignement lors de l'interrogatoire et il n'a pas été donné suite à cette allégation de violation devant nous.

[9] Le 10 juin 2009, un juge de la Cour provinciale a conclu qu'il avait été porté atteinte aux droits garantis à M. Burke par les art. 8 et 9 de la *Charte*. Sur le fondement du par. 24(2) de la *Charte*, le juge a écarté les éléments de preuve obtenus lors des fouilles effectuées sur la personne de M. Burke et dans le véhicule de ce dernier, au motif que l'utilisation de ces éléments de preuve risquait de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, M. Burke a été acquitté.

III. Questions soulevées en appel

[10] Le procureur général interjette appel en soulevant les moyens suivants :

1. Le juge du procès a commis une erreur de droit en n'appliquant pas judicieusement le critère juridique pertinent pour déterminer s'il existait des motifs raisonnables pour procéder à une arrestation sans mandat.
2. Le juge du procès a commis une erreur de droit en ne concluant pas à l'existence de motifs raisonnables pour procéder à l'arrestation, compte tenu des faits qu'il avait constatés.

3. Le juge du procès a commis une erreur de droit en faisant une mauvaise interprétation de certaines parties déterminantes de la preuve qui étaient importantes pour son raisonnement.
4. Le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant d'appliquer le critère juridique pertinent ou en tirant une conclusion déraisonnable dans sa décision relative à la question de savoir si les éléments de preuve devaient être exclus en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

[11] En toute déférence, je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur au moment d'appliquer le critère juridique pertinent pour déterminer s'il existait des motifs raisonnables pour procéder à l'arrestation de M. Burke sans mandat. J'estime donc que le premier moyen d'appel est fondé et, par conséquent, il n'est nullement nécessaire d'examiner les autres motifs.

IV. Analyse

[12] Il est incontestable que la légalité de l'arrestation était le facteur déterminant au procès et qu'elle l'est également dans le présent appel. Si l'arrestation était légale, la détention n'était pas arbitraire et les fouilles accessoires à l'arrestation n'étaient pas abusives. Le par. 495(1) du *Code criminel* est la disposition déterminante. Il est rédigé comme suit :

495. (1) A peace officer may arrest without warrant

(a) a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence;

(b) a person whom he finds committing a criminal offence; or

(c) a person in respect of whom he has reasonable grounds to believe that a

495. (1) Un agent de la paix peut arrêter sans mandat :

a) une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel;

b) une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle;

c) une personne contre laquelle, d'après ce qu'il croit pour des motifs

warrant of arrest or committal, in any form set out in Part XXVIII in relation thereto, is in force within the territorial jurisdiction in which the person is found.

raisonnables, un mandat d'arrestation ou un mandat de dépôt, rédigé selon une formule relative aux mandats et reproduite à la partie XXVIII, est exécutoire dans les limites de la juridiction territoriale dans laquelle est trouvée cette personne.

[13] Tel qu'il ressort clairement du libellé de l'al. 495(1)a), un agent de police peut arrêter une personne qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis un acte criminel. Le trafic de la cocaïne et du Dilaudid ou la possession de ces drogues en vue d'en faire le trafic constituent des actes criminels. Il n'est pas nécessaire que l'agent trouve la personne en train de commettre l'infraction ou qu'il soit témoin de sa perpétration. Il est bien établi en droit que, pour qu'une arrestation sans mandat soit valide, l'agent de police qui effectue l'arrestation doit avoir subjectivement des motifs raisonnables d'y procéder et ces motifs doivent en outre être objectivement justifiables. En d'autres termes, une personne raisonnable se trouvant à la place de l'agent doit pouvoir conclure qu'il existait effectivement des motifs de procéder à l'arrestation : *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, [1990] A.C.S. n° 12 (QL), aux par. 16 et 17.

[14] Dans sa décision relative au voir-dire, le juge du procès a conclu que le détective Haines avait les motifs raisonnables subjectifs requis mais que l'arrestation était déficiente quant au volet objectif de l'analyse. Plus particulièrement, le juge a considéré que, même si la police avait obtenu beaucoup de renseignements sur les activités de M. Burke pendant plusieurs mois, il n'avait pas été objectivement démontré qu'il existait des motifs raisonnables de croire [TRADUCTION] « que M. Burke aurait en sa possession de la drogue en vue d'en faire le trafic ce jour-là, à ce moment-là ». Selon le juge, il fallait que ce fait soit davantage confirmé.

[15] Pour en arriver à sa conclusion, le juge s'est appuyé sur *Goodine c. R.*, 2006 NBCA 109, 307 R.N.-B. (2^e) 178, soutenant que cet arrêt établissait le droit concernant les motifs d'arrestation fondés sur des renseignements reçus d'un ou de plusieurs indicateurs. Dans cette affaire, l'accusé a été déclaré coupable de l'acte criminel de possession de produits du tabac non estampillés conformément à la *Loi de 2001 sur*

l'accise, L.C. 2002, ch. 22. En appel, le seul moyen qui ait été soulevé portait sur la question de savoir si l'appelant avait été arbitrairement détenu du fait que l'arrestation était illégale. Il a été allégué que les agents de police qui l'avaient appréhendé s'étaient fondés sur des renseignements provenant uniquement d'un tuyauteur anonyme qui n'avait pas fait ses preuves et dont l'allégation de possession de produits du tabac de contrebande, qui visait M. Goodine, n'était corroborée par aucune source indépendante.

[16] En rejetant l'appel, le juge en chef Drapeau a expliqué, en s'exprimant au nom de la Cour, que, dans certaines circonstances, les renseignements fournis par un tuyauteur anonyme peuvent constituer un fondement suffisant pour qu'il soit procédé à une arrestation. En d'autres termes, il a déclaré que la démarche appropriée pour évaluer la fiabilité du renseignement consiste à examiner « l'ensemble des circonstances », y compris des facteurs comme le niveau de détail du renseignement, les sources de l'informateur et les indices de la fiabilité de l'informateur, comme son expérience antérieure ou la confirmation des renseignements par d'autres sources (par. 20 à 29). Tel qu'il l'a souligné, en citant un extrait de la décision de la Cour suprême dans *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, [1990] A.C.S. n° 115 (QL) : « Les résultats d'une fouille ou d'une perquisition ne peuvent, *ex post facto*, apporter la preuve de la fiabilité des renseignements » (par. 23).

[17] La norme de contrôle applicable en l'espèce est énoncée dans l'arrêt *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, et elle a été appliquée dans *Tontarelli c. R.*, 2009 NBCA 52, 348 R.N.-B. (2^e) 41 :

Bien qu'il ne fasse aucun doute que l'existence de motifs raisonnables et probables découle des conclusions de fait du juge du procès, la question de savoir si les faits qu'il a constatés constituent *en droit* des motifs raisonnables et probables est une question de droit. Comme pour toute question litigieuse en appel nécessitant que la cour examine le contexte factuel qui sous-tend l'affaire, on pourrait penser, à première vue, que la question des motifs raisonnables et probables est une question de fait. Toutefois, notre Cour a, à maintes occasions, affirmé que l'application d'une norme juridique aux faits est une

question de droit : voir *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 18; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 23. [...] Bien que les conclusions de fait du juge du procès commandent la déférence, la décision qu'il a rendue en définitive est susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte. [Par. 20 dans *Shepherd*, par. 61 dans *Tontarelli*]

[Italiques dans l'original.]

[18] À mon humble avis, la décision du juge du procès dans la présente affaire ne peut être maintenue au regard de cette norme de contrôle. Le juge a déterminé le critère juridique pertinent, à savoir la démarche relative à « l'ensemble des circonstances », mais il a commis une erreur fatale dans l'application de ce critère. Comme le juge en chef l'a souligné dans *Goodine*, « la beauté de l'optique de l'« ensemble des circonstances » [...] réside dans la souplesse qu'elle permet » (par. 28). Cette souplesse est telle que, dans certaines circonstances, il peut être acceptable de procéder à une arrestation uniquement sur la foi des renseignements reçus d'un ou de plusieurs indicateurs, même si, dans certains cas, le renseignement provient d'une source anonyme. Comme le juge en chef l'a expliqué :

[...]l'absence de corroboration de l'aspect « criminel » du tuyau fourni par une source anonyme qui n'a pas fait ses preuves n'interdit pas de conclure qu'une arrestation fondée sur ce tuyau était légitime, du moins lorsque les circonstances suivantes sont présentes : 1) aucune preuve n'indique que le signalement du tuyauteur était inspiré par des motifs répréhensibles; 2) les renseignements « neutres » corroborés amèneraient un observateur raisonnable et objectif à inférer que le tuyauteur est une proche connaissance du suspect et est dans le secret des activités criminelles qu'il signale; 3) cet observateur serait incapable de justifier, en s'appuyant sur des faits plutôt que sur des conjectures, la conclusion voulant que l'allégation de conduite criminelle ne soit pas fiable. À mon avis, la question que les juges de première instance doivent trancher est toujours celle de savoir si, eu égard à l'ensemble des circonstances, il existait des motifs suffisants pour procéder à une arrestation légitime. Autrement dit, il n'existe aucune règle immuable; il faut rendre une décision qui tienne compte de chaque cause particulière et qui découle de l'évaluation de l'ensemble

des circonstances dont les agents avaient connaissance lorsqu'ils ont procédé à l'arrestation. [Par. 20]

[19] Dans *Goodine*, le juge en chef a fait siens les propos du juge Doherty, dans l'arrêt *R. c. Lewis*, [1998] O.J. No. 376 (C.A.) (QL), qui soulignait que [TRADUCTION] « [l']optique de l'ensemble des circonstances est incompatible avec le fait d'élever une seule circonstance au rang de préalable essentiel à l'existence de motifs raisonnables » (par. 22 dans *Lewis*, par. 26 dans *Goodine*). Dans la présente affaire, le juge a mis l'accent presque exclusivement sur l'absence d'une preuve indépendante corroborant les renseignements fournis par les indicateurs. À mon humble avis, il a élevé cette circonstance au rang d'un préalable essentiel parce qu'il insistait non pas sur la question de savoir s'il existait, pour l'agent, des motifs raisonnables de croire que M. Burke avait commis un acte criminel, mais plutôt sur celle de savoir s'il existait des motifs de croire que M. Burke serait en possession de drogues au moment de son arrestation.

[20] Le juge du procès considérait que la croyance de l'agent que M. Burke [TRADUCTION] « aurait en sa possession de la drogue en vue d'en faire le trafic ce jour-là, à ce moment-là », c'est-à-dire au moment de l'arrestation, n'était rien de plus qu'un soupçon. Avec égards, la conviction de l'agent de police n'aurait pas dû être appréciée sur ce fondement. La question pertinente est celle de savoir s'il existait un fondement objectif à la conviction de l'agent de police que M. Burke avait commis un acte criminel. Si tel était le cas, l'agent était légalement autorisé à l'arrêter.

[21] Si le juge s'était posé la bonne question, il aurait eu à déterminer si la fiabilité des renseignements était suffisamment établie pour fournir les motifs requis en vue de procéder à l'arrestation sur la foi de la croyance subjective de l'agent que M. Burke avait commis un acte criminel. Pour trancher cette question, le juge se devait de tenir compte de toutes les circonstances, y compris celles qui suivent, dont certaines ont été extrapolées à partir de ses conclusions de fait et d'autres ont été extraites de l'arrêt *Goodine* :

1. Les membres de l'escouade antidrogue du service de police de Fredericton rassemblaient depuis quelques mois des éléments de preuve sur les activités de M. Burke.
2. Les trois indicateurs qui fournissaient des renseignements aux agents de police s'étaient montrés dignes de foi à de nombreuses occasions.
3. Les trois indicateurs avaient eu personnellement connaissance des transactions de drogue dans lesquelles M. Burke était impliqué, deux d'entre eux y ayant eux-mêmes pris part.
4. Les indicateurs ont fourni beaucoup de détails sur les transactions, à savoir les types de drogue en cause, le fait que la cocaïne était préemballée, la méthode de communication employée, le numéro de téléphone (qui s'est révélé être celui de M. Burke), les véhicules utilisés et le secteur de la ville dans lequel les transactions avaient lieu (ces détails corroboraient les renseignements fournis par les indicateurs selon lesquels ils connaissaient bien M. Burke).
5. Rien dans la preuve ne révélait l'existence d'une considération inappropriée sous-jacente aux renseignements transmis par les indicateurs.
6. La conclusion selon laquelle les allégations de conduite criminelle étaient sujettes à caution avait un fondement conjectural plutôt que factuel.

[22]

À mon humble avis, malgré la conclusion du juge selon laquelle l'activité observée dans le parc de stationnement du Tim Hortons était insuffisante pour corroborer les renseignements (une conclusion à l'égard de laquelle je ne suis pas tenu de formuler des observations), la croyance de l'agent de police que M. Burke avait commis un acte criminel avait néanmoins un fondement objectif plus que suffisant. La police avait été informée que M. Burke faisait du trafic de drogue par trois sources dignes de foi qui avaient personnellement été témoins de multiples transactions. Ces indicateurs avaient fourni à la police, séparément les uns des autres, suffisamment de détails sur les transactions pour garantir la véracité des renseignements communiqués par chacun d'eux,

particulièrement du fait que les détails fournis par une source étaient corroborés par les détails fournis par une autre source ou les deux autres sources. Si le juge avait soupesé toutes les circonstances, comme il était tenu de le faire, et n'avait pas élevé l'une de ces circonstances au rang de préalable presque essentiel, il aurait forcément conclu à l'existence d'indices de fiabilité suffisants à l'égard des indicateurs pour justifier une arrestation uniquement sur la foi des renseignements fournis.

[23] À mon humble avis, le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'arrestation était illégale. Il s'ensuit qu'il a commis une erreur en concluant à la violation des droits garantis par la *Charte* et en écartant la preuve.

V. Dispositif

[24] Pour les motifs exposés précédemment, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le verdict et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.