

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

133-11-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

ALBERT SAVOY and CHERYL DIANE SAVOY

ALBERT SAVOY et CHERYL DIANE SAVOY

RESPONDENTS

INTIMÉS

R. v. Savoy, 2012 NBCA 36

R. c. Savoy, 2012 NBCA 36

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Larlee

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Larlee

Appeal from a decision of the Provincial Court:
September 14, 2011

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 14 septembre 2011

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
February 14, 2012

Appel entendu :
Le 14 février 2012

Judgment rendered:
April 19, 2012

Jugement rendu :
Le 19 avril 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Mélanie Ferron

Pour l'appelante :
Mélanie Ferron

For the respondents:
James E. Fowler

THE COURT

The appeal is allowed, and a new trial is ordered.

Pour les intimés :
James E. Fowler

LA COUR

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

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU C.J.N.B.

I. Introduction

[1] This is an appeal against the respondents' acquittal on charges of cultivating marihuana and possession of marihuana for the purpose of trafficking. The contested verdicts were entered after Crown counsel declined to proffer evidence in support of the charges, a course of action the Attorney General of Canada says was dictated by the trial judge's exclusion of evidence seized at the respondents' residence under the authority of a search warrant. The Attorney General contends the trial judge committed reversible errors of law in finding the search and seizure violated the respondents' rights under s. 8 of the *Charter* and in excluding the evidence in question pursuant to s. 24(2). Objection is taken to the finding of a rights violation primarily on the grounds that the trial judge applied the wrong standard to determine the subfacial validity of the warrant and failed to discern the requisite reasonable grounds for its issuance from the redacted Information to Obtain ("ITO") submitted for his consideration. In my respectful judgment, that failure constitutes reversible error no matter what legally recognized standard is applied and, in the result, it is not necessary to pass upon the complaints directed at the trial judge's s. 24(2) analysis.

II. Context

[2] On December 21, 2009, a judge of the Provincial Court issued a search warrant under s. 11(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, for two places in Northumberland County, New Brunswick: (1) the residence of Harley Matchett and Patricia Savoy, the respondent Albert Maurice Savoy's daughter, at 408 Northwest Road, Exmoor, ("Premises number 1" in the ITO, the "Exmoor residence" in these reasons); and (2) Mr. Savoy's residence at 81 Route 435 highway in Whitney ("Premises number 2" in the ITO, the "Whitney residence" in these reasons). The warrant

was executed immediately following its issuance. The present case is concerned with the admissibility of things seized by the police at the Whitney residence pursuant to the warrant.

[3] Following the search and seizure at the Whitney residence, the respondents were charged jointly on two separate single count Informations, the first for production of cannabis (marihuana) (s. 7(1) of the *CDSA*), the second for possession of cannabis (marihuana) for the purpose of trafficking (s. 5(2) of the *CDSA*). In time, the defence was provided with a redacted version of the ITO filed in support of the application for the warrant to search the Exmoor and the Whitney residences. The editing was carried out to avoid disclosure of the identity of a confidential source.

[4] “Not guilty” pleas having been entered, a trial was scheduled for November 29, 2010. On that date, the respondents pursued their application for the exclusion from the evidential record of the things seized at the Whitney residence. Concomitantly, they sought leave to cross-examine RCMP Corporal Richard Girouard (the ITO’s affiant), Sergeant Bill Cummings of the Miramichi Police Force (the handler of the paid confidential source whose statements provided the main informational basis for the issuance of the warrant) and RCMP Corporal Daniel Haché (the Forward Looking Infrared operator whose evidence was offered to provide some confirmation of the reliability of the information provided by the confidential source). The trial judge allowed the defence to cross-examine the ITO affiant, but dismissed the application in relation to Sgt. Cummings and Cpl. Haché.

[5] Following Cpl. Girouard’s testimony at the *voir dire* on March 29, 2011, and after considering follow-up submissions from counsel, the judge ruled in favor of the defence. In his August 9, 2011 decision, the judge found the “ITO as edited [was] materially less significant than the record before the issuing judge particularly with respect to evidence of the reliability of the paid informant”. That finding led to the application of the review standard approved in *R. v. Allain (S.)* (1998), 205 N.B.R. (2d) 201, [1998] N.B.J. No. 436 (C.A.) (QL); *R. v. Shalala (R.H.)* (2000), 224 N.B.R. (2d)

118, [2000] N.B.J. No. 14 (C.A.) (QL), application for leave to appeal dismissed [2000] S.C.C.A. No. 133 (QL) and *Arsenault v. R.*, 2009 NBCA 29, 344 N.B.R. (2d) 113. The standard in question posits that, where a redacted ITO provides a materially weakened informational justification for the issuance of the warrant, the trial judge must ask whether a judge, acting judicially, would have issued the warrant on that basis, not whether the issuing judge, acting judicially, could have done so. In the trial judge's view, the warrant would "stand or fall on the basis of the investigation conducted by the affiant [Cpl. Girouard] to confirm the allegations of the confidential source". Ultimately, the trial judge concluded the redacted ITO would have caused him to issue the warrant to search the Exmoor residence, but not the Whitney residence.

[6] In finding the ITO affiant had failed to adequately confirm the information provided by the confidential source in relation to the Whitney residence, the trial judge ventured the following opinions: (1) the editing of the ITO by the Crown had effectively removed the basis upon which the issuing judge would have relied for comfort regarding the reliability of the information provided by the confidential source in relation to the Whitney residence; (2) the information in question had been obtained by Sgt. Cummings from the confidential source and then relayed to the affiant, Cpl. Girouard, who did not know the identity of the source; (3) the redacted ITO revealed "significant differences in the confirmatory evidence with respect to the two geographically separated homes subject to the warrant". Although the redacted ITO provided electric consumption data for the Exmoor residence that was "indicative of marijuana production" at that location and, thus, provided confirmation of the confidential source's information in relation to those premises, it offered no such data for the Whitney residence. Moreover, the redacted ITO revealed that, on December 21, 2009, Cpl. Haché applied a thermal detection device (FLIR) to each of the targeted residences. His follow-up report indicated a vent with a mechanical fan had been installed on the wall of the Exmoor residence's basement. This fan was venting extreme heat and exhibiting an energy signature which, in Cpl. Haché's opinion, was similar to that observed in premises featuring a marijuana grow operation. However, no such venting system had been observed at the Whitney residence. That said, Cpl. Haché's testing did reveal an "excessive amount of heat being emitted from the

concrete located on the right side of the residence as [...] compared to the left side”, a state of affairs that, in his opinion, “is consistent with [the] energy signature previously observed in houses known to have a marihuana grow operation”; (4) the redacted ITO did not disclose any evidence confirming Cpl. Girouard’s statement that he believed the information supplied by the confidential source in relation to the Whitney residence to be reliable; (5) the power consumption and the venting system at the Exmoor residence provided the requisite confirmation of the information provided by the “unknown” confidential source in relation to the Exmoor residence and “would support the issuance of a warrant to search” that place. However, the ITO evidence was insufficient “to confirm the unknown source’s information with respect to the Whitney residence of the two accused”; (6) the FLIR results, “while they may be consistent with the signature of a known grow op, are also consistent with many other innocent conclusions including a poorly insulated basement in the northern half of New Brunswick on the first day of winter”. As such, the FLIR results were “insufficient to confirm the information” provided by the confidential source with respect to the Whitney residence; and (7) the Crown had failed to demonstrate that the “warrant to search [the Whitney residence] would have issued on the basis of the edited ITO”.

[7] The trial judge went on to find the search of the Whitney residence was unreasonable and violated the respondents’ rights under s. 8 of the *Charter*. He then turned his mind to the respondents’ request for exclusion of the evidence seized at their residence.

[8] The trial judge began by rightly noting that exclusion pursuant to s. 24(2) of the *Charter* is not automatic in the event of a violation of s. 8 and that it can be ordered only where warranted following application of the analytical framework prescribed by the Supreme Court of Canada, notably in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. As required, the trial judge assessed and balanced the effect of admitting the evidence on society’s confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter* breach; (2) its impact on the *Charter* protected interests of the accused; and (3) society’s interest in a merits-based adjudication of the case. While the trial judge did not

attribute bad faith to Cpl. Girouard, he was satisfied the *Charter* breach was quite serious because it involved a “violation of the sanctity of a person’s home”. He was also of the view that “the impugned evidence [was] undoubtedly crucial to the prosecution’s case” and that “society’s interest in the adjudication of a case on its merits [...] always favours the prosecution in a case involving production or trafficking in marihuana”. However, after “balancing [his] assessments under the lines of inquiry suggested in *Grant*”, the trial judge concluded “the seriousness of the breach, in this case involving a breach of the sanctity of the home, and the significant impact on the two accused’s *Charter* protected interests in the sanctity of their home outweighs the interest of society in seeing an accused marihuana producer tried on the merits”. The judge then found the admission of the evidence seized at the Whitney residence would bring the administration of justice into disrepute, and he excluded it from the record.

[9] As indicated, the Crown offered no evidence when called upon to present its case. Expectedly, verdicts of acquittal were then entered.

III Grounds of Appeal

[10] Some of the complaints formulated in the Notice of Appeal were not pressed in the Appellant’s Submission or at the hearing, and may be dismissed summarily. That is the case for both the objection to the leave given the defence to cross-examine the ITO affiant and the complaint that the trial judge fell into error in finding there was a “material difference” between the redacted ITO and the ITO submitted to the issuing judge.

[11] First off, it is not readily apparent how either of those grounds of appeal, as framed, raises a question of law alone (see E.G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. (looseleaf) (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009), para. 23:1060(2), (3), (9) and (11)). That concern recorded, it remains that the point was not argued, hence my preference for a merits-based disposition of the grounds in question.

[12] The decision to allow cross-examination of the ITO's affiant was made in the exercise of a discretionary power. Where appealable, decisions of that nature can only be reversed if the discretion was not exercised judicially. *R. v. Pires; R. v. Lising*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343 offers the following insights on point:

On reviewing a trial judge's decision to permit or deny leave to cross-examine, an appellate court is not entitled to simply substitute its view for that of the trial judge. The trial judge's determination of whether the proposed cross-examination is reasonably likely to elicit evidence of probative value to the issues for consideration involves an exercise of discretion. The trial judge is in a better position to assess the material, the submissions of counsel and the evidence, if any, in the context of the particular *voir dire* and trial. The need for a deferential standard of appellate review was recognized in *Garofoli*. Sopinka J. stated that "[t]he discretion of the trial judge should not be interfered with on appeal except in cases in which it has not been judicially exercised" (p. 1465).

This deferential standard is important. If not adhered to, trial judges, out of an abundance of caution, are likely to embark upon many unnecessary hearings rather than risk vitiating an entire trial. The trial court's power to control the proceedings then becomes more illusory than real and, in the context of a *Garofoli* hearing, the very purpose of the leave requirement is defeated. [paras. 46-47]

In applying this deferential standard, appellate courts have looked for clear errors in the trial judge's decision to permit or deny cross-examination (see *R. v. Lepage*, 2008 BCCA 132, [2008] B.C.J. No. 524 (QL) (*sub nom. R. v. Oliynyk*), at para. 18, and *R. v. Chow*, 2009 BCCA 328, [2009] B.C.J. No. 1421 (QL), at paras. 10-12). That approach accords with the generally accepted view that a trial judge's discretion will be found to have been judicially exercised unless it yielded an unreasonable decision or one that is tainted by an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence. In my judgment, the case for intervention against the decision to allow cross-examination of the ITO's affiant has not been made.

[13] As for the existence of a “material difference” between the original ITO and its redacted version, I am satisfied the trial judge could make that finding. Assuming for the sake of argument that this finding is appealable, I fail to see how it is the product of any palpable and overriding error in the assessment of the evidential record. I would go further. If called upon to deal with the issue, I would make the very same inference that the trial judge drew. To my mind, the inference of a “material difference” is inescapable, having regard to the number of deletions, the evident significance of some (e.g. a whole paragraph is blackened) and the context in which they were made. Nothing further need be said on the point, and I will now turn to the Attorney General’s more serious imputations of error.

[14] First, the Attorney General contends the trial judge applied the wrong standard in determining the subfacial validity of the warrant. The correct standard, which is set out in *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, directs the trial judge to decide whether a judge, acting judicially, could have issued the warrant on the basis of the redacted ITO, not whether he or she would have issued the warrant on that footing. Second, the Attorney General submits the trial judge erred in law in determining the redacted ITO did not provide sufficient grounds for the issuance of the warrant.

[15] Finally, and in the alternative, the Attorney General argues the trial judge erred in law in applying s. 24(2). As mentioned, on the view I take of the second ground of appeal summarized in the preceding paragraph, there is no need to pass upon this particular complaint.

IV. Analysis and Decision

[16] A warrant may issue pursuant to s. 11(1) of the *CDSA* only where a judge is satisfied by sworn information that there are reasonable grounds to believe that an offence has been committed or is about to be committed, and that evidence of that offence will be found at the specified time and place. It is trite law that the case for issuance need not be made beyond a reasonable doubt. It is sufficient if it is established to

the warrant judge's satisfaction that the things to be searched for are probably in the place to be searched.

[17] At trial, the burden is on the accused to establish the warrant's subfacial invalidity. In the case at hand, the trial judge imposed on the Crown the burden of proving subfacial validity. In doing so, he committed an error of law, but the point has not been pursued by the Attorney General. Be that as it may, I agree the trial judge also fell into error in selecting and applying the standard by which substantive adequacy stood to be assessed, and in failing to draw from the redacted ITO the information upon which the warrant could have lawfully issued.

A. *The correct standard for the review at trial of the informational sufficiency of a redacted ITO*

[18] Contrary to the view expressed in *R. v. Allain (S.)*, the standard of review for the substantive sufficiency of an ITO is the same, whether it has been edited or not. The law on point was recently considered in *Pitre v. R.*, 2011 NBCA 106, 381 N.B.R. (2d) 203. It may be summarized as follows: (1) the process for the determination of a claim of subfacial invalidity begins with a presumption that the warrant was validly issued and the correlative attribution to the defence of the burden of establishing the ITO, whether redacted or not, fails to pass muster; (2) in assessing informational sufficiency, the reviewing court must take into account the totality of the data collected in the ITO, as well as any inference the issuing judge was at liberty to draw; (3) moreover, the reviewing court must take a holistic approach to the ITO's assessment, interpreting its constituent parts in the light provided by the context; (4) that said, while an overly strict interpretation of the words used in the ITO is not appropriate, the reviewing court must guard against allowing tolerance for drafting errors or deficiencies to extend to material omissions with respect to substantive requirements; and (5) ultimately, where the ITO does not expressly or by implication disclose grounds upon which a judge, acting judicially, could have issued the warrant, the latter cannot validate the search or seizure in issue.

[19] In *Pitre*, the Court went on to make incidental observations, which bear repeating:

Needless to say, the reviewing court never knows what the warrant judge would have done if the atrophied ITO had been put to him or her. For there to be a meaningful and principled review at trial of the sufficiency of the ITO in accordance with the *Araujo* test, the issue must be whether the authorizing judge, acting judicially, could have given his or her imprimatur on the basis of what remains of the information on oath he or she was provided. To my mind, the “acting judicially” component of the test brings into the mix an objective standard: could the issuing judge, acting judicially, have issued the warrant on the basis of the information provided in the atrophied ITO? [...]

In my respectful opinion, any judge would have issued the contested search warrant if, having regard to the information in the downsized supporting ITO and acting judicially, he or she could have done so. Let me be blunt, absent exceptional circumstances, the judge who refuses a warrant despite a showing of the requisite reasonable grounds has not acted judicially. Happily, in the real world, a judge would only very exceptionally deny a search warrant where “the material satisfies the authorizing legislation” (see *The Law of Search and Seizure in Canada* at 173). In *Kelly* [2010 NBCA 89, 367 N.B.R. (2d) 1], the Court described the obligations of the issuing judge as follows:

Clearly, the trial judge applied an impermissibly low standard when she concluded the search warrant had been lawfully issued because “it was reasonable to conclude that the possibility and probability of the ‘things to be searched for’ as outlined in the warrant could be found at 120 Cassidy Circle” [Emphasis in original].

Contrary to the trial judge’s assertion, a probability, perforce a possibility, that incriminating evidence could be found at Mr. Kelly’s residence did not constitute a legally sufficient basis for the issuance of the contested warrant. The statements in *Morelli* [2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253], at para. 40, eliminate any doubt that might have persisted on point and recall to center stage the celebrated case

of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, where the Court emphasized that a belief in the possibility of finding evidence at the specified place, even if reasonable, was not sufficient for the principled issuance of a search warrant:

The purpose of an objective criterion for granting prior authorization to conduct a search or seizure is to provide a consistent standard for identifying the point at which the interests of the state in such intrusions come to prevail over the interests of the individual in resisting them. To associate it with an applicant's reasonable belief that relevant evidence may be uncovered by the search, would be to define the proper standard as the possibility of finding evidence. This is a very low standard which would validate intrusion on the basis of suspicion, and authorize fishing expeditions of considerable latitude. It would tip the balance strongly in favour of the state and limit the right of the individual to resist, to only the most egregious intrusions. I do not believe that this is a proper standard for securing the right to be free from unreasonable search and seizure. (p. 167) [paras. 39-40]

[Emphasis in original.]

As mentioned, in *Morelli*, the majority defined the test for reviewing courts as being whether “there was sufficient credible and reliable evidence to permit [the issuing judge] to find reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed and that evidence of that offence would be found at the specified time and place” (para. 40). In my respectful judgment, that formula fits neatly in the overall statutory scheme and may well, in the fullness of time, gain widespread traction among reviewing judges.

That acknowledged, it is difficult, if not impossible, to imagine a situation where the differently formulated standards might lead to divergent outcomes. They certainly do not in the case at hand and, in that regard, I would simply refer to paragraph 58 of the lightened ITO and point

out that, on any of the standards of review mentioned in these reasons, the information summarized therein amply supports the sub-facial validity of the warrant. [paras. 34-36]

[20] As is evident from his reasons for decision, the trial judge did not apply the correct standard in determining the sufficiency of the redacted ITO. Instead of asking himself whether he would have issued the warrant on the basis of the diminished informational package under consideration, he should have applied his mind to the following question: could a judge, acting judicially, have issued the warrant on the basis of the information provided expressly or by reasonable implication in the redacted ITO? In misdirecting himself on the applicable standard of review, the trial judge committed an error of law. That said, and as will be seen, the application of the “would have issued” test should nonetheless have led the trial judge to rule against the defence’s objection to the informational sufficiency of the redacted ITO. On the information provided by that document, some of which the trial judge overlooked, no judge, acting judicially, would or could have refused the warrant.

B. *Application of the correct standard of review to the redacted ITO*

[21] Cpl. Girouard explains at paragraph 9a) of the redacted ITO why he believes the information provided by Sgt. Cummings’ confidential source (“Source A”) is reliable:

I was informed by Sergeant Bill Cummings, a police officer and a member serving with the Miramichi Police Force, in the Province of New Brunswick, hereinafter referred to as Sgt. CUMMINGS that he has a reliable and confidential human source who associates freely with persons involved in criminal activity and whom he believes. Sgt. Cummings advises that he has known this source, hereinafter referred to as Source A for the past [part redacted] years, and has known Source A as an individual who has provided information for the past [part redacted] years. [part redacted] That Source A has received financial payment for information provided. Information provided by Source A has been corroborated through other sources of information. Source A does have personal knowledge of

the information contained herein, based on conversations and or observations with the persons involved unless otherwise stated. The informant believes the information supplied by Source A to be reliable.

[22] The issue becomes whether Cpl. Girouard's subjective belief could be viewed as reasonable by a warrant judge, acting judicially. That inquiry brings into focus the nature of the information supplied by the confidential source and what insights the redacted ITO provides regarding his or her reliability.

[23] The information provided by the confidential source is set out in paragraphs 10 and 11 of the redacted ITO:

10. On December 18th, 2009, the [affiant] was advised by Sgt. Cummings that he had received information from Source A on December [part redacted] 2009. Source A states the following:

a) Source A states that Harley Matchett and Patricia Savoy are presently maintaining a marihuana grow operation in the basement of the premises number 1 [the Exmoor residence] as observed by Source A. [part redacted]

b) Source A states that Harley Matchett and Patricia Savoy are producing [part redacted] marihuana [part redacted] Source A [part redacted] the marihuana plants [part redacted].

c) Source A states Patricia Savoy's father, Albert Maurice Savoy is also presently maintaining a marihuana grow operation in the basement of his residence, premises numbers 2 [the Whitney residence], as observed by Source A. Source A also states there is a marihuana grow in the loft of a large garage that is located to the rear of premises number 2 [the Whitney residence].

d) Source A identified the premises number 1 [the Exmoor residence] as Harley Matchett and Patricia Savoy residence as depicted in digital photograph 2 a), referred to as premises number 1 [the Exmoor residence] taken by Sgt. Cummings on December [part redacted] 2009. Source A

described the residence located on Northwest Road, near Sunny Corner, being described by Source A as a yellow single story dwelling with basement with an attached civic number 408.

e) Source A identified the premises number 2 [the Whitney residence] as Albert Maurice Savoy's residence as depicted in digital photograph 3 a), referred to as premises number 2 [the Whitney residence] taken by Sgt. Cummings on December [part redacted] 2009. Source A described the residence as a white residence with brick on the front and a brick chimney on the right-hand side with attached civic number 81. Source A states there is also a large garage with a loft located to the rear of the premises number 2 [the Whitney residence].

11. On December [part redacted] 2009, Source A advised Sgt. Cummings of the following information:

a) [part redacted]

b) Source A states that all three, Harley Matchett, Patricia Savoy and her father Albert Maurice Savoy have been growing marihuana [part redacted] in premises number 1 [the Exmoor residence] and premises number 2 [the Whitney residence] and at the present time, as of December [part redacted] 2009, are growing marihuana in both premises. [part redacted].

[24] Clearly, the confidential source has personal knowledge of the marihuana grow operations at both the Exmoor and the Whitney residences. He or she acquired that knowledge through conversations with the targets, namely Mr. Savoy, Harley Matchett and Mr. Savoy's daughter, Patricia Savoy, and actual observations of the grow operations at each residence. Moreover, the confidential source is not anonymous. He or she has been known to Sgt. Cummings for years and has provided intelligence for years, which intelligence "has been corroborated through other sources of information". Finally, the confidential source has been paid for his or her services.

[25] In the course of delivering judgment for the majority in *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, [1990] S.C.J. No. 32 (QL), Lamer J., later C.J.C., confirmed that the

“supplying of reliable information in the past” could provide sufficient indicia of a confidential source’s reliability:

I should note, at this point, that it is clear from the trial judge’s statement that he based his assessment of the reliability of the confidential information on an ex post facto analysis; he reasoned, incorrectly in my view, that the information received by the R.C.M.P. must have been reliable because the search resulted in the recovery of the heroin. With respect, a conclusion that the police had reliable information about the appellant’s attempt to import heroin must be based on more than the fact of a subsequent recovery of the drugs. There must be an independent inquiry into the source and reliability of the confidential information in order to determine whether, in the totality of the circumstances, there existed reasonable and probable grounds to believe the appellant was carrying the heroin or whether there was mere suspicion. Relevant to this inquiry is whether the information received contains sufficient detail to ensure that it is based on more than mere rumour or gossip, whether the source or means of knowledge is revealed and whether there is any indicia of the reliability of the source of the information, such as the supplying of reliable information in the past: see *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207, (Ont. C.A.), at p. 219 affirmed by this Court, [1987] 2 S.C.R. 1140. I shall return to this aspect of the trial judge’s reasons in my analysis of the legal issues arising out of this appeal.

[...]

The leading case in the area of assessing confidential information is *Debot, supra*, a decision by Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal. The Court of Appeal held that information supplied by a reliable informant may provide the “reasonable and probable grounds to believe” in order to justify the granting of a search warrant. That reasoning is applied by the court when the issue is reasonable and probable grounds to justify a warrantless search, as in the case at bar. The test for assessing the information is as follows, at pp. 218-19:

I am of the view that such a mere conclusory statement made by an informer to a police officer would not constitute reasonable grounds for

conducting a warrantless search Highly relevant ... are whether the informer's "tip" contains sufficient detail to ensure it is based on more than mere rumour or gossip, whether the informer discloses his or her source or means of knowledge and whether there are any indicia of his or her reliability, such as the supplying of reliable information in the past or confirmation of part of his or her story by police surveillance. [paras. 24 and 47]

[26] In *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, [1990] S.C.J. No. 115 (QL), Sopinka J. summarized the pertinent principles adopted in *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, [1989] S.C.J. No. 118 (QL) and *Greffe*:

- (i) Hearsay statements of an informant can provide reasonable and probable grounds to justify a search. However, evidence of a tip from an informer, by itself, is insufficient to establish reasonable and probable grounds.
- (ii) The reliability of the tip is to be assessed by recourse to "the totality of the circumstances". There is no formulaic test as to what this entails. Rather, the court must look to a variety of factors including:
 - a) the degree of detail of the "tip";
 - b) the informer's source of knowledge;
 - c) indicia of the informer's reliability such as past performance or confirmation from other investigative sources.
- (iii) The results of the search cannot, ex post facto, provide evidence of reliability of the information. [para. 68]

[Emphasis added.]

[27] In sum, evidence of what would otherwise be a probative tip from an informer, by itself, is insufficient to establish reasonable grounds for the issuance of a warrant under s. 11(1) of the *CDSA*. However, a reviewing court must accept the sufficiency of such a tip where, on the totality of the circumstances, the issuing judge,

acting judicially, could conclude it was reliable. Importantly for our present purposes, a warrant judge is entitled to come to that conclusion where the ITO features confirmation of the informer's reliability in other instances.

[28] In the case at bar, the redacted ITO establishes that the confidential source's information is based on firsthand knowledge. Moreover, the redacted ITO confirms a track record of reliability and of confirmation by other sources of the confidential source's intelligence in other cases. Additionally, the excessive heat emanating from one side of the Whitney residence is far from insignificant, having regard to the overall context: it is consistent with a marihuana grow operation in the basement. Finally, the trial judge found reliable the confidential source's information pertaining to the illicit activities at the Exmoor residence. The reliability of that information buttresses the reliability of the confidential source's assertion that a marihuana grow operation was also in progress at the Whitney residence. Those circumstances, viewed cumulatively, lead inexorably to the conclusion that the redacted ITO gives rise to the requisite reasonable grounds for the issuance of the warrant to search the Whitney residence. In concluding otherwise, the trial judge committed an error of law (see *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 20 and *Black v. R.*, 2010 NBCA 36, 360 N.B.R. (2d) 132, at para. 18, per Bell J.A. for the Court). It appears he fell into the trap of assessing the reliability of the information provided in respect of the Whitney residence in isolation from the information the confidential source provided for the Exmoor residence. I repeat: the correct approach requires a consideration of the "totality of the circumstances". Had the judge taken that approach, he would have concluded the confidential source's information in relation to the Whitney residence was sufficiently reliable and the redacted ITO provided ample grounds to uphold the warrant. As was the case in *Pitre*, whether one applies the "would have issued" test (see *Allain*) or the formulaically correct "could have issued" test (see *Araujo*), the result is the same: a valid search warrant and no violation of s. 8 of the *Charter*.

C. *Reversible error?*

[29] Where crucial evidence is excluded, the prosecution may, as it did here, call no evidence and appeal the verdict of acquittal. However, any such appeal will fail unless it is shown that “the rejected evidence was important to [the Crown’s] case, and that it was fruitless to have continued without it” (see E.G. Ewaschuck, *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, para. 23:1040).

[30] The respondents contend the appeal must fail, despite the trial judge’s several errors of law, because nothing in the record identifies what things were seized at the Whitney residence. That state of affairs would make it impossible, so goes the argument, for this Court to determine whether the excluded evidence was indeed crucial. While impressed with counsel’s ingenuity, I respectfully disagree with his contention. I do so for the following reasons.

[31] The redacted ITO, which was received in evidence at the *voir dire*, establishes on a balance of probabilities that, at the time specified in the warrant for its execution, evidence of a violation of s. 5(2) of the *CDSA* (possession of marihuana for the purpose of trafficking) and of s. 7(1) of the *CDSA* (production of marihuana) would be found at the Whitney residence. Evidence was seized at that residence on the very date of the warrant’s issuance and, as a result, charges were subsequently laid against the respondents for violations of the above-mentioned provisions of the *CDSA*. Later, the respondents successfully applied for exclusion of that evidence. While neither side adduced evidence to describe with specificity the items seized at the Whitney residence, the case was litigated on the basis that their admission into evidence was, as the trial judge put it, “absolutely crucial” to the prosecution. The record shows that, following the trial judge’s decision to exclude, the prosecution’s case crumbled. There is no suggestion and, indeed, not one iota of evidence pointing to abuse of process in the decision to charge and prosecute the respondents on the basis of the evidence seized at their residence. That is likewise the situation for the Crown’s election to close its case once

exclusion was ordered pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Viewed cumulatively, these circumstances compel the conclusion that the case for a new trial has been made.

V. Conclusion and Disposition

[32] Verdicts of acquittal are not to be lightly interfered with (see *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595, at para. 2, per McLachlin, C.J.C.). Nonetheless, appellate intervention is required where the court is satisfied the verdict results from a significant error of law (see *R. v. Pavlovsky*, 2005 NBCA 9, 281 N.B.R. (2d) 42, at para. 29, per Deschênes J.A.; *R. v. Noel*, 2010 NBCA 28, 358 N.B.R. (2d) 108, at paras. 43-50 and *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368, at paras. 78-82, per Binnie J.).

[33] In the case at hand, the trial judge applied the wrong test to determine the subfacial validity of the search warrant in issue. Moreover, he committed reversible error in failing to distill from the redacted ITO a sufficient basis to uphold the warrant. I would reverse and order a new trial.

LE JUGE DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Le ministère public appelle de l'acquittement des intimés, qui faisaient face à des accusations de culture de cannabis et de possession de marihuana en vue d'en faire le trafic. Les verdicts contestés ont été rendus après que le ministère public a fait connaître qu'il ne présenterait pas de preuve à l'appui des accusations, choix qu'aurait dicté, au dire du procureur général du Canada, la décision du juge du procès d'écarter les éléments de preuve qui avaient été saisis au domicile des intimés en exécution d'un mandat de perquisition. Le procureur général soutient que le juge du procès a commis des erreurs de droit justifiant d'infirmier sa décision lorsqu'il a conclu que la perquisition et la saisie violaient les droits garantis aux intimés par l'art. 8 de la *Charte*, puisqu'il a écarté les éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Il conteste, par deux moyens surtout, la conclusion à une violation des droits des accusés : le juge du procès aurait appliqué la mauvaise norme pour statuer sur la validité du mandat au fond, et il aurait manqué à discerner, dans la version expurgée de la dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition (la « dénonciation ») qui lui était soumise, les motifs raisonnables requis pour la délivrance du mandat. À mon respectueux avis, ce manquement constitue une erreur justifiant l'infirmité de la décision quelle que soit la norme jurisprudentielle appliquée et, par conséquent, la Cour n'aura pas à se pencher sur les reproches portant sur l'analyse menée d'après le par. 24(2) par le juge du procès.

II. Contexte

[2] Le 21 décembre 2009, un juge de la Cour provinciale a délivré un mandat de perquisition en vertu du par. 11(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Le mandat décerné portait sur deux endroits du comté de Northumberland, au Nouveau-Brunswick : (1) la résidence de Harley Matchett et de

Patricia Savoy, fille de l'intimé Albert Maurice Savoy, située au 408, chemin Northwest, à Exmoor (« lieux numéro 1 » dans la dénonciation et « résidence d'Exmoor » dans les présents motifs); (2) la résidence de M. Savoy située au 81, route 435, à Whitney (« lieux numéro 2 » dans la dénonciation et « résidence de Whitney » dans les présents motifs). Le mandat a été exécuté immédiatement après sa délivrance. La présente cause porte sur l'admissibilité de choses saisies par la police, en exécution du mandat, à la résidence de Whitney.

[3] Après la perquisition et la saisie menées à la résidence de Whitney, deux dénonciations distinctes ont été produites. Elles ne portaient qu'un chef et inculpaient conjointement les intimés, d'une part de production de cannabis (marihuana) (par. 7(1) de la *Loi*), d'autre part de possession de cannabis (marihuana) en vue d'en faire le trafic (par. 5(2) de la *Loi*). Par la suite, la défense a reçu une version expurgée de la dénonciation qui avait été présentée pour obtenir le mandat autorisant à perquisitionner aux résidences d'Exmoor et de Whitney. L'expurgation visait à taire l'identité d'une source confidentielle.

[4] Après que des plaidoyers de non-culpabilité ont été inscrits, la date du procès a été fixée au 29 novembre 2010. Ce jour-là, les intimés ont sollicité de la Cour qu'elle écarte de la preuve les choses saisies à la résidence de Whitney. Du même coup, ils ont demandé l'autorisation de contre-interroger le caporal Richard Girouard, de la GRC (déposant de l'affidavit à l'appui de la dénonciation), le sergent Bill Cummings, du service de police de Miramichi (gestionnaire de la source confidentielle rémunérée dont les déclarations avaient apporté le fondement d'information principal à la délivrance du mandat), ainsi que le caporal Daniel Haché, de la GRC (opérateur du système infrarouge à vision frontale, dont le témoignage a été présenté pour confirmer, dans une certaine mesure, la fiabilité de l'information de la source confidentielle). Le juge du procès a permis à la défense de contre-interroger le déposant de l'affidavit, mais lui a refusé un contre-interrogatoire du sergent Cummings et du caporal Haché.

[5] Eu égard au témoignage donné par le caporal Girouard lors du voir-dire, le 29 mars 2011, et compte tenu des observations présentées après coup par les avocats, le juge a tranché en faveur de la défense. Dans sa décision du 9 août 2011, il a conclu que [TRADUCTION] « la dénonciation expurgée [était] sensiblement moins importante que le dossier présenté au juge qui [avait] décerné le mandat, notamment en ce qui concerne la preuve de fiabilité de l'informateur à la solde de la police ». Cette constatation a amené le juge du procès à appliquer la norme de contrôle avalisée dans *R. c. Allain (S.)* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 201, [1998] A.N.-B. n^o 436 (C.A.) (QL), dans *R. c. Shalala (R.H.)* (2000), 224 R.N.-B. (2^e) 118, [2000] A.N.-B. n^o 14 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi refusée, [2000] C.S.C.R. n^o 133 (QL), et dans *Arsenault c. R.*, 2009 NBCA 29, 344 R.N.-B. (2^e) 113. La norme en question veut que, lorsqu'une dénonciation expurgée apporte une justification informationnelle sensiblement moindre à la délivrance du mandat, le juge du procès doive se demander si un juge, agissant de façon judiciaire, aurait décerné le mandat sur ce fondement, et non si le juge qui a décerné le mandat, agissant de façon judiciaire, aurait pu le décerner. Le juge du procès estimait que [TRADUCTION] « le sort du mandat dépendr[ait] de l'enquête menée par le déposant [le caporal Girouard] pour confirmer les allégations de la source confidentielle ». En définitive, le juge a conclu que la dénonciation expurgée l'aurait amené à décerner le mandat pour perquisitionner à la résidence d'Exmoor, mais non à la résidence de Whitney.

[6] Le juge du procès a conclu que le déposant de l'affidavit à l'appui de la dénonciation n'avait pas obtenu une confirmation suffisante de l'information reçue de la source confidentielle sur la résidence de Whitney. Pour arriver à cette conclusion, il a avancé certaines opinions que je résume dans les lignes qui suivent. Premièrement, l'expurgation de la dénonciation par le ministère public en avait supprimé, de fait, ce qui aurait pu rassurer le juge saisi de la demande de mandat sur la fiabilité de l'information fournie par la source confidentielle à l'égard de la résidence de Whitney. Deuxièmement, cette information avait été obtenue de la source confidentielle par le sergent Cummings, qui l'avait transmise au déposant, le caporal Girouard, lequel ne connaissait pas l'identité de cette source. Troisièmement, la dénonciation expurgée trahissait des

[TRADUCTION] « différences importantes, dans la preuve confirmative, en ce qui concerne les deux résidences, géographiquement séparées, visées par le mandat ». La dénonciation faisait état de données de consommation électrique [TRADUCTION] « indicatives de production de cannabis » pour la résidence d'Exmoor, et confirmait ainsi l'information de la source confidentielle sur ces lieux, mais elle ne contenait pas de données analogues pour la résidence de Whitney. Elle indiquait également que, le 21 décembre 2009, le caporal Haché avait examiné, au moyen d'un appareil de détection thermique (infrarouge à vision frontale), chacune des résidences que l'enquête prenait pour cibles. Son rapport de suivi indique qu'une bouche d'aération munie d'un ventilateur à entraînement mécanique avait été aménagée dans le mur du sous-sol de la résidence d'Exmoor. Ce ventilateur évacuait une chaleur intense et présentait, de l'avis du caporal Haché, une signature énergétique semblable à celle de lieux où la culture de cannabis est exercée. On n'avait toutefois pas aperçu de système de ventilation de ce genre au pourtour de la résidence de Whitney. Cela dit, il est aussi ressorti des analyses du caporal Haché [TRADUCTION] « qu'une chaleur excessive était émise par le béton du côté droit de la résidence, par comparaison avec le côté gauche », état de choses qui, à son avis, [TRADUCTION] « s'accord[ait] avec [la] signature énergétique, observée précédemment, de maisons qu'on savait recéler une installation de culture de cannabis ». Quatrièmement, la dénonciation expurgée ne contenait aucun élément de preuve qui eût corroboré la déclaration du caporal Girouard selon laquelle il croyait fiable l'information de la source confidentielle sur la résidence de Whitney. Cinquièmement, la consommation énergétique et le système de ventilation de la résidence d'Exmoor apportaient la confirmation requise de l'information de la source confidentielle [TRADUCTION] « inconnue » sur cette résidence, et devaient [TRADUCTION] « jouer en faveur de la délivrance d'un mandat autorisant à perquisitionner » dans ce lieu. Par contre, la preuve de la dénonciation expurgée était insuffisante [TRADUCTION] « pour confirmer l'information reçue de la source inconnue sur la résidence de Whitney des deux accusés ». Sixièmement, les résultats de l'examen par infrarouge à vision frontale, s'ils pouvaient [TRADUCTION] « s'accorder avec la signature d'un lieu qu'on sait servir à la culture de cannabis, autoris[aient] à conclure à de nombreuses autres situations anodines, dont la mauvaise isolation d'un sous-sol du nord du Nouveau-Brunswick au

premier jour de l'hiver ». De ce fait, les résultats étaient [TRADUCTION] « insuffisants pour confirmer l'information » de la source confidentielle sur la résidence de Whitney. Septièmement, le ministère public n'avait pas montré que le [TRADUCTION] « mandat de perquisition [de la résidence de Whitney] aurait été décerné sur la foi de la dénonciation expurgée ».

[7] Le juge du procès a conclu que la perquisition menée à la résidence de Whitney avait été abusive et qu'elle violait les droits garantis aux intimés par l'art. 8 de la *Charte*. Il s'est ensuite penché sur la demande d'exclusion des éléments de preuve qui y avaient été saisis.

[8] Le juge du procès a commencé par rappeler, à bon droit, que l'exclusion prévue au par. 24(2) de la *Charte* n'est pas automatique en cas de violation de l'art. 8 et qu'elle ne peut être ordonnée que lorsqu'elle se révèle justifiée, après l'application de l'analyse prescrite par la Cour suprême du Canada, notamment dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353. Ainsi qu'il était tenu de le faire, le juge du procès a évalué et mis 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 : (1) de la gravité de la violation de la *Charte*; (2) de son incidence sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*; (3) de l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Quoique le juge n'ait pas imputé de mauvaise foi au caporal Girouard, il était convaincu que la violation de la *Charte* était d'une gravité réelle, parce qu'elle avait [TRADUCTION] « atteint à l'inviolabilité du domicile ». Il estimait, en outre, que [TRADUCTION] « la preuve contestée [était] indéniablement cruciale pour la poursuite » et que [TRADUCTION] « l'intérêt de la société à ce qu'une affaire soit jugée au fond [...] favorise toujours la poursuite dans une affaire de production ou de trafic de marijuana ». Mais, après avoir [TRADUCTION] « procédé à la mise en balance de chacune des questions formulées dans *Grant* », le juge du procès est arrivé à la conclusion suivante : [TRADUCTION] « [L]a gravité de la violation, qui comporte ici une atteinte à l'inviolabilité du domicile, et son incidence considérable sur le droit à l'inviolabilité de leur domicile garanti aux deux accusés par la *Charte*, l'emporte sur l'intérêt de la société à ce qu'une accusation de

production de marijuana soit jugée au fond ». Enfin, le juge a conclu que l'utilisation des éléments de preuve saisis à la résidence de Whitney déconsidérerait l'administration de la justice et il les a écartés.

[9] Comme nous l'avons vu, le ministère public n'a pas présenté de preuve le moment venu. Des verdicts d'acquittement ont donc été prononcés.

III Moyens d'appel

[10] Quelques-uns des reproches formulés dans l'avis d'appel à l'endroit de la décision du juge du procès n'ont été repris ni dans le mémoire de l'appelante ni lors de l'audience, et il est permis de les rejeter sommairement. C'est le cas, d'une part de l'objection élevée contre l'autorisation donnée à la défense de contre-interroger le déposant de l'affidavit à l'appui de la dénonciation, d'autre part de l'argument voulant que le juge du procès ait fait erreur lorsqu'il a conclu à une [TRADUCTION] « différence importante » entre la dénonciation expurgée et celle qui avait été remise au juge qui a décerné le mandat.

[11] Tout d'abord, il est loin d'être manifeste que l'un ou l'autre de ces moyens d'appel, formulés comme ils le sont, soulève une question de droit seulement (Ewaschuk, E.G., *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2^e éd. (feuillet mobiles), Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2009, par. 23:1060(2), (3), (9) et (11)). Cette réserve exprimée, il reste que ces moyens n'ont pas été débattus, d'où ma préférence pour une décision au fond sur l'un et l'autre.

[12] La décision de permettre le contre-interrogatoire du déposant de l'affidavit à l'appui de la dénonciation est résultée de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Les décisions de cette nature, à supposer qu'elles soient susceptibles d'appel, ne peuvent être infirmées que si le pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé de façon judiciaire. L'arrêt *R. c. Pires; R. c. Lising*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343, apporte l'éclairage suivant sur ce point :

La cour d'appel qui révisé la décision du juge du procès d'accorder ou de refuser la permission de contre-interroger ne peut simplement substituer son opinion à celle du juge du procès. La décision de ce dernier sur la question de savoir s'il existe une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire projeté apporte un élément de preuve probant à l'égard des questions soulevées implique l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le juge du procès est mieux placé pour apprécier les documents, les observations des avocats et les éléments de preuve, s'il en est, dans le contexte du procès et du voir-dire concernés. La nécessité, en appel, d'une norme de contrôle empreinte de déférence a été reconnue dans *Garofoli*, où le juge Sopinka a affirmé qu'« [i]l conviendrait de ne pas intervenir en appel dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire du juge du procès, sauf dans les cas où il n'a pas été exercé de façon judiciaire » (p. 1465).

Cette norme empreinte de déférence est importante. Si elle n'est pas respectée, il est probable que, par souci de prudence, les juges présidant les procès tiennent bon nombre d'audiences inutiles, de peur de compromettre un procès tout entier. Le pouvoir des tribunaux sur la conduite des procès en première instance devient alors plus illusoire que réel et, dans le contexte d'une audience de type *Garofoli*, l'objet même de l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger est contrecarré. [Par. 46 et 47]

Les tribunaux d'appel qui appliquent cette norme empreinte de déférence recherchent, dans la décision du juge du procès de permettre ou de refuser le contre-interrogatoire, de nettes erreurs (*R. c. Lepage*, 2008 BCCA 132, [2008] B.C.J. No. 524 (QL) (*sub nomine R. c. Oliynyk*), par. 18, et *R. c. Chow*, 2009 BCCA 328, [2009] B.C.J. No. 1421 (QL), par. 10 à 12). Cette recherche s'accorde avec la perspective généralement adoptée sur le pouvoir discrétionnaire du juge du procès : l'instance d'appel conclura que ce pouvoir a été exercé de façon judiciaire, à moins qu'il se soit traduit par une décision déraisonnable ou par une décision entachée d'une erreur de droit, d'une erreur dans l'application des principes directeurs ou encore d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve. Il m'apparaît que l'appelante n'a pas prouvé le bien-fondé de sa demande d'infirmer la décision de permettre le contre-interrogatoire du déposant.

[13] De même, je suis convaincu que le juge du procès pouvait conclure à une [TRADUCTION] « différence importante » entre la version originale et la version expurgée de la dénonciation. À supposer, par pure hypothèse, que cette conclusion soit susceptible d'appel, je ne vois pas en quoi elle serait le fruit d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve. J'irais même plus loin. Si j'avais à statuer sur ce point, j'inférerais des deux versions de la dénonciation exactement ce que le juge en a inféré. J'estime qu'il était inévitable d'en inférer une [TRADUCTION] « différence importante », vu le nombre de suppressions, l'importance manifeste de certaines d'entre elles (p. ex., un paragraphe entier est noirci) et le contexte où elles ont été opérées. Il n'y a pas lieu de pousser l'analyse plus loin à ce propos, et je passe aux imputations d'erreur plus sérieuses du procureur général.

[14] D'abord, le procureur général avance que le juge du procès a appliqué la mauvaise norme pour statuer sur la validité du mandat au fond. La norme applicable, formulée dans *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, prescrit au juge du procès de se demander si un juge, agissant de façon judiciaire, aurait pu décerner le mandat sur la foi de la dénonciation expurgée, et non s'il l'aurait décerné sur ce fondement. Le procureur général soutient ensuite que le juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que la dénonciation expurgée n'apportait pas de motifs suffisants pour la délivrance du mandat.

[15] Le procureur général soutient enfin, et subsidiairement, que le juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a appliqué le par. 24(2). Étant donné mes vues sur le deuxième moyen d'appel, résumé au paragraphe précédent, je n'aurai pas, comme je l'ai indiqué, à me pencher sur ce moyen subsidiaire.

IV. Analyse et décision

[16] Il n'est permis à un juge de délivrer un mandat en vertu du par. 11(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* que s'il est convaincu, sur la foi d'une dénonciation faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire

qu'une infraction a été commise, ou qu'elle est sur le point de l'être, et que des éléments de preuve touchant la commission de cette infraction seront découverts au moment et lieu précisés. Principe élémentaire de droit, la preuve à faire, pour obtenir la délivrance du mandat, n'est pas une preuve hors de tout doute raisonnable. Il suffit de convaincre le juge saisi de la demande de mandat de la présence probable des choses à rechercher dans le lieu où la perquisition sera effectuée.

[17] Au procès, l'accusé a le fardeau d'établir l'invalidité du mandat au fond. Or, en l'espèce, le juge du procès a imposé au ministère public le fardeau d'en prouver la validité au fond. Ce faisant, il a commis une erreur de droit, mais le procureur général n'a pas insisté sur ce point. Quoiqu'il en soit, je conviens que le juge du procès a fait erreur par le choix et par l'application du critère d'après lequel il convenait d'évaluer la justesse de la dénonciation quant au fond, de même que par son manquement à dégager de la dénonciation expurgée l'information sur le fondement de laquelle le mandat aurait pu être décerné légalement.

A. *Norme applicable au contrôle, au procès, du caractère suffisant de l'information suffisante dans une dénonciation expurgée*

[18] Contrairement à ce qu'indiquait *R. c. Allain (S.)*, la norme de contrôle de la justesse au fond d'une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition est la même, que la dénonciation soit expurgée ou non. Notre Cour s'est penchée récemment sur le droit applicable dans *Pitre c. R.*, 2011 NBCA 106, 381 R.N.-B. (2^e) 203. Il est permis de résumer le droit comme suit : (1) le processus par lequel un tribunal statue sur le moyen d'invalidité au fond présume, au premier abord, la validité de la délivrance du mandat et fait porter à la défense, par voie de conséquence, le fardeau d'établir que la dénonciation, expurgée ou non, est inacceptable; (2) pour déterminer si l'information est suffisante, le tribunal de révision doit prendre en considération la totalité des données de la dénonciation, et toute inférence qu'il était loisible au juge de tirer; (3) le tribunal de révision doit aussi aborder d'un point de vue global l'évaluation de la dénonciation et interpréter ses différentes parties à la lumière qu'apporte le contexte; (4) cela dit, s'il

n'est pas approprié de s'en tenir à une interprétation trop étroite des mots utilisés dans la dénonciation, le tribunal de révision ne doit toutefois pas permettre que sa tolérance à l'égard des erreurs ou des faiblesses de rédaction s'étende à des omissions importantes concernant les exigences de fond; (5) en définitive, si la dénonciation ne donne pas, explicitement ou implicitement, de motifs sur le fondement desquels un juge, agissant de façon judiciaire, aurait pu décerner le mandat, ce juge ne peut valider la perquisition, la fouille ou la saisie contestées.

[19] Dans *Pitre*, la Cour a formulé ensuite des observations incidentes qu'il est utile de répéter :

Il va sans dire que le tribunal de révision ne sait jamais ce que le juge qui a décerné le mandat aurait fait si la version atrophiée de la dénonciation lui avait été présentée. Pour que le fondement d'une dénonciation puisse faire l'objet, au procès, d'une révision valable et fondée sur les principes applicables conformément au critère énoncé dans l'arrêt *Araujo*, la question à trancher consiste forcément à savoir si le juge, agissant de façon judiciaire, aurait donné son aval sur la base de ce qu'il reste de la dénonciation sous serment qu'on lui avait remise. À mon sens, l'élément du critère qui précise que le juge « agi[t] de façon judiciaire » fait intervenir une norme objective : le juge qui a décerné le mandat aurait-il pu, en agissant de façon judiciaire, décerner le mandat sur la foi des renseignements fournis dans la version atrophiée de la dénonciation? [...]

Je suis respectueusement d'avis que n'importe quel juge aurait décerné le mandat de perquisition contesté si, compte tenu des renseignements fournis dans la version expurgée de la dénonciation déposée à l'appui et agissant de façon judiciaire, il avait pu le faire. Pour dire les choses franchement, en l'absence de circonstances exceptionnelles, le juge qui refuse un mandat bien que l'existence des motifs raisonnables requis ait été établie, n'agit pas de façon judiciaire. Heureusement, dans le monde réel, ce n'est que très exceptionnellement qu'un juge refuserait de décerner un mandat lorsque [TRADUCTION] « le document satisfait au texte législatif qui autorise la perquisition » (voir l'ouvrage intitulé *The Law of Search and Seizure in Canada*, à la p. 173). Dans

l'arrêt *Kelly*, la Cour a ainsi décrit les obligations du juge qui décerne le mandat :

Il est manifeste que la juge du procès a appliqué une norme beaucoup trop relâchée lorsqu'elle a conclu que le mandat de perquisition avait été décerné en toute légalité parce que [TRADUCTION] « il était raisonnable de conclure qu'il était possible et probable que les "choses à rechercher", qui étaient mentionnées dans le mandat, puissent se trouver au 120, Cassidy Circle » [souligné dans *Kelly*].

Contrairement à ce qu'a dit la juge du procès, la probabilité, et forcément la possibilité, que des éléments de preuve puissent se trouver au domicile de M. Kelly ne constituait pas un motif suffisant sur le plan juridique pour justifier la délivrance du mandat contesté. Les énoncés que l'on trouve au par. 40 de l'arrêt *Morelli* [2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253] dissipent tout doute qui aurait pu subsister à cet égard et ramènent à l'avant-scène le célèbre arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, dans lequel la Cour a souligné que la conviction qu'il est possible que des éléments de preuve soient découverts à l'endroit précisé, même si elle est raisonnable, n'était pas suffisante pour que la délivrance d'un mandat de perquisition soit justifiée au regard des principes applicables :

L'établissement d'un critère objectif applicable à l'autorisation préalable de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie a pour but de fournir un critère uniforme permettant de déterminer à quel moment les droits de l'État de commettre ces intrusions l'emportent sur ceux du particulier de s'y opposer. Relier ce critère à la conviction raisonnable d'un requérant que la perquisition peut permettre de découvrir des éléments de preuve pertinents équivaudrait à définir le critère approprié comme la possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il s'agit d'un critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l'aveuglette très

étendues. Ce critère favoriserait considérablement l'État et ne permettrait au particulier de s'opposer qu'aux intrusions les plus flagrantes. Je ne crois pas que ce soit là un critère approprié pour garantir le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. (p. 167)
[Par. 39 et 40]

[Souligné dans *Kelly*]

Comme nous l'avons vu, dans l'arrêt *Morelli*, la majorité a dit que le critère que doit appliquer le tribunal siégeant en révision consiste à savoir « s'il existait suffisamment d'éléments de preuve crédibles et fiables pour permettre au juge [qui a décerné le mandat] de conclure à l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise et que des éléments de preuve touchant la commission de cette infraction seraient découverts aux moment et lieu précisés » (par. 40). J'estime en toute déférence que cette formule s'inscrit parfaitement dans le régime législatif global et pourrait fort bien, au fil du temps, gagner un large appui parmi les juges siégeant en révision.

Cette mise au point étant faite, il est difficile, sinon impossible, d'imaginer une situation où les normes différemment formulées pourraient entraîner des issues différentes. Ce n'est certainement pas le cas en l'espèce et à cet égard, je me reporterais tout simplement au paragraphe 58 de la version allégée de la dénonciation et je soulignerais que suivant n'importe laquelle des normes de contrôle mentionnées dans les présents motifs, la dénonciation qui y est résumée étaye largement la validité du mandat quant au fond. [Par. 34 à 36.]

[20] Il ressort nettement des motifs du juge du procès qu'il n'a pas appliqué la norme appropriée lorsqu'il a révisé le fondement de la dénonciation expurgée. Au lieu de se demander s'il aurait décerné le mandat sur la foi de l'information réduite dont il disposait, il aurait dû s'appliquer à répondre à la question suivante : un juge, agissant de façon judiciaire, aurait-il pu décerner le mandat sur la foi de l'information explicite, ou raisonnablement implicite, de la dénonciation expurgée? Parce qu'il s'est mal enquis de la norme de contrôle applicable, le juge du procès a commis une erreur de droit. Cela dit,

l'application du critère requérant d'examiner si le mandat « aurait été décerné », comme nous le verrons, aurait néanmoins dû amener le juge du procès à rejeter la contestation par la défense du caractère suffisant de l'information dans la dénonciation expurgée. Vu l'information que contenait ce document, information dont le juge du procès n'a pas tenu compte en partie, nul juge, agissant de façon judiciaire, n'aurait refusé ou n'aurait pu refuser le mandat.

B. *Mise en œuvre de la norme de contrôle applicable à la dénonciation expurgée*

[21] Le caporal Girouard explique, à l'al. 9a) de la dénonciation expurgée, pourquoi il croit fiable l'information donnée par la source confidentielle (source A) du sergent Cummings :

[TRADUCTION]

Le sergent Bill Cummings, policier et membre du service de police de Miramichi (Nouveau-Brunswick), m'informe qu'il dispose d'une source humaine confidentielle et fiable fréquentant des individus mêlés à des activités criminelles, et qu'il la croit. Le sergent Cummings précise qu'il connaît cette source, appelée ci-après « source A », depuis [partie supprimée] ans, et connaît la source A comme une personne fournissant des renseignements depuis [partie supprimée] ans. [Partie supprimée.] La source A est rémunérée pour les renseignements fournis. Les renseignements de la source A ont été corroborés par d'autres sources d'information. Sauf indication contraire, la source A, par suite de conversations avec les individus en question ou d'observations réalisées parmi eux, a bel et bien une connaissance personnelle de l'information du présent document. Le dénonciateur croit fiable l'information obtenue de la source A.

[22] La question devient celle de savoir si un juge saisi de la demande de mandat, agissant de façon judiciaire, pouvait tenir pour raisonnable la croyance subjective du caporal Girouard. L'attention du tribunal se porte ici sur la nature de l'information obtenue de la source confidentielle et sur les indications que donne la dénonciation expurgée sur la fiabilité de la source.

[23] L'information reçue de la source confidentielle est exposée aux par. 10 et 11 de la dénonciation expurgée :

[TRADUCTION]

10. Le 18 décembre 2009, le sergent Cummings a indiqué au [déposant] qu'il avait reçu de la source A, le [partie supprimée] décembre 2009, les renseignements suivants :

a) La source A déclare que, suivant ses observations, Harley Matchett et Patricia Savoy se livrent actuellement à la culture du cannabis au sous-sol des lieux numéro 1 [la résidence d'Exmoor]. [Partie supprimée.]

b) La source A déclare que Harley Matchett et Patricia Savoy produisent [partie supprimée] marihuana [partie supprimée] source A [partie supprimée] plantes de cannabis [partie supprimée].

c) La source A déclare que, suivant ses observations, le père de Patricia Savoy, Albert Maurice Savoy, se livre lui aussi à la culture de cannabis actuellement, au sous-sol de sa résidence, dans les lieux numéro 2 [la résidence de Whitney]. La source A déclare, en outre, que du cannabis est cultivé dans le loft d'un grand garage, derrière les lieux numéro 2 [la résidence de Whitney].

d) La source A a indiqué que les lieux représentés par la photo numérique 2a), dite photo des lieux numéro 1 [la résidence d'Exmoor], prise par le sergent Cummings le [partie supprimée] décembre 2009, sont la résidence de Harley Matchett et de Patricia Savoy. La source A a décrit la résidence du chemin Northwest, près de Sunny Corner, comme un bâtiment jaune d'un étage, doté d'un sous-sol, portant le numéro 408.

e) La source A a indiqué que les lieux représentés par la photo numérique 3a), dite photo des lieux numéro 2 [la résidence de Whitney], prise par le sergent Cummings le [partie supprimée] décembre 2009, sont la résidence d'Albert Maurice Savoy. La source A a décrit la résidence comme une habitation de couleur blanche, parée de briques à l'avant et flanquée d'une cheminée de briques du côté droit, portant le numéro 81. La source A déclare également

qu'un grand garage, abritant un loft, se trouve derrière les lieux numéro 2 [la résidence de Whitney].

11. Le [partie supprimée] décembre 2009, la source A a communiqué au sergent Cummings l'information suivante :

a) [Partie supprimée.]

b) La source A déclare qu'eux trois, Harley Matchett, Patricia Savoy et son père, Albert Maurice Savoy, cultivent depuis quelque temps du cannabis [partie supprimée] dans les lieux numéro 1 [la résidence d'Exmoor] et les lieux numéro 2 [la résidence de Whitney] et que, aujourd'hui encore, au [partie supprimée] décembre 2009, ils cultivent du cannabis aux deux endroits [partie supprimée].

[24] De toute évidence, la source confidentielle a une connaissance personnelle de la culture de cannabis pratiquée dans les résidences d'Exmoor et de Whitney. Elle en est au fait par suite de conversations avec les cibles de l'enquête, soit Harley Matchett, M. Savoy et sa fille, Patricia Savoy, et par suite de l'observation proprement dite des activités de culture de chacune des résidences. Qui plus est, la source confidentielle n'est pas anonyme. Elle est connue du sergent Cummings depuis des années, elle fournit des renseignements depuis des années, et ces renseignements [TRADUCTION] « ont été corroborés par d'autres sources d'information ». Enfin, la source confidentielle a été rémunérée pour ses services.

[25] Dans la décision qu'il a prononcée au nom des juges majoritaires de la Cour dans *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, [1990] A.C.S. n° 32 (QL), le juge Lamer, qui allait devenir juge en chef de la Cour suprême, a confirmé que la « fourniture de renseignements sûrs dans le passé » pouvait apporter un indice suffisant de la fiabilité d'une source confidentielle :

Je dois souligner ici qu'il ressort nettement de l'affirmation du juge du procès que son évaluation de la fiabilité des renseignements confidentiels repose sur une analyse après le fait; il a conclu, à tort selon moi, que les renseignements communiqués à la GRC devaient être sûrs puisque la fouille a permis de récupérer l'héroïne. En toute déférence,

la conclusion que la police avait des renseignements sûrs au sujet de la tentative de l'appelant d'importer de l'héroïne doit être fondée sur quelque chose de plus que la découverte subséquente de la drogue. Il doit y avoir une analyse indépendante de la source des renseignements confidentiels et de leur fiabilité afin de déterminer si, vu l'ensemble des circonstances, il existait des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant transportait de l'héroïne ou s'il n'existait que de simples soupçons. Il importe, pour les fins de cette analyse, de déterminer si les renseignements reçus comportent suffisamment de détails pour assurer qu'ils s'appuient [sur] quelque chose de plus que de simples rumeurs ou racontars, si la source ou l'origine des renseignements est indiquée et s'il y a des indices de fiabilité de la source des renseignements, comme la fourniture de renseignements sûrs dans le passé : voir *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), à la p. 219, confirmé par notre Cour, [1989] 2 R.C.S. 1140. Je reviendrai sur cet aspect des motifs du juge du procès dans l'analyse que je ferai des questions de droit en litige dans le présent pourvoi.

[...]

L'arrêt de principe sur l'évaluation des renseignements confidentiels est l'arrêt *Debot*, précité, du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel a statué que les renseignements fournis par un informateur fiable peuvent fournir les « motifs raisonnables et probables de croire » exigés pour la délivrance d'un mandat de perquisition. La cour applique ce raisonnement quand il s'agit de décider s'il existe des motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille sans mandat comme en l'espèce. Le critère qui sert à évaluer les renseignements est ainsi formulé, aux pp. 218 et 219 :

[TRADUCTION]

Je suis d'avis que la simple affirmation non étayée par un informateur à un agent de police ne constitue pas un motif raisonnable de procéder à une fouille sans mandat. [...] Parmi les questions très pertinentes [...] il y a celles de savoir si le renseignement communiqué par l'informateur comporte suffisamment de détails pour assurer qu'il s'appuie sur quelque chose de plus que de simples rumeurs ou racontars, si l'informateur a révélé la

source ou l'origine des renseignements et s'il y a des indices de fiabilité de l'informateur, comme le fait d'avoir fourni, dans le passé, des renseignements sûrs ou la confirmation d'une partie de ses renseignements par la surveillance policière. [Par. 24 et 47]

[26] Dans *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, [1990] A.C.S. n° 115 (QL), le juge Sopinka a résumé les principes pertinents adoptés dans *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, [1989] A.C.S. n° 118 (QL), et dans *Greffe* :

- (i) Les déclarations d'un informateur qui constituent du ouï-dire peuvent établir l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant une fouille ou une perquisition. Cependant, en soi, la preuve d'un renseignement provenant d'un informateur est insuffisante pour établir l'existence de motifs raisonnables et probables.
- (ii) La fiabilité du renseignement doit être évaluée en fonction de « l'ensemble des circonstances ». Il n'existe pas de formule structurée pour le faire. Au lieu de cela, la cour doit examiner divers facteurs dont :
 - a) le niveau de détail du renseignement;
 - b) les sources de l'informateur;
 - c) les indices de la fiabilité de l'informateur, comme son expérience antérieure ou la confirmation des renseignements par d'autres sources.
- (iii) Les résultats d'une fouille ou d'une perquisition ne peuvent, *ex post facto*, apporter la preuve de la fiabilité des renseignements. [Par. 68]

[C'est moi qui souligne.]

[27] En somme, la preuve de ce qui constitue par ailleurs un renseignement probatoire, provenant d'un informateur, est insuffisante en soi pour établir l'existence de motifs raisonnables justifiant la délivrance d'un mandat sous le régime du par. 11(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Toutefois, le tribunal de

révision est tenu d'admettre que ce renseignement est suffisant si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, le juge saisi de la demande de mandat, agissant de façon judiciaire, pouvait conclure à sa fiabilité. Considération déterminante, ici, le juge saisi de la demande de mandat est en droit de conclure à la fiabilité du renseignement lorsque la dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition confirme que l'informateur s'est montré fiable en d'autres circonstances.

[28] En l'espèce, la dénonciation expurgée établit que l'information provenant de la source confidentielle est de première main. En outre, la dénonciation atteste un bilan de fiabilité de la source confidentielle, ainsi que de confirmation de ses renseignements par d'autres sources en diverses occasions. Et puis, la chaleur excessive qui émanait d'un côté de la résidence de Whitney, dans le contexte général de la présente affaire, est loin d'être dépourvue de signification : elle s'accorde avec la présence d'une installation de culture de cannabis au sous-sol. Enfin, le juge du procès a conclu à la fiabilité de l'information reçue de la source confidentielle sur les activités illicites de la résidence d'Exmoor. La fiabilité de cette information assoit la fiabilité de l'assertion de la source confidentielle voulant que du cannabis ait aussi été cultivé dans la résidence de Whitney. Ces facteurs, mis ensemble, appellent à une conclusion inexorable : la dénonciation expurgée apportait les motifs raisonnables requis pour la délivrance du mandat autorisant à perquisitionner dans la résidence de Whitney. Le juge du procès a commis une erreur de droit en arrivant à la conclusion contraire (*R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 20; *Black c. R.*, 2010 NBCA 36, 360 R.N.-B. (2^e) 132, par. 18, le juge d'appel Bell, au nom de la Cour). Il semble être tombé dans le piège d'une évaluation menée isolément, en ce qui concerne l'information donnée sur la résidence de Whitney, sans tenir compte de l'information que la source confidentielle avait donnée sur la résidence d'Exmoor. Je le répète : l'analyse appropriée prend en considération « l'ensemble des circonstances ». Si le juge avait procédé ainsi à son analyse, il aurait conclu que l'information de la source confidentielle sur la résidence de Whitney était suffisamment fiable et que les motifs apportés par la dénonciation expurgée justifiaient amplement d'avaliser le mandat. Ici comme dans *Pitre*, qu'on applique le critère exigeant de se demander si le mandat « aurait été décerné » (*Allain*) ou le critère, correctement formulé,

exigeant de se demander s'il « aurait pu être décerné » (*Araujo*), le résultat est le même : la validité du mandat de perquisition et l'absence de violation de l'art. 8 de la *Charte*.

C. *L'erreur justifie-t-elle d'infirmar la décision?*

[29] Lorsque des éléments de preuve cruciaux sont écartés, le ministère public peut, comme il l'a fait ici, ne pas présenter de preuve et appeler de l'acquiescement. Il sera toutefois débouté à moins qu'il ne montre que [TRADUCTION] « la preuve rejetée était importante pour la poursuite, et qu'il était inutile de continuer sans elle » (*Ewaschuk, E.G., Criminal Pleadings & Practice in Canada*, par. 23:1040).

[30] Les intimés soutiennent que le ministère public doit être débouté, malgré que le juge du procès ait commis plusieurs erreurs de droit, parce que rien au dossier ne précise quelles choses ont été saisies à la résidence de Whitney. Il s'ensuivrait, suivant l'argument qu'ils avancent, l'impossibilité pour notre Cour de déterminer si les éléments de preuve écartés étaient, de fait, cruciaux. Quoique je salue l'ingéniosité de l'argument, je dois exprimer mon respectueux désaccord avec l'avocat des intimés pour les raisons suivantes.

[31] La dénonciation expurgée, reçue en preuve au voir-dire, établissait par prépondérance des probabilités que, au moment stipulé pour l'exécution du mandat, on trouverait à la résidence de Whitney des éléments de preuve indicatifs d'une violation du par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (possession de marihuana en vue d'en faire le trafic) et du par. 7(1) de la *Loi* (production de marihuana). Des éléments de preuve y ont été saisis le jour même de la délivrance du mandat, puis des accusations ont été portées contre les intimés pour violation des dispositions susmentionnées. Par la suite, les intimés ont présenté une demande d'exclusion de ces éléments qui a été accueillie. Encore que les deux parties n'aient rien introduit qui eût décrit précisément les articles saisis à la résidence de Whitney, elles ont plaidé comme si l'utilisation de ces articles en preuve était, pour reprendre l'expression du juge du procès, [TRADUCTION] « absolument cruciale » pour la poursuite. Il ressort du dossier que la

décision du juge du procès d'ordonner l'exclusion s'est traduite par l'effondrement de la poursuite. Rien ne donne à penser qu'il y ait eu abus de procédure – la preuve d'abus de procédure est d'ailleurs inexistante – dans la décision d'accuser et de poursuivre les intimés sur le fondement des éléments de preuve saisis à leur résidence. Il en va de même du choix du ministère public de clore sa preuve après que l'exclusion a été ordonnée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Mis ensemble, ces facteurs poussent à conclure qu'il est démontré qu'un nouveau procès s'impose.

V. Conclusion et dispositif

[32] Les verdicts d'acquittement ne sont pas infirmés à la légère (*R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595, par. 2, la juge en chef McLachlin). L'intervention de l'instance d'appel est néanmoins requise lorsqu'elle est convaincue que le verdict résulte d'une erreur de droit importante (*R. c. Pavlovszky*, 2005 NBCA 9, 281 R.N.-B. (2^e) 42, par. 29, le juge d'appel Deschênes; *R. c. Noel*, 2010 NBCA 28, 358 R.N.-B. (2^e) 108, par. 43 à 50; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 78 à 82, le juge Binnie).

[33] En l'espèce, le juge du procès a appliqué le mauvais critère pour statuer sur la validité au fond du mandat contesté. En outre, il a commis une erreur justifiant d'infirmier sa décision, du fait qu'il a manqué à dégager de la dénonciation expurgée un fondement suffisant à la confirmation du mandat. Je suis d'avis d'infirmier sa décision et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.