

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

49-13-CA

JUSTIN MANSOUR CHRISTIE

JUSTIN MANSOUR CHRISTIE

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Christie v. R., 2013 NBCA 64

Christie c. R., 2013 NBCA 64

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

CORAM :

l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Bell

Appeal from a decision of the Provincial Court:
February 7, 2013 (Conviction)
March 19, 2013 (Sentence)

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 7 février 2013 (déclaration de culpabilité)
le 19 mars 2013 (prononcé de la sentence)

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:
October 15 and 16, 2013

Appel entendu :
le 15 et 16 octobre 2013

Judgment rendered:
November 13, 2013

Jugement rendu :
le 13 novembre 2013

Reasons delivered:
January 30, 2014

Motifs déposés :
le 30 janvier 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Deschênes

Motifs de jugement :
l'honorable juge Deschênes

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

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

For the appellant:
Peter A. Corey

For the respondent:
Christopher R. Lavigne

THE COURT

The appeal is allowed, the contested evidence excluded, and a verdict of acquittal is entered.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Peter A. Corey

Pour l'intimée :
Christopher R. Lavigne

LA COUR

Accueille l'appel, écarte les éléments de preuve contestés et inscrit un verdict d'acquittal.

The judgment of the Court was delivered by

DESCHÊNES, J.A.

I. Introduction

[1] The appellant appeals his conviction for simple possession of cannabis and possession of an ounce of cocaine for the purpose of trafficking, for which he was sentenced to a 17-month prison term. As was the case in *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408, the appeal is concerned with the nature of a lawful investigative detention and the extent of police search powers incident to an investigative detention, as in *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851. In general terms, as the trial judge put it, the question will be “whether he (the arresting officer) stayed [within] or strayed from the boundaries of the *Charter*”, so as to engage an analysis under s. 24(2) of the *Charter* to determine the admissibility of evidence of drugs found in the appellant’s vehicle. The appeal also highlights how a lawful investigatory detention can turn into an unlawful detention. In addition, and perhaps more importantly, it underscores the notion that authorized roadside stops must be limited to their intended purposes and do not “constitute a general search warrant for searching every vehicle, driver and passenger that is pulled over” (see *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, [1992] S.C.J. No. 100 (QL), para. 27).

II. The Circumstances Surrounding the Detention and Search

[2] The trial judge recited what he considered to be the most important circumstances surrounding the detention and search:

On Saturday, September 15, 2012 at 12:05 a.m. Constable Smiley was patrolling alone in the area of Brookside Drive and Route 105 on the north side of Fredericton in a marked police cruiser. He is a five year veteran of the Fredericton Police Force. He observed a vehicle travelling in front of him with an expired registration sticker. The two vehicles

were stopped at a red light. When the traffic signal changed the two vehicles moved forward and Constable Smiley conducted a traffic stop. At this point he was unaware of the identity of the driver who was the lone occupant of that vehicle.

Upon approaching the vehicle Constable Smiley made the usual request to see the operator's driver's license, registration and proof of insurance. The driver was unable to produce a driver's license and had no current proof of insurance or registration.

While speaking to the driver through the open window on the driver's door Constable Smiley observed an open bottle of wine on the floor behind the driver's seat as well as a large buck hunting knife in the pocket of the driver's door. Constable Smiley testified that he then placed the accused under investigative detention in his police cruiser in order to search the vehicle for liquor and weapons. He also testified that he intended to release the accused after the search; however, for his own safety Constable Smiley did not feel he could release the accused with a buck knife or any other weapons on the roadside.

Constable Smiley called for a second unit.

The accused had been handcuffed and placed in the rear seat of the police vehicle. Constable Smiley returned to the accused's vehicle at which point he saw a bookbag or backpack on the front passenger seat. He proceeded to search it and located various quantities of cocaine including a rock of some 28 grams, as well as marihuana, baggies and weigh scales. He also found two cellular telephones in the center console and an additional quantity of marihuana under the driver's seat. When he completed the search Constable Smiley returned to the police cruiser, identified the accused, arrested him for the various offences before the Court. At this point he read to the accused his right to counsel and asked the accused what he wished to do with respect to it. The accused responded that he wished to speak immediately to a lawyer but was informed by Constable Smiley that he would have to wait until he was at the station in order to ensure his privacy. The accused was later transferred to the – transported to the police station and searched again during the parading process and a small

additional amount of cocaine was located on his person.
[Transcript, February 7, 2013, p. 2-4]

[3] For the sake of convenience, and for reasons that will become obvious later, the following circumstances taken from the testimony of the arresting officer and *not* necessarily mentioned or emphasized by the trial judge ought to be recited here:

- a) The appellant readily identified himself in response to a request from the officer and produced an expired vehicle registration card bearing his name.
- b) The appellant was being investigated for summary offences under the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-17, and the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10.
- c) The hunting knife was properly in its case and stored in a space designated for storage in the driver's door.
- d) There was nothing in the appellant's conduct which would raise any safety concerns for the officer, nor did the officer have any reason to suspect that the appellant might be a danger to anyone.
- e) The appellant was not asked to hand over the knife or the car keys before he was instructed to step out of the vehicle to be handcuffed and placed in the police cruiser.
- f) The officer had made contact with another unit on patrol very early on after the appellant's vehicle was pulled over and he knew help would arrive within a few minutes. Although the circumstances recited by the trial judge could lead one to conclude that the call for a second unit took place after the appellant had been secured in the police cruiser, the evidence is that the call was made before the appellant was placed in the police vehicle.
- g) As soon as the officer realized the appellant was unable to produce any relevant documents under the *Motor Vehicle Act*, there was no question in his mind that the appellant's vehicle was going to be impounded.

- h) The quick pat-down search of the appellant as he stepped out of his vehicle did not raise any safety concerns.

III. The Decision Below

A. *The lawfulness of the detention*

[4] The appellant did not challenge the lawfulness of the original detention when his vehicle was pulled over for an investigation related to motor vehicle infractions. The appellant was ordered to pull over when the officer observed what appeared to be an expired license plate. Section 15 of the *Motor Vehicle Act* would clearly permit the officer to detain for an investigation relating to infractions under the relevant legislation. However, the nature of the appellant's detention changed when he was asked to step out of the vehicle, handcuffed with his hands behind his back and confined in the rear seat of the police vehicle. With respect to the lawfulness of that somewhat drastic detention, the trial judge stated as follows:

Now then, I turn to the issue of the detention under section 9 of the *Charter*. Counsel for the accused relies upon the decision in *Aucoin v. R.*, 2012 SCC 66 where it is stated at paragraph 43:

In the context of a straightforward motor vehicle infraction, [which indeed this case was] I recognize that it will be the rare case in which it will be reasonably necessary to secure a motorist in the rear of a police cruiser. But where reasonable necessity exists, no further balancing is required.

So we have a situation where Constable Smiley suspected a *Motor Vehicle* infraction. He then saw the open wine and he saw a weapon in the vehicle. He took the accused and placed him in handcuffs in the back of the police vehicle. At paragraph 35 in the *Aucoin* decision the court states:

To be clear, I do not see this case as turning on whether [the police officer] had the *authority* to detain the appellant in the rear of his police cruiser

having lawfully stopped him for a regulatory infraction. Rather, the question is whether he was justified in *exercising it* as he did in the circumstances of this case.

The existence of a general common law power to detain where it is reasonably necessary in the totality of the circumstances was settled in *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725. That case moved our jurisprudence from debating the existence of such a power to considering whether its exercise was reasonably necessary in the circumstances of a particular case. As Abella J., for the majority, observed:

The determination will focus on the nature of the situation, including the seriousness of the offence, as well as on the information known to the police about the suspect or the crime, and the extent to which the detention was reasonably responsive or tailored to these circumstances, including its geographic and temporal scope. This means balancing the seriousness of the risk to public or individual safety with the liberty interests of members of the public to determine whether, given the extent of the risk, the nature of the stop is no more intrusive of liberty interests than is reasonably necessary to address the risk.

In the particular circumstances of this case I find that Constable Smiley's actions were reasonably necessary to address the risk. He stopped the vehicle. He noticed the wine. No risk there. But the minute he saw the knife in the pocket of the driver's door it was reasonably necessary to remove or ask the accused to get out of his vehicle, place him in handcuffs and place him in the back of the police vehicle. In other words, as stated, where reasonable necessity exists no further balancing is required, and I find that reasonable necessity existed in the case at bar. [Transcript, February 7, 2013, p. 8-10]

B. *The lawfulness of the search of the vehicle and the duffle bag*

[5] With respect to this issue, the trial judge relied on *R. v. Nolet*. He reasoned as follows:

First of all, the Court must look at whether the search of the vehicle was legally authorized. The Crown submits, and I agree with the argument, that in determining the validity of the vehicle search the Court must conduct a step-by-step analysis of how the matter evolved from a *Motor Vehicle Act* stop into a search. It is only by analyzing each of Constable Smiley's actions that the Court can determine whether he stayed or strayed from the boundaries of the *Charter*. I refer to the decision of *R. v. Nolet* where the Supreme Court of Canada stated:

... roadside stops sometimes develop in unpredictable ways. It is necessary for a court to proceed step by step through the interactions of the police and the appellants from the initial stop onwards to determine whether, as the situation developed, the police stayed within their authority, having regard to the information lawfully obtained at each stage of their inquiry. ...

Now, the *Nolet* decision dealt with the random stop of a tractor-trailer by the Royal Canadian Mounted Police in rural Saskatchewan. The fact situation is substantially different. But in delivering the decision the Supreme Court of Canada states at paragraph 21:

At the heart of this appeal lies the thorny issue of warrantless searches conducted in conjunction with random roadside stops. A warrantless search is presumptively unreasonable and contrary to s. 8 of the *Charter*, which guarantees to everyone "the right to be secure against unreasonable search or seizure". In the absence of a warrant, the Crown must establish on a balance of probabilities that the search was authorized by law, that the law itself is reasonable, and that the manner in which the search was carried out was reasonable: ...

As well, the court went on to warn against placing an exclusive focus on police powers under *Motor Vehicle*

legislation to justify a search. Despite the apparent legislative authority under provincial legislation the court went on to stress the importance of considering *Charter* interests such as the accused's right to privacy to determine the lawfulness of the search. In that particular decision the court acknowledged that while the driver of a highway tractor had an expectation of privacy in the living area of the living quarters of the truck, that expectation would be tempered by the commercial nature of the vehicle. Ultimately the court held as follows:

A search is properly incidental where the police attempt to “achieve some valid purpose connected to the arrest” including “ensuring the safety of the police and public, the protection of evidence from destruction at the hands of the arrestee or others, and the discovery of evidence which can be used at the arrestee's trial”: ...

In this particular case Constable Smiley testified that he conducted the search for his own safety as well as to attempt to locate other evidence. I find that the search was valid and justified. I am reaffirmed to this decision by noting at paragraph 52 the court states:

... the basis of the warrantless search was not “exigent circumstances” but connection or relatedness, i.e. to trigger the common law authority to search for evidence of the crime to which the arrest related: ... [Transcript, February 7, 2013, p. 5-8]

C. *The analysis under s. 24(2).*

[6] The trial judge found that there were no violations of any of the appellant's rights under the *Charter* but then proceeded to a s. 24(2) analysis on the assumption that there were violations “in order to consider the applicability of a remedy under section 24(2) of the *Charter*”.

[7] After referring to *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, and the general principles articulated therein, he referred to the three-part inquiry of which more will be said later. He continued:

Since I have found there is no *Charter* breach in the case at bar, I cannot embark on an inquiry with respect to (a) [seriousness of violation] or (b) [impact of the violation on accused]. As a result, I will limit my comments to the third branch of the test, “society’s interest in the adjudication of the case on its merits”.

The accused is charged with possession of cocaine for the purposes of trafficking. Cocaine is a vile substance. Its effect on Canadian society today is insidious. It ruins lives, it ruins families, it contributes to the breakdown of society in that those addicted to it often commit criminal offences. Considering this third branch of the test, I believe that any reasonable person well informed of the *Charter* rights would demand that a trial proceed to have a genuine adjudication on the merits based primarily on the very serious nature of the substance involved. As a result, I am holding that the charges can proceed.” [Transcript, February 7, 2013, p. 12]

IV. Analysis

[8] Because issues related to the lawfulness of a detention and those related to the lawfulness of a warrantless search usually involve different police powers and address different protected constitutional rights, such as s. 8 (everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure) and s. 9 (everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned) of the *Charter*, I intend to proceed with a distinct analysis for each issue.

A. *The lawfulness of the detention*

[9] The appellant does not take issue with the proposition that he was being lawfully detained when he was pulled over and was being investigated for a summary

offence under the *Motor Vehicle Act*. As such, it was common ground this initial detention was statute-based, authorized and did not violate s. 9 of the *Charter*.

[10] Notwithstanding the lawfulness of the original detention, the nature of the detention changed drastically when the appellant could not produce any of the required documents under the *Motor vehicle Act* and the officer observed an open wine bottle behind the driver's seat and the handle of a hunting knife in a compartment within reach of the appellant. The officer, having called for a second unit to join him, then asked the appellant to step out of the vehicle, did a quick pat-down search of the appellant, handcuffed him with hands behind his back and placed him in the rear seat of the police cruiser. The Court in *Aucoin* described a similar type of detention in this way: "That decision carried with it increased restrictions on the appellant's liberty interests, and the added feature of an intrusion into his privacy interests. Those factors, in my view, altered the nature and extent of the appellant's detention in a fairly dramatic way" (para. 34).

[11] Although I hesitate to characterize that "detention" as an "investigative" detention, the officer did testify that he chose not to arrest the appellant, but rather to detain him in that manner to allow him to safely search for evidence of more "open liquor" and other weapons. As far as he was concerned, the circumstances were such that it was necessary to secure the appellant in the police cruiser in handcuffs.

[12] The following excerpt from his testimony encapsulates his views as to why he felt the detention of the appellant in the police cruiser constituted a lawful exercise of his detention powers:

He had no insurance, he had no driver's license, he had no registration. I was towing this vehicle. I had open alcohol; I was looking for more. I had this weapon; I was looking for more. Before I gave him back any of his property and sent him on his way and towed that vehicle I'm certainly looking for weapons at this point. If that knife wasn't there then it wouldn't have been an issue. [Transcript, January 4, 2013, p. 83]

[13] The finding by the trial judge that the “handcuffed detention” in the police cruiser was “reasonably necessary” was based entirely on the presence of a hunting knife in the vehicle, taking into account the time and place of the vehicle stop. The trial judge found that “the minute he saw the knife in the pocket of the driver’s door it was reasonably necessary to remove or ask the accused to get out of his vehicle, place him in handcuffs and place him in the back of the police vehicle” (Transcript, February 1, 2013, p. 9). I disagree. With respect, although the trial judge was keenly aware of the principles underlying the concept of “reasonable necessity” discussed in *Aucoin*, he clearly failed to apply them in this case.

[14] For our purposes, it should be noted that *Aucoin* involved a young driver pulled over by a police officer because the license plate on the vehicle he was driving was registered to a different vehicle. He failed a roadside screening test and the officer decided to impound his vehicle and issue him a ticket pursuant to the *Motor Vehicle Act*. Fearing that Mr. Aucoin might disappear into the nearby crowd, the officer decided to secure Mr. Aucoin in the rear of his police cruiser while completing the paper work. The officer first conducted a pat-down search, after asking for and receiving Mr. Aucoin’s permission. The officer felt something soft in his pocket and, when asked what it was, Mr. Aucoin said that it was ecstasy. He was arrested and searched further. The officer found cocaine and pills in his pocket. It is common ground that one of the main issues revolved around the lawfulness of the driver’s detention in the rear seat of the police vehicle for safety reasons while the officer was writing the ticket under the *Motor Vehicle Act* (paras. 80-87).

[15] The Court made it clear that in order to be lawful, a detention must firstly be “reasonably necessary” *in the totality of the circumstances* and referred to the factors that must be considered, as stated by Abella J. in *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725.

[16] The trial judge in this case recited paragraph 35 of *Aucoin*, where those principles are discussed. He failed, however, to ask the most relevant questions on the issue of “reasonable necessity” as discussed in the paragraphs following paragraph 35:

Constable Burke knew that as a prelude to securing the appellant in the rear of his cruiser, he was going to do a pat-down search on him for reasons of officer safety and the appellant’s safety. His reason for wanting to secure the appellant was to prevent the appellant from walking away and disappearing into the crowd. The trial judge accepted the officer’s evidence in that regard. It was late at night, the street was crowded with people, and the appellant’s vehicle was off-limits to him.

Accepting, as the trial judge did, that Constable Burke was concerned about the appellant walking away, I am nonetheless of the view that in the context of this case, in order to justify securing the appellant in the back seat -- knowing that this would also entail a pat-down search -- detaining the appellant in that manner had to be reasonably necessary. In other words, the question to be asked is whether there were other reasonable means by which Constable Burke could have addressed his concern about the appellant disappearing into the crowd, short of doing what he did. If there were other reasonable means to ensure the appellant would not flee the scene, then detaining him in the police cruiser could not be said to be reasonably necessary and would thus have constituted an unlawful detention within the meaning of s. 9 of the *Charter: Clayton*, at para. 20.

Without wishing to second-guess the actions of the police and recognizing, as I do, that the police are often required to make split-second decisions in fluid and potentially dangerous situations, I am nonetheless of the view that Constable Burke’s actions, though carried out in good faith, were not reasonably necessary.

In fairness to the trial judge, she was not asked to consider the matter from that perspective. I believe however, that had the trial judge applied the proper test, she would have found that the “necessity” component of it had not been met in the circumstances.

In this regard, while there may be other examples, I note that two police officers arrived at the scene while the appellant was being searched by Constable Burke. That leads me to conclude that backup was close at hand, something Constable Burke could readily have ascertained. Had he done so, he could have waited an extra minute or two to do the paper work, without impinging on the appellant's right to be released from detention as soon as reasonably practicable.

I caution, however, that a different factual matrix may well have supported a finding of reasonable necessity. And where such a finding is made, I respectfully disagree with the minority view that "the balance will generally not favour" securing a detainee in the back of a police cruiser (para. 86). In the context of a straightforward motor vehicle infraction, I recognize that it will be the rare case in which it will be reasonably necessary to secure a motorist in the rear of a police cruiser. But where reasonable necessity exists, no further balancing is required.

As it is, Constable Burke chose to secure the appellant in the rear of the cruiser and pat him down as a prelude to doing so. But for that decision, there would have been no pat-down search. Because detaining the appellant in the back of the cruiser would have been an unlawful detention - - given there were other reasonable means by which Constable Burke could have addressed his concern that the appellant might flee -- it cannot constitute the requisite basis in law to support a warrantless search: *Collins*, at p. 278. Therefore, the pat-down search was unreasonable within the meaning of s. 8 and constituted a breach of the appellant's *Charter* right against unreasonable search and seizure. With respect, the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in concluding otherwise. [paras. 38-44]

[Emphasis added.]

[17] In fairness to the trial judge, he was never asked (as was the case for the trial judge in *Aucoin*) to consider the question of "reasonable necessity" from the perspective of whether there were other reasonable means available to the officer to alleviate his safety concerns about the presence of the knife, short of what he did. I am

satisfied that had the trial judge been asked, and had he answered, the proper question, he would have found that the “necessity” component of the test had not been met.

[18] In that regard, I have recited many of the relevant circumstances (other than those recited by the trial judge) from the testimony of the arresting officer in paragraph 4 of this decision. The appellant was detained initially for infractions under the *Motor Vehicle Act* and the *Liquor Control Act*. His conduct was non-threatening. After it became obvious the appellant could not produce relevant documentary evidence the officer knew, then and there, that the vehicle would be impounded. The officer called for another unit to join him and was informed this would occur in a few minutes.

[19] Under such circumstances, obvious questions come to mind. Why, for example, was it important to rush into this detention when, to the officer’s knowledge, a second unit was a few minutes away? A short wait with the appellant being detained in his own vehicle under the officer’s watchful eye until arrival of a second unit would not have impinged on the appellant’s right to be released from detention as soon as reasonably possible. Nor would a wait of a few minutes necessarily put the safety of the officer in jeopardy. What prevented the officer from asking the appellant to hand over the keys to the vehicle? After all, the appellant could not produce the required documents and would certainly not be allowed to drive away. Would it be unreasonably unsafe to ask the appellant to carefully hand over the sheathed hunting knife? Finally, is it unrealistic to think that the arrival of other officers on the scene would have eliminated the necessity of the detention in the police vehicle and would not have jeopardized the investigation being carried on for infractions under the relevant provincial statutes?

[20] In my respectful view, the obvious answers to these questions reveal that the officer could have addressed his safety concerns in a way that would have fallen well short of the drastic detention imposed upon the appellant.

[21] The officer’s action in detaining the appellant in handcuffs in the rear of the police vehicle was not reasonably necessary, and the trial judge did not properly apply the “necessity” test in concluding otherwise. In my view, the erroneous application

of the “necessity” test involves a question of law for which this Court does not owe deference.

[22] Alternatively, even if the issue at hand involves a question of mixed law and fact, such that deference is owed, interference would still be justified on the basis that the trial judge materially misapprehended the evidence on the issues (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

[23] The appellant had the onus of establishing on a preponderance of evidence that the detention in the police vehicle was arbitrary. In my view, the onus has been discharged. The detention in the police vehicle was unlawful and violative of the appellant’s s. 9 rights not to be detained arbitrarily.

B. *The lawfulness or reasonableness of the search of the vehicle, including the duffle bag*

[24] This issue was the main focus on appeal.

[25] It is common ground the appellant had a privacy interest in the vehicle and the duffle bag, and that the search was conducted without prior authorization in the form of a warrant. As to the nature of the privacy interest in the vehicle, see *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, [1992] S.C.J. No. 16 (QL), para. 6.

[26] It is also common ground that once it has been determined the appellant had a reasonable expectation of privacy (albeit a “markedly decreased” one compared to one’s home or office), s. 8 of the *Charter* is engaged and the next step is to determine whether the search or seizure was reasonable. On this point, the trial judge referred to *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, [1987] S.C.J. No. 15 (QL), at p. 278, where the Supreme Court held that “[a] search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable”.

[27] The first question to be answered is whether the search of the vehicle and the duffle bag was “authorized” by common law or by statute.

[28] The appellant argued the trial judge “appears to have equated the authority under the investigative detention being limited to searches for personal safety only, to that of a search pursuant to ‘arrest’ which includes the power to search for evidence as well [...] None of the cases involving ‘investigative detention’ appear to support a search for evidence”.

[29] The respondent relied upon *Nolet* and the relevant statutory provisions found in our own *Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1 (“*POPA*”) and more particularly the Search and Seizure provisions in s. 135 and others. I find it helpful to set out the provisions that relate to warrantless searches:

135(1) A peace officer may search, without warrant, any vehicle or container if the peace officer believes, on reasonable and probable grounds, that there is in or upon the vehicle or container an item of evidence and that it is impracticable in the circumstances to obtain a search warrant.

[...]

136(1) A peace officer may seize

(a) any item of evidence the peace officer finds during a lawful search,

(b) any item of evidence found in plain view in a place where the peace officer lawfully is, and

(c) any weapon or any implement that could be used to effect an escape that the peace officer finds during a search under subsection 133(2).

135(1) Un agent de la paix peut perquisitionner sans mandat un véhicule ou un contenant si l’agent de la paix a des motifs raisonnables et probables de croire qu’il existe à l’intérieur du véhicule ou du contenant ou sur le véhicule ou sur le contenant un élément de preuve et qu’il est impraticable dans les circonstances d’obtenir un mandat de perquisition.

[...]

136(1) Un agent de la paix peut saisir

a) un élément de preuve qu’il trouve au cours d’une perquisition légale,

b) un élément de preuve trouvé bien en vue dans un endroit où l’agent de la paix se trouve légalement, et

c) toute arme ou instrument au moyen duquel une personne peut s’échapper que l’agent de la paix trouve au cours d’une perquisition en vertu du paragraphe 133(2).

[...]

137 A peace officer has no power to search any person, place, vehicle or container for an item of evidence except

(a) the powers given under this Act,

(b) the powers given by any other Act which authorizes a search to be carried out in accordance with this Act, and

[...]

(d) any powers given by common law or statute in relation to persons lawfully detained or held in lawful custody.

138(1) A peace officer who has reasonable and probable grounds to believe that there is an item of evidence in or upon any place, container or vehicle may apply to a judge for a search warrant.

138(2) An application for a search warrant shall be made, on oath or solemn affirmation,

(a) in person, or

(b) by telephone or other means of telecommunication, to a judge designated by the chief judge, where the application is made in relation to a prescribed offence and it is impracticable for the peace officer to appear before a judge in person. [Note: offences under the *Liquor Control Act*, such as unlawful possession of liquor, are prescribed offences: N.B. Reg. 91-50, s.

[...]

137 Un agent de la paix n'a pas de pouvoir de fouille sur une personne, de perquisition à l'égard d'un endroit, d'un véhicule ou d'un contenant, pour un élément de preuve sauf

a) les pouvoirs accordés en vertu de la présente loi,

b) les pouvoirs accordés par toute autre Loi qui autorise qu'une saisie soit effectuée conformément à la présente loi, et

[...]

d) les pouvoirs accordés par la *common law* ou statutaires relativement aux personnes légalement détenues ou détenues sous garde légale.

138(1) Un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'il existe un élément de preuve dans un endroit, dans ou sur un contenant ou dans ou sur un véhicule peut faire une demande à un juge pour l'obtention d'un mandat de perquisition.

138(2) Une demande pour obtenir un mandat de perquisition doit être faite sous serment ou par affirmation solennelle

a) en personne, ou

b) lorsqu'il est impraticable pour l'agent de la paix de se présenter en personne devant un juge, et lorsque la demande est faite relativement à une infraction prescrite, par téléphone ou par un autre moyen de télécommunication, à un juge désigné par le juge en chef. [Remarque : Les infractions à la *Loi sur la réglementation des alcools*, comme la possession illégale de boissons alcooliques, sont des infractions prescrites,

12(c)] voir al. 12c) du Règlement du N.-B. 91-50.]

138(3) Where an application is made under paragraph (2)(b), the judge may administer the oath or solemn affirmation by telephone or other means of telecommunication. 138(3) Lorsqu'une demande est faite en vertu de l'alinéa (2)b), le juge peut recevoir le serment ou l'affirmation solennelle par téléphone ou par un autre moyen de communication.

[DEFINITIONS]

[DÉFINITIONS]

“item of evidence” means anything that a peace officer believes, on reasonable and probable grounds, may provide evidence of the commission of an offence;

« arme » s'entend également d'une chose par laquelle une personne peut se blesser ou blesser une autre personne;

“offence” means an offence created by an Act or by any regulation or by-law made under an Act;

« élément de preuve » désigne toute chose pour laquelle un agent de la paix a des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle peut fournir une preuve de la perpétration d'une infraction;

“weapon” includes any thing by which a person may cause harm to himself or herself or to another person[.]

« infraction » désigne une infraction créée par une Loi de la Législature ou par tout règlement ou arrêté établi en vertu d'une Loi[.]

C. *The common law power to search incident to a lawful investigatory detention*

[30] In *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, the Court described the common law power to search incidental to an investigative detention:

To summarize, as discussed above, police officers may detain an individual for investigative purposes if there are reasonable grounds to suspect in all the circumstances that the individual is connected to a particular crime and that such a detention is necessary. In addition, where a police officer has reasonable grounds to believe that his or her safety or that of others is at risk, the officer may engage in a protective pat-down search of the detained individual. Both the detention and the pat-down search must be conducted in a reasonable manner. In this connection, I note that the investigative detention should be brief in duration and does not impose an obligation on the detained individual to answer questions posed by the police. The

investigative detention and protective search power are to be distinguished from an arrest and the incidental power to search on arrest, which do not arise in this case. [para. 45]

[31] These limited searching powers are to be contrasted with the searching powers incident to an arrest, where the three main purposes of a search are to ensure the safety of the police and the public, the protection of evidence from destruction, and the discovery of evidence that can be used against the accused (see *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, [1990] S.C.J. No. 10 (QL), at p. 186; *R. v. Mitchell*, 2005 NBCA 104, 295 N.B.R. (2d) 251, at para. 12 and *R. v. Tontarelli*, 2009 NBCA 52, 348 N.B.R. (2d) 41).

[32] The end result is that the *common law* powers to search incident to a lawful detention, being limited as they are to safety concerns, do not allow a search for evidence connected to the reasons for the detention.

[33] On this point, Sharpe, J.A.'s words of caution in *R. v. Plummer*, 2011 ONCA 350, [2011] O.J. No. 2034 (QL) are apposite. In that case, a pat-down search revealed that the person being searched was wearing a bullet proof vest. The investigating officer also had information that he may have been in possession of a weapon:

A search incidental to an investigative detention is defined and limited by the immediate concerns of officer safety. This reflects an important difference between the narrowly focussed and strictly limited protective search that may accompany an investigative detention, and the broader power to search consequent to a lawful arrest. It is necessary to maintain that distinction and to confine the scope of a search incidental to an investigative detention within strict limits. Here, the police did not arrest the appellant, presumably because they did not think they had grounds for an arrest. As the appellant points out, there is an understandable tendency to expand a narrow rule to endorse the police conduct being challenged, since the case before the court will always be one where the search actually yielded a weapon or some other valuable evidence. This is a tendency that the courts should resist.

However, on the facts as found by the trial judge, I agree that a modest extension of the *Mann* pat-down search was justified in this case. Although the officers had the appellant under their temporary control, the situation was fluid. The appellant's earlier actions, when he appeared to conceal something in the vehicle, combined with the Officer Safety Alert indicating that he might be carrying a gun, gave rise to a legitimate serious concern that he had immediate access to a weapon that he could use if the officers were to simply release him and return to their own vehicle.

On those specific facts, I agree that the officers were entitled to search the bag in the car as an incident of the investigative detention to ensure their own immediate safety. While this does represent a modest extension of the protective pat-down search in *R. v. Mann*, it is limited by the concern for immediate officer safety that underpins *Mann*.

However, I would emphasize that this should not be read as giving the police *carte blanche* power to permit searches of bags or vehicles incident to investigative detention. Such a search demands satisfactory proof of a serious concern for officer safety that requires something more than the initial pat-down. [paras. 76-79]

[34] In the case before us, it is clear the officer did not have, at common law, the power to search the vehicle or the duffle bag for evidence related to infractions under the *Liquor Control Act*.

[35] The officer's other professed reason to search the duffle bag was to look for other weapons in order to alleviate his safety concerns. The safety reasons invoked are difficult to understand. After all, the officer had no information relating to the appellant that would cause him to have safety concerns. The knife was properly confined in a legitimate location and a second police vehicle was a few minutes away. Of more significance is the fact that when the officer decided to open the duffle bag to look for evidence of open liquor or other weapons, the appellant was sitting, handcuffed, in the police cruiser and his vehicle was going to be impounded. Under such circumstances, it

offends common sense to say that the officer had a legitimate concern for his or the public's safety.

[36] In my view, the *common law* power to search incident to an investigative detention, clearly did not allow the officer to search the duffle bag and to seize the contents thereof.

[37] Nothing need be said about the marijuana found under the driver's seat as that search and seizure followed and was prompted by the drugs found in the duffle bag. As will be explained next, the search of the duffle bag on the basis of a *statutory power* was not a lawful exercise of such power.

D. *The statutory power to search incident to an investigative detention*

[38] Section 135 of *POPA* does not differentiate between a detention or an arrest in defining the powers to search a vehicle or a container. Nor does it limit the search for safety concerns that applies under the common law in cases of investigative detention. In that sense, the statutory power to search is broader than the common law power.

[39] Although s. 135 does not contain the limitations related to safety concerns addressed in *Mann*, it nevertheless features two important limitations on the power to search for evidence of an offence under a provincial statute. Because the search is a warrantless search, it is presumed to be unreasonable and it is incumbent upon the Crown to rebut that presumption by establishing by a preponderance of evidence: (a) the officer had reasonable and probable grounds to believe that "there [was] in or upon the vehicle or container an item of evidence"; and (b) that it was "impracticable in the circumstances to obtain a search warrant".

[40] The Crown argues the evidence establishes the officer had reasonable and probable grounds to believe evidence of other open bottles of liquor would be found in the duffle bag on the basis of an open bottle of wine behind the driver's seat. But the

officer's own statements on this issue simply do not support the Crown's position. On the contrary, the officer's responses to questions indicate he felt he had a right to search the vehicle without a warrant because the search could "possibly" lead him to other open bottles of liquor or other weapons:

Q. Okay. Did you expect to find any liquor in that black bag?

A. Yeah, there could have been. We find alcohol in bags all the time.

Q. Did you expect to find any though?

A. Yeah.

Q. You expected to find liquor in that black bag?

A. Did I not just say yes two times to the exact same question.

Q. Did you ever ask him for his consent to search the vehicle?

A. No, I didn't need it.

Q. Did you ever consider getting a warrant to search the vehicle?

A. I didn't need it.

Q. You didn't need it?

A. No.

Q. Why?

A. Because I had the right to search the vehicle under the *Liquor Control Act* for the open alcohol and I had the right to search the vehicle for weapons at this point.

If I believe there is alcohol possibly in that bag then yes I do. [Transcript, January 4, 2013, p. 76-77]

[41] In my view, the evidence recited in the previous paragraph does not establish the officer believed, on reasonable and probable grounds, that evidence of an offence under the *Liquor Control Act* would be found in the vehicle or a container.

[42] The trial judge did not address the implications of s. 135 as such but did rely on *Nolet*. In my view, however, the statement of principles upon which the judge relied to conclude the search of the duffle bag was “valid and justified” does not apply to searches incident to an investigative detention but rather to a search incident to an arrest where an officer can look for evidence connected to the reasons for the lawful arrest (see para. 5 of this decision where the trial judge’s comments are reproduced).

[43] It is important to clarify what took place in *Nolet* in order to understand the underlying reasons respecting the unlawfulness of the search of the vehicle, including the duffle bag in this case.

[44] In *Nolet*, the two accused were travelling in a tractor-trailer on a highway in Saskatchewan. They were ordered to pull over by an RCMP officer engaged in a random check under the province’s *Highway and Transportation Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-5. The regulatory statute allows an officer to search, under certain conditions, a commercial vehicle and trailer for evidence of infractions under the regulatory statute. The officer noticed irregularities and obvious infractions under the relevant statute in the documents and continued his investigation to find further evidence related to infractions under the *Act*. The accused were being detained during the investigation for more evidence of infractions. The officer came upon a duffle bag behind a seat in the truck. As he was looking for documents in connection with infractions under the regulatory statute, he felt the duffle bag before opening it and, as it made a sound like crackled paper, he opened it, assuming it contained old log books or travel documents. The bag contained \$115,000 bundled in small denominations typical of drug transactions. The accused, who had been held under investigative detention until then, were arrested for possession of proceeds of crime. A search incident to the arrest was conducted and it revealed a hidden

compartment in the trailer containing a large quantity of drugs worth in excess of one million dollars.

[45] The search that led to the discovery of the money in the duffle bag in *Nolet* was conducted while the accused were being held lawfully during an investigative detention, while the discovery of the drugs found later in the secret compartment of the trailer took place as a result of a search incident to a lawful arrest.

[46] The provisions of the *The Highways and Transportation Act, 1997*, S.S. 1997, c. H-3.01 that allowed the officer in *Nolet* to open the duffle bag are comparable to, but somewhat broader than, the provisions of ss. 135 and 136 under *POPA*. They read as follows:

63 ...

(5) Where the peace officer or the person appointed by the minister has reasonable grounds to believe that a vehicle is being operated in contravention of ... a regulation made pursuant to clauses 69(1)(v) to (oo), the peace officer or person appointed by the minister may:

- (a) request or signal to the person in charge of or operating the vehicle to stop the vehicle;
 - (b) search the vehicle for evidence of an offence; and
 - (c) seize anything that may be evidence of an offence.
- [Emphasis added.]

[47] The investigating officer in *Nolet* found evidence of several infractions under the *Highway and Transportation Act* very shortly into his investigation. The Court described the situation as follows:

Section 32(1) of *The Motor Carrier Act* authorizes a peace officer to “order the driver or owner of a vehicle to submit the vehicle ... or the cargo being carried on such a vehicle to any examination and tests that the peace officer considers necessary”. In the same vein, s. 63(5) of the *H&TA* provides that if a police officer “has reasonable

grounds to believe that a vehicle is being operated in contravention” of regulatory requirements, he may conduct a warrantless search of “the vehicle for evidence of an offence” and “seize anything that may be evidence of an offence”. In such cases, of course, “an offence” refers to *H&TA* provisions that include regulation of the manner in which any part of a vehicle or its load is to be marked or labelled; the contents of a driver’s log and the manner in which a driver’s log is to be kept and maintained; the number of hours a driver can be on duty or drive; and, the classes or types of vehicles for which a trip inspection report is to be completed (s. 69(1)).

The Highways and Transportation Act Power of Search and Seizure was Properly Invoked

There is no doubt that, after the initial stop, the officer quickly obtained reasonable grounds to believe that the appellants were operating the truck in violation of the *H&TA*, having regard to the lack of a truck licence valid in Saskatchewan, the display of an expired fuel sticker and inconsistent entries in the driver’s log-book. At the time the officer began to investigate the cab of the tractor unit, it was quite within his statutory authority to search for further evidence related to *H&TA* offences.

In these circumstances, the continued detention of the appellants was not arbitrary and the search of the tractor-trailer rig for relevant papers was authorized by s. 63(5)(b). At least initially, they were not unreasonable. [paras. 27-29]

[48] Later on, the Court explained the importance of the distinction between the statutory power to search for evidence upon “reasonable belief” that regulatory infractions were taking place (as required by the relevant statutory provision) and the manner in which the power is exercised. The Court goes on to explain how the lawful power to search may be offensive to s. 8 of the *Charter* if exercised unreasonably, bearing in mind the principles of *Collins*:

The first question is whether the police officer, in continuing the search, exceeded his s. 63(5) authority when he reached the point of suspicion. The second question is whether what he did, despite the authority of s. 63(5) to

pursue *regulatory* offences, was unreasonable in relation to the protected *Charter* privacy interests of the accused in the sleeping area of the cab. The statutory authority for the search and the reasonableness of its exercise are two distinct issues.

[...]

I agree with Wilkinson J.A. that the question is not “determining which purpose is predominate or subordinate” (para. 85). *As long as there is a continuing regulatory purpose on which to ground the exercise of the regulatory power*, the issue is whether the officer’s search of the duffel bag infringed the reasonable expectations of privacy of the appellants. I do not think that it did, having regard to the totality of the circumstances as they had progressed to the time of that search. (emphasis is mine)

[...]

The trial judge did not express any doubt about the officer’s evidence that relevant papers were frequently dispersed around a cab, often collected in a bag similar to the one at issue here, and that when he “pushed down on the duffel bag, [he] felt and heard paper products inside” (A.R., vol. 2, at p. 181). In other words, the officer did not proceed immediately to open the bag *without some preliminary evaluation of its likely relevance to the regulatory search*. The paper contents felt more like items connected to the *H&TA* inquiry than if the contents had felt solid in a way that might have indicated personal clothing (or drugs). In the circumstances, it was not unreasonable, given the appellants’ very limited privacy interest, for the officer to open the bag. At that point, the cash was in plain view. (emphasis is mine)

[...]

In summary, the Crown established on a balance of probabilities that the warrantless search was authorized by s. 63(5) of the *H&TA*, the reasonableness of the law itself is not challenged, and the manner in which the search was carried out was reasonable. The *Collins* test is therefore satisfied. [paras. 34, 41, 44 and 46]

[49] In *Nolet*, the officer had the power to look for additional evidence of infractions under the relevant statute because he had reasonable grounds to believe that the vehicle was being operated in contravention of the regulations under the regulatory statute. When he found the duffle bag, his experience informed him that relevant papers were often confined in similar bags, but he did not open it immediately. Before doing so, he felt it and as it crackled like paper, he reasonably assumed it might contain evidence of regulatory infractions. It turned out to be a lot of money bundled up in a way consistent with possession of the proceeds of crime. The opening of the bag was for a relevant and continuing regulatory purpose. Considering the limited expectation of privacy at play, the search was reasonable as required by *Collins*.

[50] In the case at hand, I have already found the Crown did not satisfy the onus of establishing the officer had reasonable and probable grounds to believe that evidence of “open liquor” would be found in the duffle bag. Even accepting, for the purposes of argument, that the officer, in his experience, had found open liquor in similar bags in the past, his failure to take any steps to determine whether the search of the bag had any connection or relevance to the immediate regulatory purpose taints the search as unreasonable, considering the expectation of privacy, albeit limited, of the appellant. All of this assuming, in addition, that having “open liquor” in a duffle bag located on the floor, in front of the passenger seat constitutes an offence under the *Liquor Control Act*. This is an assumption that could be the subject of healthy debate (see s. 41(4) of the *Liquor Control Act* where it appears that possession of “open liquor” in a vehicle is prohibited unless “carried or transported in the traveller’s luggage with his clothing and other necessities of travel”).

[51] Finally, unlike the provisions at play in *Nolet*, the Crown in this case had another evidentiary hurdle. In addition to the task of proving that the officer had reasonable grounds to believe that evidence of regulatory infractions would be found, it also had to establish that it would have been impracticable to apply for a warrant, including a telephone warrant envisaged by s. 138(2)(b) of *POPA*. There was no evidence that such a system is operative in the Province, a system which must exist to give any

significance to the *search and seizure* provisions under *POPA*. It is only upon proof of these two requirements (i.e. reasonable belief and impracticability) that the right to search for further evidence of regulatory offences under a provincial statute is triggered.

[52] In my view, the Crown did not satisfy the onus of establishing the requirements of s. 135 of *POPA* and the search of the duffle bag was unreasonable. The search and seizure of the cocaine and drug trafficking accessories in the duffle bag, including the marijuana found in the vehicle following the search of the duffel bag, were unlawful and in violation of the appellant's rights under s. 8 of the *Charter*. The eventual arrest of the appellant is consequently unlawful, as is the seizure of evidence found in the search incident to such arrest.

E. *The s. 24(2) analysis*

[53] Under the revised approach adopted in *R v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at paras. 67-70, the purpose of s. 24(2) is not to punish police misconduct or compensate an accused. Its purpose is to maintain the rule of law and the values of the *Charter*. Its focus is long-term, prospective and societal. The concern is more on the impact over time of admitting evidence obtained in violation of protected rights and less with the particular case. That is the approach which must inform the court when *Charter*-protected rights are violated, and it considers whether evidence should be excluded because its admission would bring the administration of justice into disrepute.

[54] To determine whether the evidence should be excluded, a court must assess and balance the effect of admitting the evidence with society's confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused; and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits (*Grant*, at para. 71).

[55] With respect to the seriousness of the *Charter*-infringing conduct, the more serious the conduct, "the greater the need for the courts to dissociate themselves from that conduct, by excluding evidence linked to that conduct, in order to preserve

public confidence in and ensure state adherence to the rule of law” (*Grant*, para. 72). The conduct at issue here was serious. The officer knew or ought to have known that he had options other than the type of detention he decided to impose. The detention of Mr. Christie in the back of the police vehicle in handcuffs was uncalled for under the circumstances and was a serious infringement of the appellant’s s. 9 *Charter* right not to be detained arbitrarily.

[56] But what is perhaps more serious is the unlawful search of the vehicle, more particularly the duffle bag under the purported authority of the *Liquor Control Act*, or the pretense of a safety concern, a concern that simply defies common sense. Again, the officer knew or ought to have known of the requirements of reasonable and probable grounds needed to open the duffle bag and that some thought had to be given to obtaining a search warrant. In my view, the officer acted with disregard for the appellant’s rights not to be subjected to an unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. The seriousness is aggravated when one considers the officer’s testimony that he believed he could open the duffle bag based upon only the “possibility” of finding “open liquor”. This is evidence of an abusive practice – one that must be soundly denounced. To admit the evidence would be to encourage situations where police officers could insist, when it is not reasonably necessary, on using handcuffs to confine a person in the rear seat of police vehicles and to search persons or vehicles without the grounds required by law. This could have a chilling effect on the public’s confidence in the rule of law. Needless to say, this line of inquiry favors exclusion (*Grant*, para. 75).

[57] The focus of the second line of inquiry is the impact of the violations on the *Charter*-protected interests of the appellant. Although the appellant’s privacy interests are reduced because they involve a search of his vehicle, the Supreme Court has consistently held that motor vehicles are emphatically not “*Charter*-free zones” (see *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, [1997] S.C.J. No. 81 (QL), at para. 38; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, [1992] S.C.J. No. 16 (QL), at p. 534. See also *R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] S.C.J. No. 50 (QL), at para. 31). The detention in the police vehicle in handcuffs was arbitrary and impacted upon the appellant’s liberty

interests to a considerable extent. The search of his vehicle, and particularly the duffle bag, without the required reasonable grounds impacts upon the appellant's privacy interest. The search of the duffle bag expanded way beyond the scope of one allowed to alleviate safety concerns. Considering the number of *Charter* interests engaged, and despite the appellant's reduced expectation of privacy, I find the *Charter*-infringing conduct was significant. This line of inquiry also favors exclusion.

[58] Finally, the court must ask "whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion" (*Grant*, at para. 79). No doubt, the evidence collected in violation of the appellant's *Charter*-protected rights is both relevant and reliable. Truth seeking, in this case, would be better served by the admission of the evidence. In addition, the exclusion of the evidence spells the collapse of the prosecution's case. This line of inquiry clearly favors the admission of the evidence.

[59] A consideration of all the circumstances leads me to conclude that admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The main reason relates to the seriousness of the conduct of the officer in clear violation of the appellant's ss. 8 and 9 rights. He employed a type of detention that was clearly "over-kill" in the circumstances when he had many other options at his disposal. He also conducted a search of the duffle bag when there were neither reasonable grounds to allow it in the context of an infraction under the *Liquor Control Act*, nor any genuine safety concerns. The search also appeared to be part of a standard practice followed by the officer, a practice based upon the possibility of finding evidence of an infraction without consideration of the requirements of reasonable grounds or the practicality of trying to obtain a warrant. In my view, the Court must dissociate itself from this conduct. As the Court noted in *Grant*, the concern is more on the impact over time of admitting evidence obtained in violation of protected rights and less with the particular case.

V. Disposition

[60] I would allow the appeal, exclude the contested evidence, and enter a verdict of acquittal.

LE JUGE DESCHÊNES

I. Introduction

[1] Justin Mansour Christie appelle de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui pour possession simple de cannabis et possession d'une once de cocaïne en vue d'en faire le trafic, infractions pour lesquelles il a été condamné à une peine d'emprisonnement de dix-sept mois. Il est question dans le présent appel, comme dans *R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408, de la nature d'une détention légale aux fins d'enquête et de l'étendue des pouvoirs de fouille de la police accessoires à une détention aux fins d'enquête, ce dont il était question également dans *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851. D'une manière générale, il nous faudra nous demander, pour reprendre la formule employée par le juge du procès, « s'il (l'agent qui a procédé à l'arrestation) est resté dans les limites de la *Charte* ou s'il les a franchies » de sorte qu'il y ait lieu de mener l'analyse requise par le par. 24(2) de la *Charte* pour juger de l'admissibilité de la preuve que constitue la drogue découverte dans le véhicule de l'appelant. L'appel illustre également comment une détention légale aux fins d'enquête peut se transformer en détention illégale. Enfin, et surtout peut-être, il rappelle que les interceptions de véhicules autorisées doivent être limitées aux objectifs auxquels elles répondent et qu'elles ne sauraient « constituer un mandat de perquisition général permettant de fouiller les conducteurs à qui l'on demande de s'immobiliser, leur véhicule et les passagers » (*R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, [1992] A.C.S. n° 100 (QL), par. 27).

II. Circonstances de la détention et de la fouille

[2] Le juge du procès a fait état des circonstances de la détention et de la fouille qui lui ont paru les plus importantes :

[TRADUCTION]

Le samedi 15 septembre 2012, à 0 h 5, l'agent Smiley patrouillait seul, à bord d'une voiture de police identifiée, dans le secteur de la promenade Brookside et de la route 105, dans la partie nord de Fredericton. L'agent Smiley est membre de la Force policière de Fredericton depuis cinq ans. Il a noté que la vignette d'immatriculation du véhicule qui le précédait était périmée. Les deux véhicules étaient immobilisés à un feu rouge. Au changement de feu, les deux véhicules se sont remis en marche et l'agent Smiley a décidé de procéder à une vérification routière. L'identité du conducteur qui occupait seul le véhicule lui était encore inconnue.

L'agent Smiley s'est approché du véhicule et a adressé au conducteur la demande usuelle de présentation de ses permis de conduire, certificat d'immatriculation et preuve d'assurance. Le conducteur n'a pu produire de permis de conduire, et il n'avait pas de certificat d'immatriculation ni de preuve d'assurance en règle.

Tandis qu'il parlait au conducteur par la glace ouverte de sa portière, l'agent Smiley a constaté qu'une bouteille de vin ouverte gisait sur le plancher, derrière son siège. Il a aperçu également un grand couteau de chasse dans la poche de rangement de la portière du conducteur. Il a témoigné qu'il avait détenu l'accusé aux fins d'enquête dans la voiture de patrouille afin de pouvoir fouiller le véhicule à la recherche d'alcool et d'armes. Il a témoigné en outre qu'il comptait libérer l'accusé après la fouille, mais que, soucieux de sa propre sécurité, il n'avait pas cru pouvoir le libérer pendant qu'un couteau de chasse ou toute autre arme demeurerait accessible, en bordure de la route.

L'agent Smiley a appelé sur les lieux une seconde unité.

L'accusé avait été menotté et assis sur la banquette arrière de l'autopatrouille. L'agent Smiley est retourné au véhicule de l'accusé, et il a vu un cartable, ou un sac à dos, sur le siège du passager, à l'avant. Il a entrepris de fouiller le sac, et il y a trouvé de la cocaïne en quantités diverses, dont un morceau de quelque vingt-huit grammes, ainsi que de la marijuana, des Baggies et une balance. Il a aussi trouvé, dans la console centrale, deux téléphones cellulaires et, de nouveau, sous le siège du conducteur, de la marijuana. La fouille achevée, l'agent Smiley est revenu à la voiture de

police, a vérifié l'identité de l'accusé et l'a arrêté pour les diverses infractions dont la Cour est saisie. Il l'a informé à ce moment-là de son droit à l'assistance d'un avocat et s'est enquis de ce qu'il souhaitait en faire. L'accusé a répondu qu'il souhaitait consulter immédiatement un avocat, mais il lui a été expliqué par l'agent Smiley qu'il devrait attendre leur arrivée au poste pour pouvoir consulter en privé. Par la suite, l'accusé a été transféré... conduit au poste de police, puis fouillé, encore une fois, pendant l'inspection. On a trouvé sur sa personne une petite quantité de cocaïne. [Transcription, 7 février 2013, p. 2 à 4]

[3] Par souci de commodité, et pour des raisons qui deviendront bientôt évidentes, il convient de faire état des circonstances ci-dessous, extraites du témoignage de l'agent qui a procédé à l'arrestation, et que le juge du procès n'a *pas* nécessairement mentionnées ou soulignées :

- a) L'appelant a décliné de bon gré son identité à l'agent, qui lui en avait fait la demande, et produit un certificat d'immatriculation périmé portant son nom.
- b) L'appelant faisait l'objet d'une enquête pour des infractions punissables par procédure sommaire prévues par la *Loi sur les véhicules à moteur*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-17, et par la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-10.
- c) Le couteau de chasse se trouvait dans sa gaine, comme il se doit, et il était rangé dans un compartiment de la portière du conducteur conçu pour le rangement.
- d) La conduite de l'appelant ne présentait rien qui ait pu susciter des craintes à l'agent sur le plan de la sécurité, et ce dernier n'avait aucun motif de soupçonner, non plus, que l'appelant pouvait être un danger pour qui que ce soit.
- e) L'agent n'a pas demandé à l'appelant de lui remettre le couteau ou les clés de la voiture avant de le sommer d'en descendre pour ensuite le menotter et le faire asseoir dans l'autopatrouille.

- f) L'agent n'avait pas tardé, après avoir contraint le véhicule de l'appelant de s'arrêter, à entrer en contact avec une autre unité, de patrouille elle aussi, et il savait qu'il serait épaulé dans les prochaines minutes. Encore que le compte rendu des circonstances donné par le juge du procès puisse amener à conclure que l'appel à une seconde unité est intervenu après que l'accusé a été confiné dans la voiture de police, il ressort de la preuve que l'agent a lancé cet appel avant de faire monter l'appelant dans l'autopatrouille.
- g) Dès que l'agent a constaté que l'appelant ne pouvait produire aucune des pièces voulues, en application de la *Loi sur les véhicules à moteur*, il ne doutait pas que le véhicule serait mis en fourrière.
- h) La fouille rapide, par palpation, à laquelle l'agent a procédé lorsque l'appelant est descendu de son véhicule n'a pas suscité de craintes sur le plan de la sécurité.

III. La décision du tribunal d'instance inférieure

A. *Légalité de la détention*

[4] L'appelant n'a pas contesté la légalité de la détention initiale, survenue lorsque l'agent a contraint son véhicule de s'arrêter pour enquêter sur des infractions au code de la route. L'agent a sommé l'appelant de s'arrêter après avoir noté que la plaque d'immatriculation du véhicule semblait périmée. L'article 15 de la *Loi sur les véhicules à moteur* permet sans doute à un agent de détenir une personne pour enquêter sur des infractions à la législation applicable. Cependant, la nature de la détention de l'appelant a changé lorsque l'agent lui a demandé de descendre du véhicule, l'a menotté, mains derrière le dos, et l'a confiné à la banquette arrière du véhicule de police. Pour ce qui est de la légalité de cette détention quelque peu draconienne, le juge du procès a indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

J'aborde maintenant la question de la détention et de l'art. 9 de la *Charte*. L'avocat de l'accusé invoque *R. c. Aucoin*,

2012 CSC 66. La Cour, au par. 43 de l'arrêt, a déclaré ce qui suit :

[...] Dans le contexte d'une simple infraction au code de la route [et le cas se présente bel et bien ici], je reconnais qu'il sera rarement raisonnablement nécessaire de confiner un automobiliste à l'arrière d'un véhicule de police. Mais lorsqu'existe [*sic*] une nécessité raisonnable, aucune autre mise en balance n'est exigée.

Nous sommes face à une situation où l'agent Smiley soupçonnait une infraction à la *Loi sur les véhicules à moteur*. Il a ensuite vu la bouteille de vin ouverte, et il a aperçu une arme dans le véhicule. Il a appréhendé l'accusé et l'a fait monter, menotté, à l'arrière du véhicule de police. Texte des par. 35 et 36 de l'arrêt *Aucoin* :

Par souci de clarté, je précise que la question qu'il faut trancher en l'espèce n'est pas de savoir si [le policier] disposait du *pouvoir* de détenir l'appelant à l'arrière de sa voiture de police après l'avoir intercepté légalement pour manquement à une loi. La question est plutôt de savoir si *l'exercice d'un tel pouvoir* se justifiait dans les circonstances.

L'existence d'un pouvoir général de détention issu de la common law, lorsqu'il est raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances, a été établie dans l'arrêt *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725. Cette affaire a fait évoluer le débat, jusqu'alors axé sur l'existence ou l'inexistence d'un tel pouvoir, pour le faire porter sur la question de savoir si l'exercice d'un tel pouvoir est raisonnablement nécessaire dans les circonstances d'une espèce. Comme la juge Abella, s'exprimant au nom de la majorité, l'y fait observer :

L'examen tiendra compte de la nature de la situation, y compris la gravité de l'infraction, des renseignements sur le suspect ou sur le crime dont disposaient les policiers et de la mesure dans laquelle la détention était une mesure raisonnablement adaptée à ces éléments, notamment en ce qui

a trait à l'emplacement et au moment. Il faut donc mettre en balance l'importance du risque pour la sécurité du public en général ou d'une personne en particulier avec le droit à la liberté des citoyens, pour déterminer si l'interception n'a porté atteinte à la liberté que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire face au risque.

Dans les présentes circonstances, je conclus que les actions de l'agent Smiley étaient raisonnablement nécessaires pour faire face au risque. Il a intercepté le véhicule. Il a aperçu la bouteille de vin. Jusque-là, aucun risque. Mais, dès l'instant où l'agent a vu le couteau dans la poche de rangement de la portière du conducteur, il était raisonnablement nécessaire de l'emmener, ou de demander à l'accusé de descendre de son véhicule, de le menotter et de le faire monter à l'arrière de la voiture de police. En d'autres termes, comme nous l'avons vu, lorsqu'il existe une nécessité raisonnable, aucune autre mise en balance n'est exigée. Je conclus que cette nécessité raisonnable existait en l'espèce. [Transcription, 7 février 2013, p. 8 à 10]

B. *Légalité de la fouille du véhicule et du sac de toile*

[5] Sur ce point, le juge du procès s'est appuyé sur l'arrêt *R. c. Nolet*. Il a adopté le raisonnement suivant :

[TRADUCTION]

Tout d'abord, la Cour doit voir si la fouille du véhicule était autorisée par la loi. Le ministère public avance, et j'abonde dans le même sens, que la Cour, pour juger de la validité de la fouille du véhicule, doit analyser l'une après l'autre les étapes par lesquelles une interception pratiquée en vertu de la *Loi sur les véhicules à moteur* s'est transformée en une fouille. Seule l'analyse de chacune des actions de l'agent Smiley permettra à la Cour de déterminer s'il est resté dans les limites de la *Charte* ou s'il les a franchies. Je renvoie à *R. c. Nolet*, où la Cour suprême du Canada a indiqué ce qui suit :

[L]e déroulement des contrôles routiers peut parfois s'avérer imprévisible. Le tribunal doit examiner l'un après l'autre les échanges intervenus entre la

police et les appelants à partir de l'interception initiale afin de déterminer si, la situation évoluant, la police est restée dans les limites de ses pouvoirs en ce qui a trait aux renseignements légalement obtenus à chaque étape de ses vérifications.

Maintenant, dans *Nolet*, un camion semi-remorque avait été soumis par la Gendarmerie royale du Canada à un contrôle routier aléatoire en milieu rural, en Saskatchewan. Les faits sont substantiellement différents. Quoi qu'il en soit, la Cour suprême du Canada a écrit ce qui suit, au par. 21 de l'arrêt :

Le présent pourvoi porte essentiellement sur l'épineuse question des fouilles effectuées sans mandat lors d'un contrôle routier aléatoire. Une fouille sans mandat est présumée abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte*, qui garantit à chacun le « droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». En l'absence d'un mandat, le ministère public doit établir selon la prépondérance des probabilités que la fouille était autorisée par la loi, que celle-ci n'avait rien d'abusif et que la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive[.]

La Cour a ensuite prévenu qu'il ne faut pas s'intéresser exclusivement aux pouvoirs conférés à la police par la législation sur les véhicules à moteur pour justifier une fouille. Malgré que la loi provinciale, selon toute apparence, ait autorisé la police à agir, la Cour suprême a insisté sur l'importance de prendre en considération les droits protégés par la *Charte*, dont le droit de l'accusé à la vie privée, pour juger de la légalité de la fouille. Dans cet arrêt-là, la Cour a constaté que, encore que le conducteur d'un tracteur routier eût des attentes en matière de vie privée dans la zone couchette du camion, ces attentes devaient être tempérées par la nature commerciale du véhicule. En définitive, la Cour est arrivée à la conclusion suivante :

Une fouille est véritablement accessoire lorsque la police tente de « réaliser un objectif valable lié à l'arrestation », et notamment « d'assurer la sécurité des policiers et du public, d'empêcher la destruction d'éléments de preuve par la personne arrêtée ou d'autres personnes, et de découvrir des éléments de

preuve qui pourront être utilisés au procès de la personne arrêtée »[.]

Ici, l'agent Smiley a témoigné qu'il avait fouillé le véhicule pour garantir sa propre sécurité, de même que pour tenter de trouver d'autres éléments de preuve. Je conclus que la fouille était valide et justifiée. Les indications ci-dessous de la Cour, apparaissant au par. 52, me confirment d'ailleurs dans ma décision :

[L]a fouille sans mandat n'était pas fondée sur une « situation d'urgence », mais sur l'existence d'un lien ou d'un rapport, à savoir pour que s'applique le pouvoir de common law d'effectuer une fouille en vue de trouver des éléments de preuve relatifs au crime auquel l'arrestation était reliée[.]
[Transcription, 7 février 2013, p. 5 à 8]

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

[6] Le juge du procès a conclu qu'il n'y avait eu violation d'aucun des droits garantis à l'appelant par la *Charte*. Il a néanmoins entrepris, dans l'hypothèse où des violations auraient été commises, l'analyse voulue [TRADUCTION] « pour juger de l'applicabilité de la réparation prévue au par. 24(2) de la *Charte* ».

[7] Après s'être reporté à *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, et aux principes généraux qui y sont formulés, il a abordé l'examen en trois volets, sur lequel nous reviendrons. Il a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

Puisque j'ai conclu à l'absence de violation de la *Charte* en l'espèce, je ne peux entreprendre d'examen à l'égard de a) [gravité de la violation] ou de b) [incidence de la violation sur l'accusé]. Mes observations porteront donc uniquement sur le troisième volet du critère, soit « l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond ».

M. Christie est accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. La cocaïne est une substance odieuse. Son effet sur la société canadienne, aujourd'hui, est insidieux. Elle détruit des vies, elle détruit des familles. La cocaïne

concourt à la dégradation de la société du fait que, souvent, les cocaïnomanes commettent des infractions criminelles. Pour ce qui est de ce troisième volet du critère, je crois que toute personne raisonnable, bien informée des droits que la *Charte* garantit, réclamerait la tenue d'un procès pour que l'affaire soit véritablement jugée au fond, compte tenu surtout de la nocivité de la substance en cause. Je conclus que les accusations peuvent être entendues. [Transcription, 7 février 2013, p. 12]

IV. Analyse

[8] Étant donné que les questions que soulève la légalité d'une détention et celles que soulève la légalité d'une fouille ou d'une perquisition sans mandat font intervenir, d'ordinaire, des pouvoirs policiers différents et des droits constitutionnels différents, tels ceux que garantissent l'art. 8 (chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives) et l'art. 9 (chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraire) de la *Charte*, j'entends me livrer à deux analyses distinctes.

A. *Légalité de la détention*

[9] L'appelant ne conteste pas qu'il était détenu légalement lorsqu'il a été contraint de s'arrêter, et pendant que la police enquêtait sur une infraction punissable par procédure sommaire en application de la *Loi sur les véhicules à moteur*. Les parties conviennent donc que la détention initiale était fondée sur la loi, autorisée, et ne violait pas l'art. 9 de la *Charte*.

[10] La légalité de la détention originale mise à part, la nature de la détention a changé du tout au tout lorsqu'il est apparu que l'appelant ne pouvait produire aucun des documents requis, sous le régime de la *Loi sur les véhicules à moteur*, et que l'agent a aperçu une bouteille de vin ouverte derrière le siège du conducteur, ainsi que la poignée d'un couteau de chasse, dans un compartiment, à portée de l'appelant. L'agent, après avoir appelé une seconde unité sur les lieux, a demandé à l'appelant de descendre du véhicule, l'a fouillé rapidement par palpation, l'a menotté, mains derrière le dos, et l'a

installé sur le siège arrière de la voiture de police. Une détention du même type a amené la Cour, dans *Aucoin*, à faire les observations suivantes : « Cette décision avait pour effet de restreindre davantage la liberté de l'appelant et ajoutait une atteinte à son droit à la protection de sa vie privée. Ces facteurs ont, à mon avis, modifié de façon assez radicale la nature et la portée de la détention » (par. 34).

[11] Quoique j'hésite à appeler cette « détention » une « détention aux fins d'enquête », il n'en demeure pas moins que l'agent a témoigné qu'il avait choisi de ne pas arrêter l'appelant et qu'il l'avait détenu ainsi afin de pouvoir fouiller en toute sécurité le véhicule à la recherche d'autres [TRADUCTION] « récipients de boisson alcoolique ouverts » et d'autres armes. En ce qui le concerne, les circonstances étaient telles, qu'il était nécessaire de confiner l'appelant, menotté, dans la voiture de police.

[12] L'extrait suivant de son témoignage résume ses vues sur les raisons pour lesquelles la détention de l'appelant dans la voiture de police lui a paru constituer un exercice légal de ses pouvoirs de détention :

[TRADUCTION]

Il n'avait pas d'assurance, il n'avait pas de permis de conduire, il n'avait pas d'immatriculation. Je faisais remorquer ce véhicule. J'avais là une bouteille d'alcool ouverte; j'en cherchais d'autres. J'avais là une arme; j'en cherchais d'autres. Je comptais certainement, avant de lui remettre ses effets, de le relâcher et de faire remorquer le véhicule, voir si des armes restaient. Sans le couteau, le problème ne se serait pas posé. [Transcription, 4 janvier 2013, p. 83]

[13] La conclusion du juge du procès que la détention de l'accusé [TRADUCTION] « mains menottées » dans la voiture de police était [TRADUCTION] « raisonnablement nécessaire » a été tirée sur le seul fondement de la présence d'un couteau de chasse dans le véhicule, compte tenu de l'heure et du lieu de l'interception. Il lui est apparu que, [TRADUCTION] « dès l'instant où l'agent a vu le couteau dans la poche de rangement de la portière du conducteur, il était raisonnablement nécessaire de l'emmener, ou de demander à l'accusé de descendre de son véhicule, de le menotter et de

le faire monter à l'arrière de la voiture de police » (transcription, 1^{er} février 2013, p. 9). Je ne suis pas d'accord. Je constate respectueusement que le juge du procès, bien qu'il ait connu parfaitement les principes qui sous-tendent le concept de « nécessité raisonnable » mentionné dans l'arrêt *Aucoin*, ne les a manifestement pas appliqués ici.

[14] Pour les besoins du présent arrêt, je rappelle que, dans *Aucoin*, un policier avait intercepté un jeune conducteur, parce que la plaque d'immatriculation du véhicule qu'il conduisait correspondait à un autre véhicule. Le jeune homme avait échoué à un test de détection routier et l'agent avait décidé de faire remorquer son véhicule à la fourrière et de lui donner une contravention pour une infraction à la *Motor Vehicle Act*. Craignant que M. Aucoin pût se fondre dans la foule tout près, le policier avait décidé de le confiner à la banquette arrière de la voiture de police pendant qu'il remplissait la contravention. Le policier avait d'abord effectué une fouille par palpation après avoir demandé, et obtenu, la permission de M. Aucoin. Il avait senti la présence de quelque chose de mou dans la poche du pantalon de M. Aucoin et, lorsqu'il lui avait demandé ce que c'était, celui-ci avait répondu que c'était de l'ecstasy. M. Aucoin a été arrêté et fouillé davantage. Le policier a trouvé dans ses poches de la cocaïne et des pilules. Il est convenu que l'une des questions principales avait trait à la légalité de la détention du conducteur sur la banquette arrière du véhicule de police, pour des raisons de sécurité, pendant l'établissement de la contravention par l'agent en application de la *Motor Vehicle Act* (par. 80 à 87).

[15] La Cour a indiqué clairement qu'une détention, pour être légale, doit en tout premier lieu être « raisonnablement nécessaire » *eu égard à l'ensemble des circonstances*, et elle a renvoyé aux facteurs qu'il faut prendre en considération, énoncés par la juge Abella dans *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725.

[16] Ici, le juge du procès a cité le par. 35 d'*Aucoin*, où il est question de ces principes. Il ne s'est toutefois pas posé les questions les plus pertinentes en matière de « nécessité raisonnable », questions dont la Cour traite après le par. 35 dans *Aucoin* :

L'agent Burke savait qu'avant de confiner l'appelant à l'arrière de la voiture de police, il allait effectuer une fouille par palpation pour assurer sa sécurité et celle de l'appelant. Il voulait confiner l'appelant pour l'empêcher de s'en aller et se perdre dans la foule. La juge du procès a accepté la preuve de l'agent sur ce point. Il était tard le soir, il y avait beaucoup de monde dans la rue, et l'appelant ne pouvait plus regagner son véhicule.

J'accepte, comme la juge du procès, que l'agent Burke craignait que l'appelant lui fausse compagnie. J'estime toutefois que dans le contexte de cette affaire, pour qu'il ait été justifié de confiner l'appelant sur la banquette arrière de la voiture de police – sachant que cela supposait également une fouille par palpation – il fallait qu'une telle forme de détention de l'appelant soit raisonnablement nécessaire. Autrement dit, il faut se demander si l'agent Burke disposait de moyens raisonnables autres que la détention pour empêcher que ne se matérialise sa crainte de voir l'appelant se fondre dans la foule. S'il existait d'autres moyens raisonnables de prévenir une fuite de l'appelant, on ne pourrait pas alors affirmer qu'il était raisonnablement nécessaire de le détenir dans la voiture de police, et cette détention aurait constitué une détention arbitraire au sens de l'art. 9 de la Charte : Clayton, par. 20.

Sans critiquer après coup la conduite des policiers et reconnaissant que ceux-ci doivent souvent prendre des décisions instantanément dans des situations fluctuantes et potentiellement dangereuses, je suis toutefois d'avis que les mesures prises par l'agent Burke, bien qu'il ait été de bonne foi, n'étaient pas raisonnablement nécessaires.

Je dois dire, en toute justice pour la juge du procès, que la question à trancher ne lui a pas été soumise en ces termes. Je crois toutefois que si elle avait appliqué le bon critère, elle aurait conclu que l'élément de « nécessité » faisait défaut dans les circonstances.

Bien que d'autres exemples puissent exister, je relève à cet égard que deux policiers sont arrivés sur les lieux pendant que l'agent Burke fouillait l'appelant. J'en déduis que du renfort se trouvait à proximité, ce que l'agent aurait aisément pu vérifier. S'il l'avait fait, il aurait pu attendre quelques minutes de plus pour remplir les formalités sans

empiéter sur le droit de l'appelant de reprendre sa liberté aussitôt que possible.

Or, je tiens à signaler qu'un autre fondement factuel aurait pu mener à une conclusion de nécessité raisonnable. Et si telle conclusion s'imposait, je ne souscris pas à l'avis des juges minoritaires selon lequel « la balance ne penchera généralement pas en faveur » du confinement d'un détenu à l'arrière d'une voiture de police (par. 86). Dans le contexte d'une simple infraction au code de la route, je reconnais qu'il sera rarement raisonnablement nécessaire de confiner un automobiliste à l'arrière d'un véhicule de police. Mais lorsqu'existe [*sic*] une nécessité raisonnable, aucune autre mise en balance n'est exigée.

Dans ce cas-ci, l'agent Burke a choisi de confiner l'appelant à l'arrière de la voiture de police et de le soumettre auparavant à une fouille par palpation. N'eût été cette décision, il n'y aurait pas eu de fouille par palpation. Parce que la détention de l'appelant à l'arrière de la voiture de police aurait constitué une détention illégale – puisque l'agent Burke disposait d'autres moyens raisonnables d'empêcher l'appelant de déguerpir – la détention ne saurait fonder en droit une fouille sans mandat : *Collins*, p. 278. Par conséquent, la fouille par palpation était abusive au sens de l'art. 8 et constituait une atteinte au droit de l'appelant d'être protégé contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par la *Charte*. Avec égards, la conclusion contraire de la juge du procès et des juges majoritaires de la Cour d'appel est erronée. [Par. 38 à 44]

[Je souligne.]

[17] Je dois dire, en toute justice pour le juge du procès, que la question de la « nécessité raisonnable » ne lui a pas été soumise du point de vue de l'existence, pour l'agent, de moyens raisonnables autres que ceux pris par lui afin de parer aux craintes que le couteau suscitait sur le plan de la sécurité (comme la question n'avait pas été soumise en ces termes à la juge du procès dans *Aucoin*). Je suis convaincu que le juge du procès, si la question appropriée lui avait été posée et qu'il y eût donné réponse, aurait conclu que l'élément de « nécessité » du critère faisait défaut.

[18] À ce propos, j'ai fait état, au par. 4 du présent arrêt, de bon nombre de circonstances pertinentes (différentes de celles dont le juge du procès a fait mention) se dégageant du témoignage de l'agent ayant procédé à l'arrestation. L'appelant a été détenu, au départ, pour des infractions à la *Loi sur les véhicules à moteur* et à la *Loi sur la réglementation des alcools*. Sa conduite n'était pas menaçante. À l'instant même où il est devenu évident que l'appelant ne pouvait produire les pièces voulues, l'agent savait que le véhicule serait mis en fourrière. Il a demandé le soutien d'une autre unité. On lui a indiqué qu'il le recevrait quelques minutes plus tard.

[19] Étant donné ces circonstances, des questions manifestes se posent. Par exemple, pourquoi fallait-il précipiter cette détention, alors que, autant que le sût le policier, une seconde unité devait arriver dans les prochaines minutes? Une attente brève jusqu'à l'arrivée de la seconde unité, durant laquelle l'appelant aurait été détenu dans son propre véhicule sous le regard vigilant de l'agent, n'aurait pas empiété sur le droit de l'appelant de reprendre sa liberté aussitôt que possible. Une attente de quelques minutes n'aurait pas nécessairement, non plus, compromis la sécurité du policier. Qu'est-ce qui l'empêchait de demander à l'appelant de lui remettre les clés du véhicule? Après tout, il n'était certainement pas question de permettre à l'appelant, qui ne pouvait produire les documents requis, de reprendre la route. Aurait-il été déraisonnablement risqué pour l'agent de demander à l'appelant de lui remettre avec précaution le couteau de chasse engainé? Enfin, est-il irréaliste de penser que l'arrivée d'autres agents sur les lieux aurait écarté la nécessité d'une détention dans le véhicule de police et qu'elle n'aurait pas mis en péril l'enquête en cours pour infraction aux deux lois provinciales?

[20] À mon respectueux avis, les réponses évidentes qu'il faut donner à ces questions montrent que l'agent aurait pu parer à ses craintes, sur le plan de la sécurité, par des mesures qui ne seraient certainement pas allées jusqu'à la détention draconienne imposée à l'appelant.

[21] L'action par laquelle l'agent a détenu l'appelant, mains menottées, à l'arrière du véhicule de police n'était pas raisonnablement nécessaire, et le juge du procès, pour arriver à la conclusion inverse, n'a pas appliqué de façon appropriée le

critère de « nécessité ». J'estime que l'application erronée du critère de « nécessité » fait intervenir une question de droit, qui n'exige pas de notre Cour qu'elle fasse montre de déférence.

[22] Subsidiairement, s'il s'agissait d'une question mixte de droit et de fait et que notre Cour fût tenue à la déférence, son intervention n'en serait pas moins justifiée, du fait que le juge du procès a mal interprété, de façon importante, la preuve relative aux questions en litige (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

[23] Le fardeau échoyait à l'appelant d'établir par prépondérance de la preuve que sa détention dans le véhicule de police était arbitraire. Je suis d'avis qu'il s'est acquitté de ce fardeau. La détention dans le véhicule de police était illégale et elle violait le droit que l'art. 9 garantit à l'appelant d'être protégé contre la détention arbitraire.

B. *Légalité ou caractère raisonnable de la fouille du véhicule, y compris du sac de toile*

[24] L'appel a surtout porté sur cette question.

[25] Les parties conviennent que l'appelant avait, à l'égard du véhicule comme du sac de toile, droit au respect de la vie privée, et que la fouille a été réalisée sans autorisation préalable sous forme de mandat. Pour ce qui est de la nature du droit au respect de la vie privée associé au véhicule, on pourra se reporter à *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, [1992] A.C.S. n° 16 (QL), par. 6.

[26] Les parties conviennent également que, une fois constatée l'attente raisonnable qu'avait l'appelant en matière de respect de la vie privée (encore que cette attente soit « nettement moindre », ici, que dans le cas d'un domicile ou d'un bureau), l'art. 8 de la *Charte* entre en jeu. L'étape suivante appelle à déterminer si la perquisition, la fouille ou la saisie était abusive. Sur ce point, le juge du procès s'est reporté à l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, [1987] A.C.S. n° 15 (QL), p. 278. La Cour suprême y a déclaré ce qui suit : « Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si

la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. ».

[27] La première question à laquelle la Cour doit répondre est celle-ci : la fouille du véhicule et du sac de toile était-elle « autorisée » par la common law ou par une loi?

[28] L'appelant soutient que le juge du procès [TRADUCTION] « semble avoir assimilé le pouvoir que confère la détention aux fins d'enquête, qui autorise uniquement les fouilles menées pour la protection de la sécurité personnelle, au pouvoir de fouille d'une 'arrestation', qui habilite à rechercher des éléments de preuve également [...] Aucune des décisions portant sur la 'détention aux fins d'enquête' ne semble admettre une fouille à la recherche de preuve ».

[29] L'intimée s'appuie sur *Nolet* et sur les dispositions pertinentes de notre propre *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1, notamment sur les dispositions de son art. 135 et d'autres articles encadrant les saisies et les perquisitions. Il me paraît utile de citer les dispositions se rapportant aux perquisitions sans mandat :

135(1) A peace officer may search, without warrant, any vehicle or container if the peace officer believes, on reasonable and probable grounds, that there is in or upon the vehicle or container an item of evidence and that it is impracticable in the circumstances to obtain a search warrant.

135(1) Un agent de la paix peut perquisitionner sans mandat un véhicule ou un contenant si l'agent de la paix a des motifs raisonnables et probables de croire qu'il existe à l'intérieur du véhicule ou du contenant ou sur le véhicule ou sur le contenant un élément de preuve et qu'il est impraticable dans les circonstances d'obtenir un mandat de perquisition.

[...]

[...]

136(1) A peace officer may seize

136(1) Un agent de la paix peut saisir

(a) any item of evidence the peace officer finds during a lawful search,

a) un élément de preuve qu'il trouve au cours d'une perquisition légale,

(b) any item of evidence found in plain

b) un élément de preuve trouvé bien en vue

view in a place where the peace officer lawfully is, and

dans un endroit où l'agent de la paix se trouve légalement, et

(c) any weapon or any implement that could be used to effect an escape that the peace officer finds during a search under subsection 133(2).

c) toute arme ou instrument au moyen duquel une personne peut s'échapper que l'agent de la paix trouve au cours d'une perquisition en vertu du paragraphe 133(2).

[...]

[...]

137 A peace officer has no power to search any person, place, vehicle or container for an item of evidence except

137 Un agent de la paix n'a pas de pouvoir de fouille sur une personne, de perquisition à l'égard d'un endroit, d'un véhicule ou d'un contenant, pour un élément de preuve sauf

(a) the powers given under this Act,

a) les pouvoirs accordés en vertu de la présente loi,

(b) the powers given by any other Act which authorizes a search to be carried out in accordance with this Act, and

b) les pouvoirs accordés par toute autre Loi qui autorise qu'une saisie soit effectuée conformément à la présente loi, et

[...]

[...]

(d) any powers given by common law or statute in relation to persons lawfully detained or held in lawful custody.

d) les pouvoirs accordés par la *common law* ou statutaires relativement aux personnes légalement détenues ou détenues sous garde légale.

138(1) A peace officer who has reasonable and probable grounds to believe that there is an item of evidence in or upon any place, container or vehicle may apply to a judge for a search warrant.

138(1) Un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'il existe un élément de preuve dans un endroit, dans ou sur un contenant ou dans ou sur un véhicule peut faire une demande à un juge pour l'obtention d'un mandat de perquisition.

138(2) An application for a search warrant shall be made, on oath or solemn affirmation,

138(2) Une demande pour obtenir un mandat de perquisition doit être faite sous serment ou par affirmation solennelle

(a) in person, or

a) en personne, ou

(b) by telephone or other means of telecommunication, to a judge designated by the chief judge, where the application is

b) lorsqu'il est impraticable pour l'agent de la paix de se présenter en personne devant un juge, et lorsque la demande est faite

made in relation to a prescribed offence and it is impracticable for the peace officer to appear before a judge in person. [Note: offences under the *Liquor Control Act*, such as unlawful possession of liquor, are prescribed offences: N.B. Reg. 91-50, s. 12(c)]

relativement à une infraction prescrite, par téléphone ou par un autre moyen de télécommunication, à un juge désigné par le juge en chef. [Remarque : Les infractions à la *Loi sur la réglementation des alcools*, comme la possession illégale de boissons alcooliques, sont des infractions prescrites, voir al. 12c) du Règlement du N.-B. 91-50.]

138(3) Where an application is made under paragraph (2)(b), the judge may administer the oath or solemn affirmation by telephone or other means of telecommunication.

138(3) Lorsqu'une demande est faite en vertu de l'alinéa (2)b), le juge peut recevoir le serment ou l'affirmation solennelle par téléphone ou par un autre moyen de communication.

[DÉFINITIONS]

[DÉFINITIONS]

“item of evidence” means anything that a peace officer believes, on reasonable and probable grounds, may provide evidence of the commission of an offence;

« arme » s'entend également d'une chose par laquelle une personne peut se blesser ou blesser une autre personne;

“offence” means an offence created by an Act or by any regulation or by-law made under an Act;

« élément de preuve » désigne toute chose pour laquelle un agent de la paix a des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle peut fournir une preuve de la perpétration d'une infraction;

“weapon” includes any thing by which a person may cause harm to himself or herself or to another person[.]

« infraction » désigne une infraction créée par une Loi de la Législature ou par tout règlement ou arrêté établi en vertu d'une Loi[.]

C. *Pouvoir de fouille accessoire à une détention légale aux fins d'enquête reconnu en common law*

[30] Dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, la Cour a défini le pouvoir de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête reconnu par la common law :

En résumé, comme il a été expliqué plus tôt, les policiers peuvent détenir une personne aux fins d'enquête s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée

dans un crime donné et qu'il est nécessaire de la détenir. En outre, le policier qui possède des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée peut soumettre la personne qu'il détient à une fouille par palpation préventive. Tant la détention que la fouille par palpation doivent être effectuées de manière non abusive. À cet égard, je souligne que les détentions effectuées aux fins d'enquête doivent être brèves et que les personnes détenues n'ont pas l'obligation de répondre aux questions du policier. Il convient de distinguer les détentions aux fins d'enquête ainsi que le pouvoir de fouille préventive y afférent des arrestations et du pouvoir de fouille y afférent, situation qui ne se présente pas en l'espèce. [Par. 45]

[31] Le pouvoir de fouille restreint que confère une détention aux fins d'enquête diffère des pouvoirs de fouille accessoires à une arrestation, laquelle autorise une fouille dont les trois objectifs principaux sont d'assurer la sécurité des policiers et du public, d'empêcher la destruction d'éléments de preuve et de découvrir des éléments de preuve qui pourront être utilisés contre l'accusé (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, [1990] A.C.S. n° 10 (QL), p. 186, *Mitchell c. R.*, 2005 NBCA 104, 295 R.N.-B. (2^e) 251, par. 12, et *Tontarelli c. R.*, 2009 NBCA 52, 348 R.N.-B. (2^e) 41).

[32] Il apparaît donc que les pouvoirs de fouille accessoires à une détention légale *reconnus en common law*, qui n'habilitent qu'à parer à des craintes en matière de sécurité, ne permettent pas la recherche d'éléments de preuve associés aux motifs de la détention.

[33] Sur ce point, la mise en garde formulée par le juge d'appel Sharpe dans *R. c. Plummer*, 2011 ONCA 350, [2011] O.J. No. 2034 (QL), est à propos. Dans cette affaire, la fouille d'une personne par palpation avait révélé qu'elle portait un gilet pare-balles. L'agent qui procédait à l'enquête disposait aussi de renseignements indiquant qu'elle pouvait être en possession d'une arme :

[TRADUCTION]

La fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête est définie par les préoccupations immédiates que la sécurité du policier suscite, et ne répond qu'à ces préoccupations.

Une différence importante apparaît donc entre la fouille préventive strictement limitée, d'objectif précis, qui peut accompagner une détention aux fins d'enquête, et le pouvoir de fouille plus vaste qui s'ensuit d'une arrestation légale. Il est nécessaire de maintenir cette distinction et de circonscrire par de strictes limites l'étendue de la fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête. La police, ici, n'a pas arrêté l'appelant, vraisemblablement parce qu'elle ne croyait pas disposer de motifs qui auraient justifié une arrestation. Comme l'appelant le fait remarquer, il existe une tendance naturelle à assouplir une règle étroite pour que la conduite policière contestée se trouve sanctionnée, puisque la cause portée devant les tribunaux est toujours une affaire où la fouille a produit une arme ou quelque autre élément de preuve intéressant. Cette tendance doit être combattue par les tribunaux.

Par contre, étant donné les faits auxquels le juge du procès a conclu, je conviens qu'un léger élargissement de la fouille par palpation avalisée dans *Mann* était justifié ici. Si les agents avaient à ce moment-là la maîtrise de l'appelant, la situation n'en demeurait pas moins fluctuante. Les gestes antérieurs de l'appelant, qui avait paru cacher quelque chose dans le véhicule, joints à l'alerte de sécurité policière qui prévenait qu'il pourrait avoir une arme à feu, laissaient craindre sérieusement qu'il ait à portée de la main une arme qu'il pourrait utiliser si les agents se contentaient de le relâcher et de s'en retourner à leur véhicule.

Vu les faits de l'espèce, je conviens que les agents, pour voir à leur sécurité immédiate, étaient en droit de procéder à la fouille du sac qui se trouvait dans la voiture, en tant que fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête. S'il est vrai que cette fouille représente un léger élargissement de la fouille préventive par palpation de l'arrêt *R. c. Mann*, elle demeure strictement motivée par les considérations de sécurité policière immédiate qui sous-tendent *Mann*.

Je soulignerai cependant que cette décision ne doit pas être interprétée comme une carte blanche, laissée à la police, ouvrant grande la voie aux fouilles de sacs ou de véhicules accessoires à une détention aux fins d'enquête. Pareille fouille exige une preuve satisfaisante de craintes sérieuses pour la sécurité policière qui nécessitent quelque chose de plus que la fouille par palpation initiale. [Par. 76 à 79]

[34] Il est clair en l'espèce que l'agent n'avait pas, en common law, le pouvoir de fouiller le véhicule ou le sac de toile à la recherche d'éléments de preuve indicatifs d'infractions à la *Loi sur la réglementation des alcools*.

[35] La seconde raison que l'agent a avancée pour la fouille du sac de toile est la recherche, par souci de sécurité, d'autres armes. Il est difficile de comprendre les considérations de sécurité invoquées. Après tout, il ne disposait pas de renseignements sur l'appelant susceptibles d'éveiller des craintes sur ce plan. Le couteau était rangé de manière appropriée, en lieu sûr, et un second véhicule de police devait arriver dans les prochaines minutes. Et surtout, l'appelant se trouvait assis dans la voiture de police, menotté, lorsque l'agent a décidé d'ouvrir le sac de toile pour y chercher des récipients de boisson alcoolique ouverts ou d'autres armes, et son véhicule attendait d'être mis en fourrière. Dans les circonstances, affirmer que l'agent craignait à juste titre pour sa sécurité ou pour celle du public va contre le sens commun.

[36] À mon avis, il est clair que le pouvoir de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête *reconnu en common law* ne permettait pas au policier de fouiller le sac de toile et d'en saisir le contenu.

[37] Rien ne sert de traiter de la marijuana trouvée sous le siège du conducteur, puisque la fouille qui a conduit à sa saisie a été provoquée par la découverte de drogue dans le sac de toile. Nous verrons que la fouille du sac de toile menée sur le fondement d'un *pouvoir d'origine législative* n'était pas un exercice légal de ce pouvoir.

D. *Pouvoir de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête reconnu par une loi*

[38] L'article 135 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales* ne distingue pas la détention et l'arrestation lorsqu'il définit les pouvoirs de perquisition d'un véhicule ou d'un contenant. Il ne limite pas non plus la fouille aux cas où des considérations de sécurité interviennent, limite applicable en common law lors de

détentions aux fins d'enquête. En ce sens, le pouvoir de fouille que confère la loi est plus vaste que le pouvoir reconnu en common law.

[39] Si l'art. 135 n'impose pas les limites axées sur des considérations de sécurité définies dans *Mann*, il circonscrit néanmoins par deux limites importantes le pouvoir de perquisitionner à la recherche de preuve indicative d'une infraction à une loi provinciale. Parce que la perquisition est une perquisition sans mandat, elle est présumée abusive et le ministère public est tenu de réfuter cette présomption en établissant par prépondérance de la preuve : (a) que l'agent avait des motifs raisonnables et probables de croire « qu'il exist[ait] à l'intérieur du véhicule ou du contenant ou sur le véhicule ou sur le contenant un élément de preuve », et (b) qu'il était « impraticable dans les circonstances d'obtenir un mandat de perquisition ».

[40] Suivant le ministère public, la preuve établit que le policier avait des motifs raisonnables et probables de croire, vu la bouteille de vin ouverte aperçue derrière le siège du conducteur, que le sac de toile contenait des éléments de preuve qui consisteraient en d'autres bouteilles ouvertes de boisson alcoolique. Or, les propres déclarations de l'agent sur ce point n'appuient tout simplement pas les prétentions du ministère public. Au contraire, il se dégage de ses réponses que l'agent estimait avoir le droit de perquisitionner le véhicule sans mandat, parce qu'il était « possible » que la perquisition le conduise à d'autres bouteilles ouvertes de boisson alcoolique ou à d'autres armes :

[TRADUCTION]

Q. Bien. Vous attendiez-vous à trouver des boissons alcooliques dans ce sac noir?

R. Ouais, il aurait pu y en avoir. Nous trouvons sans arrêt de l'alcool dans des sacs.

Q. Mais, vous attendiez-vous à en trouver?

R. Ouais.

Q. Vous vous attendiez à trouver des boissons alcooliques dans ce sac noir?

R. N'ai-je pas déjà répondu oui deux fois, précisément à cette question?

Q. Lui avez-vous jamais demandé son consentement à fouiller le véhicule?

R. Non, je n'en avais pas besoin.

Q. Avez-vous jamais songé à obtenir un mandat pour perquisitionner le véhicule?

R. Je n'en avais pas besoin.

Q. Vous n'en aviez pas besoin?

R. Non.

Q. Pourquoi?

R. Parce que la *Loi sur la réglementation des alcools* me donnait le droit de perquisitionner le véhicule à la recherche des récipients de boisson alcoolique ouverts et que j'avais le droit de perquisitionner le véhicule à la recherche d'armes à ce moment-là.

Si je crois qu'il est possible qu'il y ait de l'alcool dans ce sac, oui je l'ai. [Transcription, 4 janvier 2013, p. 76 et 77]

[41] Je suis d'avis que le témoignage précité n'établit pas que l'agent avait des motifs raisonnables et probables de croire qu'il trouverait dans le véhicule ou dans un contenant une preuve indicative d'une infraction à la *Loi sur la réglementation des alcools*.

[42] Le juge du procès ne s'est pas penché sur l'incidence de l'art. 135 en soi, mais il s'est bel et bien reporté à l'arrêt *Nolet*. J'estime toutefois que l'énoncé de principes sur lequel le juge s'est appuyé pour conclure que la fouille du sac de toile était [TRADUCTION] « valide et justifiée » s'applique, non pas à la fouille accessoire à une

détention aux fins d'enquête, mais à la fouille accessoire à une arrestation, qui autorise la recherche d'éléments de preuve associés aux motifs de l'arrestation légale (voir le par. 5 du présent arrêt, où les observations du juge du procès sont reproduites).

[43] Il importe de clarifier ce qui s'est produit dans *Nolet* pour que soient bien comprises les raisons fondamentales de l'illégalité de la fouille du véhicule, y compris du sac de toile, en l'espèce.

[44] Dans *Nolet*, les deux accusés circulaient dans un semi-remorque sur une route de la Saskatchewan. L'immobilisation du camion avait été ordonnée par un agent de la GRC qui effectuait un contrôle routier aléatoire en application d'une loi de la province, *The Highways and Transportation Act, 1997*, S.S. 1997, ch. H-3.01. Cette loi de réglementation autorise, à certaines conditions, la fouille d'un véhicule commercial et d'une remorque à la recherche d'éléments de preuve indicatifs d'infractions à ses dispositions. Le policier a constaté des irrégularités et des infractions manifestes à la loi applicable dans les documents. Il a poursuivi son enquête dans le but de trouver d'autres éléments de preuve qui dénoteraient des infractions à la *Loi*. Pendant qu'il cherchait ces nouveaux éléments, les accusés étaient détenus. L'agent est tombé sur un sac de toile, derrière un siège du camion. Parce qu'il était à la recherche de documents à l'égard d'infractions à la loi de réglementation, il a tâté le sac de toile avant de l'ouvrir. Comme un crépitement de papier se faisait entendre, l'agent a ouvert le sac en présumant qu'il contenait de vieux journaux de bord ou des documents relatifs aux déplacements. Le sac renfermait 115 000 \$ en petites coupures réunies en liasses, caractéristiques du trafic de stupéfiants. Les accusés, détenus aux fins d'enquête jusque-là, ont été arrêtés pour possession de produits de la criminalité. Une fouille accessoire à l'arrestation, menée par la suite, a révélé dans la remorque un compartiment caché contenant une grande quantité de drogues, d'une valeur de plus d'un million de dollars.

[45] La fouille qui a conduit à la découverte de l'argent dans le sac de toile, dans *Nolet*, s'est déroulée pendant que les accusés étaient retenus légalement dans le cadre d'une détention aux fins d'enquête, alors que la découverte ultérieure de drogues

dans le compartiment secret de la remorque est survenue par suite d'une fouille accessoire à une arrestation légale.

[46] Les dispositions de la *The Highways and Transportation Act, 1997*, S.S. 1997, ch. H-3.01, qui ont permis à l'agent d'ouvrir le sac de toile, dans *Nolet*, sont comparables, encore qu'un peu plus larges qu'elles, aux dispositions des art. 135 et 136 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*. Le texte en est le suivant :

[TRADUCTION]

63 [...]

(5) L'agent de la paix ou la personne désignée par le ministre qui a des motifs raisonnables de croire qu'un véhicule est utilisé en contravention [...] d'un règlement d'application des sous-alinéas 69(1)v) à oo), peut :

- a) demander ou faire signe à la personne qui conduit le véhicule ou qui en a la charge d'immobiliser le véhicule;
- b) fouiller le véhicule afin de chercher des éléments de preuve relatifs à une infraction;
- c) saisir tout ce qui pourrait constituer un élément de preuve relatif à une infraction.

[La Cour suprême souligne.]

[47] Dans *Nolet*, l'agent avait trouvé en très peu de temps, après le début de son enquête, des éléments de preuve indicatifs de plusieurs infractions à la *The Highways and Transportation Act*. La Cour a dépeint la situation en ces termes :

Le paragraphe 32(1) de la *Motor Carrier Act* autorise l'agent de la paix à [TRADUCTION] « ordonner au conducteur ou au propriétaire d'un véhicule de soumettre le véhicule [...] ou le chargement du véhicule à tout examen ou test jugé nécessaire par l'agent de la paix ». Dans le même ordre d'idées, le par. 63(5) de la *H&TA* prévoit que

si un agent de la paix [TRADUCTION] « a des motifs raisonnables de croire qu'un véhicule est utilisé en contravention » de dispositions réglementaires, il peut fouiller sans mandat [TRADUCTION] « le véhicule afin de chercher des éléments de preuve relatifs à une infraction » et [TRADUCTION] « saisir tout ce qui pourrait constituer un élément de preuve relatif à une infraction ». L'« infraction » dont il est alors question renvoie bien sûr aux dispositions de la *H&TA* régissant les marques ou étiquettes que doivent porter diverses parties d'un véhicule ou de son chargement; le contenu du journal de bord du chauffeur et la façon dont il doit être tenu et conservé; le nombre d'heures pendant lesquelles un chauffeur peut être de service ou au volant; les catégories ou types de véhicules pour lesquels un rapport d'inspection doit être rempli (par. 69(1)).

Le pouvoir de fouille et de saisie institué par The Highways and Transportation Act a été invoqué à juste titre

Il ne fait pas de doute qu'après l'interception initiale, l'agent a rapidement trouvé des motifs raisonnables de croire que les appelants utilisaient le camion en contravention de la *H&TA*, vu l'absence d'immatriculation valide dans la province, la présence d'une vignette relative au carburant expirée et l'incohérence des inscriptions dans le journal de bord du chauffeur. Lorsque l'agent a commencé à s'intéresser à la cabine du tracteur, il avait parfaitement le droit, en vertu des pouvoirs que lui conférait la loi, de chercher d'autres éléments de preuve relatifs à des infractions à la *H&TA*.

Étant donné ces circonstances, la poursuite de la détention des appelants n'était pas arbitraire et la fouille du semi-remorque pour y rechercher des documents pertinents était autorisée par l'al. 63(5)*b*). Ces mesures n'étaient pas abusives, du moins au début. [Par. 27 à 29]

[48] La Cour a expliqué par la suite l'importance de la distinction à faire entre le pouvoir que la loi confère à l'agent de chercher des éléments de preuve s'il a des « motifs raisonnables de croire » que des infractions à la réglementation sont commises (suivant la disposition législative pertinente) et la manière dont le pouvoir est exercé. Elle

a indiqué comment le pouvoir de fouille légal peut contrevenir à l'art. 8 de la *Charte* s'il est exercé abusivement, eu égard aux principes de *Collins* :

Il faut se demander, premièrement, si l'agent de police, en poursuivant la fouille, a outrepassé le pouvoir que lui conférait le par. 63(5) lorsqu'il a commencé à avoir des soupçons. La deuxième question à trancher est celle de savoir si ce que l'agent a fait était abusif étant donné les droits relatifs à la vie privée garantis par la *Charte* aux accusés dans la zone couchette de la cabine, même si le par. 63(5) lui donnait le pouvoir de vérifier le respect de la *réglementation*. Le fondement légal de la fouille et le caractère raisonnable de celle-ci constituent deux questions distinctes.

[...]

Je pense comme la juge Wilkinson qu'il ne s'agit pas de [TRADUCTION] « déterminer quel objectif est prédominant ou subordonné » (par. 85). *Dès lors qu'un objectif réglementaire continue à justifier l'exercice du pouvoir réglementaire*, il s'agit plutôt de savoir si la fouille du sac de toile par l'agent a porté atteinte aux attentes raisonnables des appelants en matière de vie privée. Or, tel n'est pas le cas à mon avis au regard de la totalité des circonstances, compte tenu de la façon dont elles avaient évolué au moment où la fouille a été effectuée. [L'italique est de moi.]

[...]

La juge de première instance n'a exprimé aucun doute au sujet du témoignage de l'agent quant au fait que des documents utiles étaient souvent dispersés dans la cabine, souvent rassemblés dans un sac semblable à celui dont il est question en l'espèce, et que lorsqu'il a [TRADUCTION] « exercé une pression sur le sac de toile, [il] a senti et entendu qu'il y avait des articles en papier à l'intérieur » (d.a., vol. 2, p. 181). En d'autres mots, l'agent n'a pas procédé à l'ouverture du sac immédiatement, *sans faire une évaluation préliminaire de la possibilité qu'il soit pertinent à la fouille fondée sur l'application de la réglementation*. Les articles en papier se trouvant dans le sac semblaient davantage consister dans des objets reliés à l'investigation fondée sur la *H&TA* que si le contenu avait semblé solide,

ce qui aurait pu indiquer la présence de vêtements personnels (ou de stupéfiants). Dans les circonstances, l'ouverture du sac par l'agent n'était pas abusive, étant donné le droit très limité des appelants en matière de respect de la vie privée. À ce moment, l'argent liquide était bien en vue. [L'italique est de moi.]

[...]

En résumé, le ministère public a établi selon la prépondérance des probabilités que la fouille sans mandat était permise par le par. 63(5) de la *H&TA*, le caractère raisonnable de la loi elle-même n'est pas contesté et la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. Les conditions décrites dans *Collins* sont par conséquent remplies. [Par. 34, 41, 44 et 46]

[49] Dans *Nolet*, l'agent avait le pouvoir de chercher d'autres éléments de preuve indicatifs d'infractions, sous le régime de la loi applicable, parce qu'il avait des motifs raisonnables de croire que le véhicule était utilisé en contravention des règlements d'application de la loi. Une fois le sac de toile trouvé, il ne l'a pas immédiatement ouvert, malgré qu'il sût par expérience que des papiers pertinents sont souvent rangés dans ce genre de sac. Avant de l'ouvrir, il l'avait tâté et, parce que son contenu crépitait comme du papier, il avait présumé raisonnablement que le sac pourrait contenir des éléments de preuve indicatifs d'infractions à la réglementation. En fait, le sac contenait beaucoup d'argent, dont l'arrangement en liasses s'accordait avec la possession de produits de la criminalité. Un objectif réglementaire pertinent continuait de motiver la fouille au moment de l'ouverture du sac. Vu l'attente limitée en matière de vie privée, la fouille n'était pas abusive et satisfaisait aux exigences de *Collins*.

[50] J'ai déjà conclu que le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau d'établir que l'agent avait des motifs raisonnables et probables de croire que des éléments de preuve consistant en des « récipients de boisson alcoolique ouverts » seraient trouvés dans le sac de toile. Même si l'on suppose à l'agent l'expérience de la découverte de récipients ouverts de boisson alcoolique dans ce genre de sac, son défaut de prendre des mesures pour déterminer si la fouille du sac aurait le moindre lien avec l'objectif

réglementaire immédiat de son intervention, ou la moindre pertinence au regard de cet objectif, teinte la fouille d'abus et la vicié, étant donné l'attente qu'avait l'appelant, encore qu'elle ait été limitée, en matière de vie privée. Tout cela présuppose, en outre, que la présence de « récipients de boisson alcoolique ouverts » dans un sac de toile déposé sur le plancher, devant le siège du passager, est une infraction à la *Loi sur la réglementation de l'alcool*. Il y aurait là matière à débat vigoureux (le par. 41(4) de la *Loi sur la réglementation des alcools* semble interdire la possession d'un « récipient de boisson alcoolique ouvert » dans un véhicule, sauf s'il est « porté ou transporté dans [les] bagages [du voyageur] avec ses vêtements et autres articles de voyage »).

[51] Enfin, le ministère public avait en l'instance à surmonter en preuve un autre obstacle, que les dispositions qui entraient en jeu dans *Nolet* ne suscitaient pas. Outre qu'il lui fallait démontrer que l'agent avait des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve indicatifs d'infractions à la réglementation seraient trouvés, le ministère public devait établir qu'il était impraticable de demander un mandat, y compris de le demander par téléphone comme le prévoit l'al. 138(2)b) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*. Rien dans la preuve n'indiquait que la Province fût dotée du système nécessaire, lequel doit pourtant exister pour que les dispositions de saisie et de perquisition de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales* aient tout leur sens. Le droit de perquisitionner, ou de fouiller, à la recherche d'autres éléments de preuve indicatifs d'infractions à la réglementation d'une loi provinciale n'est acquis que s'il est prouvé que ces deux exigences (croyance raisonnable et impraticabilité) sont remplies.

[52] À mon sens, le ministère public ne s'est pas déchargé du fardeau de démontrer que les exigences de l'art. 135 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales* étaient remplies, et la fouille du sac de toile était abusive. La saisie de la cocaïne et des accessoires du trafic de drogue mis au jour par la fouille du sac de toile, ainsi que la saisie de la marijuana trouvée dans le véhicule à la suite de la fouille du sac, étaient illégales et violaient les droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à l'appelant. L'arrestation ultérieure de l'appelant est par conséquent illégale, tout comme

est illégale la saisie d'éléments de preuve trouvés lors de la fouille accessoire à cette arrestation.

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

[53] Comme le précise un aperçu de la nouvelle méthode adoptée, aux par. 67 à 70 de *R c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, le par. 24(2) ne vise, ni à punir l'inconduite policière, ni à dédommager l'accusé. Il vise à maintenir le principe de la primauté du droit et les valeurs de la *Charte*. Son objet, prospectif et sociétal, est axé sur le long terme. Le regard se porte davantage sur l'incidence future que risque d'avoir l'admission de la preuve obtenue en violation de droits protégés, que sur l'affaire en cause. Cette méthode est celle qui doit guider le tribunal lorsque des droits protégés par la *Charte* ont été violés et qu'il se demande si des éléments de preuve doivent être écartés du fait que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[54] Pour déterminer s'il doit écarter les éléments de preuve, le tribunal doit évaluer et mettre en balance l'effet que leur utilisation aurait et la confiance de la société envers le système de justice, en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État; (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*; (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond (*Grant*, par. 71).

[55] Pour ce qui est de la gravité de la conduite attentatoire, plus cette conduite est grave, « plus il est nécessaire que les tribunaux s'en dissocient en excluant les éléments de preuve ainsi acquis, afin de préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et de faire en sorte que l'État s'y conforme » (*Grant*, par. 72). La conduite en cause, ici, était grave. L'agent savait ou aurait dû savoir que d'autres choix s'offraient à lui que le type de détention qu'il a décidé d'imposer. La détention de M. Christie à l'arrière du véhicule de police, mains menottées, n'était pas de mise dans les circonstances et elle constituait une violation grave du droit à la protection contre les détentions arbitraires que la *Charte* garantit à l'appelant.

[56] Mais, il se peut qu'ait été plus grave encore la fouille illégale du véhicule, en particulier du sac de toile, en vertu d'un pouvoir censément conféré par la *Loi sur la réglementation des alcools*, ou sous prétexte de craintes en matière de sécurité qui, tout simplement, heurtent le sens commun. Encore une fois, l'agent savait, ou aurait dû savoir, que l'ouverture du sac de toile exigeait des motifs raisonnables et probables, et qu'il fallait songer à l'obtention d'un mandat de perquisition. J'estime que l'agent a agi au mépris du droit, garanti à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*, de ne pas être astreint à des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives. La gravité de la violation s'accroît si l'on considère le témoignage de l'agent, qui a affirmé croire qu'il pouvait ouvrir le sac de toile sur le seul fondement de la « possibilité » de trouver des « récipients de boisson alcoolique ouverts ». Il est permis d'y voir les signes d'une pratique abusive – pratique qui doit être fermement dénoncée. Utiliser les éléments de preuve serait ouvrir la porte à l'emploi de menottes, voulu par la police alors qu'il ne serait pas raisonnablement nécessaire, pour confiner une personne au siège arrière d'un véhicule de police et pour fouiller personnes ou véhicules sans les motifs exigés par le droit. La confiance du public envers le principe de la primauté du droit pourrait se trouver compromise. Il va sans dire que les constatations auxquelles conduit l'examen de cette question sont favorables à l'exclusion (*Grant*, par. 75).

[57] L'examen de la deuxième question met l'accent sur l'incidence des violations sur les droits que la *Charte* garantit à l'appelant. Malgré que l'attente de l'appelant en matière de vie privée soit moindre, du fait qu'il s'agissait d'une fouille de son véhicule, la Cour suprême a déclaré invariablement, et on ne peut plus clairement, qu'un véhicule à moteur ne saurait constituer une « zone soustraite à l'application de la *Charte* » (*R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, [1997] A.C.S. n° 81 (QL), par. 38, *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, [1992] A.C.S. n° 16 (QL), p. 534, et *R. c. MacKenzie*, [2013] A.C.S. n° 50 (QL), par. 31). La détention de l'appelant dans le véhicule de police, mains menottées, était arbitraire et son incidence sur le droit de l'appelant à la liberté a été considérable. La fouille du véhicule, en particulier du sac de toile, sans les motifs raisonnables requis, a exercé une incidence sur le droit de l'appelant à la protection de sa vie privée. La fouille du sac de toile passait nettement l'étendue des fouilles permises

pour parer à des craintes en matière de sécurité. Vu le nombre de droits garantis par la *Charte* qui se trouvent touchés, et malgré l'attente moindre de l'appelant en matière de vie privée, je conclus que la conduite attentatoire était grave. Les constatations auxquelles conduit l'examen de cette question sont également favorables à l'exclusion.

[58] Enfin, la Cour doit se demander « si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l'utilisation ou par l'exclusion d'éléments de preuve » (*Grant*, par. 79). Il ne fait aucun doute que la preuve recueillie en violation des droits que la *Charte* garantit à l'appelant est à la fois pertinente et fiable. La recherche de vérité, dans le cas présent, serait mieux servie par l'utilisation des éléments de preuve. À l'inverse, leur exclusion signifierait l'effondrement de la poursuite. Les constatations auxquelles conduit l'examen de cette question sont nettement favorables à l'utilisation des éléments de preuve.

[59] L'ensemble des circonstances m'amène à conclure qu'utiliser les éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La raison première tient à la gravité de la conduite de l'agent, qui a certainement agi en violation des droits que les art. 8 et 9 garantissent à l'appelant. Il a eu recours à un type de détention nettement excessif dans les circonstances, alors que de nombreuses autres options s'offraient à lui. Il a également fouillé le sac de toile en l'absence de motifs raisonnables qui auraient permis cette fouille dans le contexte d'une infraction à la *Loi sur la réglementation des alcools*, et en l'absence de craintes légitimes en matière de sécurité. La fouille semblait s'inscrire par ailleurs dans une pratique usuelle de l'agent, qu'il suivait s'il entrevoyait la possibilité de trouver des éléments de preuve indicatifs d'une infraction, sans s'arrêter à l'exigence de motifs raisonnables ou se demander s'il était pratique d'essayer d'obtenir un mandat. À mon sens, la Cour doit se dissocier de cette conduite. Comme la Cour suprême l'a indiqué dans *Grant*, le regard se porte davantage sur l'incidence future que risque d'avoir l'admission de la preuve obtenue en violation de droit protégés, que sur l'affaire en cause.

V. Dispositif

[60] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'écartier les éléments de preuve contestés et d'inscrire un verdict d'acquittement.