

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

30-24-CA

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HUGO BOSSÉ

HUGO BOSSÉ

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. Bossé, 2024 NBCA 138

R. c. Bossé, 2024 NBCA 138

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau  
The Honourable Justice LeBlond  
The Honourable Justice LeBlanc

CORAM :

l'honorable juge Drapeau  
l'honorable juge LeBlond  
l'honorable juge LeBlanc

Appeal from a decision of the Court of King's  
Bench:  
March 1, 2024

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi:  
le 1er mars 2024

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 8, 2024

Appel entendu :  
le 8 octobre 2024

Judgment rendered:  
December 5, 2024

Jugement rendu :  
le 5 décembre 2024

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice LeBlanc

Motifs de jugement :  
l'honorable juge LeBlanc

Concurred in by:  
The Honourable Justice Drapeau  
The Honourable Justice LeBlond

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge Drapeau  
l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Patrick McGuinty

For the respondent:  
Danick Jalbert

THE COURT

Leave to appeal is granted. The appeal is allowed and the trial judge's decision is reinstated.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
Patrick McGuinty

Pour l'intimé :  
Danick Jalbert

LA COUR

L'autorisation d'appel est accordée. L'appel est accueilli et la décision de la juge du procès est rétablie.

Le jugement de la Cour rendu par

LA JUGE LEBLANC

I. Survol

- [1] A la suite d'un procès en Cour provinciale, Hugo Bossé a été déclaré coupable de conduite en état d'ébriété (art. 320.14 du *Code Criminel*). Au procès, M. Bossé a déposé une requête alléguant une violation d'un des droits prévus à l'al. 10b) de la *Charte*, notamment le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. La juge du procès a conclu à une violation de l'al. 10b). Elle a toutefois, après une analyse selon le par. 24(2) de la *Charte*, déterminé que la preuve des résultats des tests éthylométriques était recevable et déclaré M. Bossé coupable.
- [2] M. Bossé a interjeté appel de cette décision à la Cour du Banc du Roi, où il a contesté la recevabilité de la preuve aux termes du par. 24(2) de la *Charte*, alléguant que la juge avait commis une erreur de droit à cet égard. Le juge d'appel en matière de poursuites sommaires a accueilli l'appel et prononcé un acquittement.
- [3] Le procureur général sollicite l'autorisation d'appel en vertu du par. 839(1) du *Code*, faisant valoir que le juge d'appel a erré en concluant que la juge du procès avait tiré des conclusions déraisonnables, dont une conclusion qui l'a conduit à faire sa propre analyse selon le par. 24(2). À titre subsidiaire, le procureur général soutient que le juge d'appel a commis une erreur dans son application du par. 24(2) et sa décision d'exclure la preuve des résultats des tests éthylométriques.
- [4] Pour les motifs qui suivent, j'accorderais l'autorisation d'appel, j'accueillerais l'appel et je rétablirais la décision de la juge du procès.

## II. Contexte

[5] Les conclusions factuelles de la juge du procès et son constat d'une violation du droit de M. Bossé aux termes de l'al. 10b) de la *Charte* ne sont pas contestés en appel. Un bref résumé des faits est néanmoins utile, certains étant détaillés dans l'analyse à venir.

### A. *L'arrestation*

[6] Aux alentours de 1h30, le 5 juillet 2020, la police a intercepté M. Bossé alors qu'il conduisait un véhicule. Il est alors arrêté pour conduite en état d'ébriété. Après avoir placé M. Bossé dans le véhicule de patrouille, le gendarme Fournier l'a informé qu'il avait certains droits, y compris le droit à l'assistance d'un avocat. Lorsqu'on lui a demandé ce qu'il souhaitait faire concernant ce droit, M. Bossé a spontanément mentionné que sa cousine était avocate, précisant qu'elle se spécialisait dans les mariages et les contrats immobiliers. Le gendarme lui a alors expliqué que ces domaines relevaient du droit civil, alors que l'affaire en question était d'ordre criminel. Le gendarme Fournier a informé M. Bossé de l'existence de l'aide juridique, un service gratuit et disponible en tout temps pour consulter un avocat spécialisé en droit criminel. Il a également souligné à plusieurs reprises que M. Bossé pouvait toujours contacter sa cousine s'il le souhaitait. Enfin, M. Bossé a opté pour l'aide juridique et il a été transporté au poste de police.

[7] À son arrivée au poste, M. Bossé reçoit une liste de noms et numéros de téléphone d'avocats, y compris sa cousine. M. Bossé choisit de communiquer avec un autre avocat de l'aide juridique. Après consultation, il consent à fournir des échantillons d'haleine à l'éthylomètre.

### B. *La Cour provinciale - Le voir dire*

[8] Lors du procès, M. Bossé a allégué une violation de ses droits sous l'al. 10b) de la *Charte*, ce qui a mené à un voir-dire. Après avoir entendu les témoignages du

gendarme Fournier et de M. Bossé, la juge a retenu le récit du gendarme, avec motifs à l'appui. Elle a conclu que M. Bossé avait mentionné spontanément le nom de sa cousine et que le gendarme Fournier l'avait informé des différences entre le droit criminel et civil et offert l'aide juridique, rappelant à plusieurs reprises que M. Bossé pouvait appeler sa cousine s'il le souhaitait.

[9] La juge a déterminé que pendant la conversation entre M. Bossé et le gendarme Fournier, ce dernier, voulant informer M. Bossé, avait influencé le choix d'avocat, constituant ainsi une violation de son droit en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*.

[10] Ayant conclu à une violation de l'al. 10b), la juge a procédé à l'analyse requise en vertu du par. 24(2). Reconnaisant l'obligation de prendre en compte l'ensemble des circonstances, elle a appliqué le cadre établi dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, qui requiert un examen des facteurs suivants : 1) la gravité de la conduite attentatoire; 2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé; et 3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée sur le fond. Après avoir évalué ces facteurs, la juge a conclu que l'admission en preuve des résultats des tests éthylométriques ne porterait pas atteinte à l'administration de la justice, et que, d'ailleurs, leur exclusion risquerait davantage de saper la confiance du public dans le système judiciaire à long terme.

### C. *L'appel devant la Cour du Banc du Roi*

[11] En appel devant la Cour du Banc du Roi, M. Bossé a contesté la décision de la juge concernant l'admissibilité de la preuve. Le juge d'appel s'est référé à la norme de contrôle énoncée par la Cour suprême dans *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, précisant que, tant que la juge du procès n'avait pas tiré de conclusions déraisonnables dans son application du cadre établi dans l'arrêt *Grant*, il n'y avait pas lieu de refaire l'analyse en application du par. 24(2).

[12] Cela dit, le juge d'appel a conclu que la juge avait erré dans son analyse du premier volet du cadre d'analyse de l'arrêt *Grant*, n'ayant pas envisagé que la police aurait pu obtenir la preuve visée sans violer les droits garantis par la *Charte*. Par ailleurs son analyse des conclusions de la juge du procès sur la question de la bonne foi du policier l'a porté à conclure qu'elle avait rendu une décision déraisonnable. Dans ses motifs, il fait remarquer :

Comme l'a récemment indiqué la Cour suprême du Canada dans *R. c. McColman*, au paragraphe 55, les tribunaux de première instance doivent évaluer en profondeur chacune des trois questions. La première question lors d'une analyse fondée sur le paragraphe 24(2) est celle de la gravité de la conduite étatique attentatoire à la *Charte*. Avec le plus grand des respects, j'estime qu'un des facteurs de cette première question a été ignoré ou négligé par la juge de première instance, soit celui de savoir si la police aurait pu obtenir les éléments de preuve en question sans violer la *Charte*. De plus, j'estime que l'analyse de la bonne foi du policier a mené à une décision déraisonnable. [...] [C'est moi qui souligne; par. 28]

Et plus loin, il ajoute :

La juge du procès a conclu que le policier a agi de bonne foi, sans intention de dénigrer l'avocate identifiée par l'appelant. [C'est moi qui souligne; par. 35]

[13] Ayant conclu que la juge avait tiré une conclusion déraisonnable, le juge d'appel a effectué sa propre analyse en vertu du par. 24(2), au terme de laquelle il a décidé d'exclure la preuve en question.

### III. Les moyens d'appel

[14] Le procureur général fait valoir que le juge d'appel a commis deux erreurs :

(1) Une erreur de droit dans sa conclusion selon laquelle la décision de la juge était déraisonnable, justifiant ainsi une nouvelle analyse de sa part en vertu du par. 24(2); et

(2) À titre subsidiaire, une erreur de droit dans l'analyse qui l'a conduit à exclure la preuve.

#### IV. Analyse

##### A. *Le par. 839(1) du Code*

[15] Le par. 839(1) prévoit que le procureur général peut interjeter appel de la décision du juge d'appel avec l'autorisation de cette Cour, pour tout motif soulevant uniquement une question de droit.

[16] Le procureur général soutient que la question principale soulevée en l'espèce est la compréhension erronée du juge d'appel des concepts de la bonne foi et de la mauvaise foi, et qu'il s'agit d'une question de droit seulement. Le procureur général estime qu'il est essentiel de clarifier la distinction entre ces concepts dans le cadre de l'analyse en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Je suis d'accord, et j'accorderais l'autorisation d'appel.

##### B. *La norme de contrôle*

[17] La norme de contrôle applicable à la révision d'une analyse en vertu du par. 24(2) a été confirmée dans l'arrêt *R. c. Cole* :

La norme de contrôle commande la retenue : « Lorsque le juge du procès a pris en compte les considérations applicables et n'a tiré aucune conclusion déraisonnable, sa décision justifie une grande déférence en appel » (*R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 44). Cependant, lorsque les facteurs pertinents ont été négligés

ou ignorés, une nouvelle analyse fondée sur l'arrêt *Grant* est nécessaire et opportune. [par. 82]

[18] Ainsi le juge d'appel était en droit de procéder à une nouvelle analyse selon le par. 24(2) si l'évaluation de la bonne foi du policier par la juge du procès avait conduit à une décision déraisonnable. Je souligne que, si la décision du juge d'appel de mener sa propre analyse était justifiée, celle-ci mériterait une grande déférence en appel devant cette Cour.

C. *L'analyse de la juge du procès sous le par. 24(2) de la Charte*

[19] Le premier volet du cadre établi dans l'arrêt *Grant* exige une évaluation de la gravité de la conduite attentatoire. Il faut d'emblée présumer que certaines situations peuvent se situer vers le bas de l'échelle de la gravité. Dans l'arrêt *R. c. McColman*, 2023 CSC 8, [2023] A.C.S. n° 8 (QL), la Cour suprême a statué :

Lorsqu'il évalue la gravité de la conduite étatique en cause, le tribunal doit « situer cette conduite sur l'échelle de culpabilité »: *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202, par. 43. Comme le juge Doherty l'a fait observer dans *R. c. Blake*, 2010 ONCA 1, 251 C.C.C. (3d) 4, [TRADUCTION] « plus l'inconduite de l'État est grave, plus il est nécessaire de préserver la considération à long terme portée à l'administration de la justice en dissociant les processus judiciaires de cette inconduite »: par. 23. Pour situer adéquatement la conduite étatique sur l'« échelle de culpabilité », les tribunaux doivent également se demander si la présence de circonstances contextuelles diminue ou exacerbe la gravité de la conduite étatique: *Grant*, par. 75. La police était-elle obligée d'agir rapidement pour empêcher la disparition d'éléments de preuve? A-t-elle agi de bonne foi? Aurait-elle pu obtenir les éléments de preuve sans violer la *Charte*? Ce n'est qu'en adoptant une analyse globale que le tribunal peut situer adéquatement la conduite étatique sur l'échelle de culpabilité. [C'est moi qui souligne; par. 58]

Voir aussi *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, aux par. 143 et 147.

[20] La prétention de M. Bossé selon laquelle les juges Martin et Brown, auteurs du jugement majoritaire dans l'arrêt *Le*, auraient affirmé que « [...] pour qu'une violation soit perçue comme une violation mineure, il faut arriver à la conclusion que l'État a agi de bonne foi [...] » est inexacte et constitue une caractérisation erronée des propos des juges Martin et Brown.

[21] À mon avis, après avoir conclu à la violation des droits de M. Bossé en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*, la juge a correctement évalué la gravité de la conduite étatique pour la positionner sur l'échelle de culpabilité. Dans ses motifs, la juge énonce :

Je conclus que pendant la conversation entre l'accusé et le policier, le gendarme Fournier en voulant donner de l'information à l'accusé, a influencé le choix à [l'avocat] de monsieur Bossé. Je juge que c'est une violation de son droit à l'article [10b)] [...]

Le gendarme Fournier a, à tort, tiré une conclusion quant au domaine de pratique de maître Bossé et en a fait part à l'accusé, influençant indirectement son choix. Il n'y avait pas de mauvaise foi ou de comportement abusif de la part de gendarme Fournier et ses propos n'étaient pas avec l'intention de miner la crédibilité de l'avocate. Même si l'atteinte était relativement grave, elle ne constituait pas la plus grave des violations. Il faut garder à l'esprit que le droit à l'assistance d'un avocat de son choix n'est pas absolu à cette étape initiale de la procédure. A mon avis, le degré de gravité de la conduite de l'agent milite en faveur de l'inclusion de la preuve contestée. [...] [C'est moi qui souligne.]

[22] En ce qui concerne les autres volets du cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Grant*, la juge a exprimé les observations suivantes :

De toute évidence, plus la violation est grave, plus il est important que la Cour exclue la preuve afin que les droits d'un accusé protégés par la *Charte* soient exprimés correctement. J'ai évalué les éléments suivants. Rendu au poste de police devant la liste d'avocat avec l'option d'appeler [sa cousine], l'accusé a choisi l'aide juridique. Monsieur Bossé a eu l'occasion de consulter l'avocate de

l'aide juridique selon son choix, même si peut-être son deuxième choix. Je considère que cela atténue la gravité de la violation. En l'espèce, un échantillon d'haleine qui a été obtenu de l'accusé et ce processus est plus faible sur l'échelle de gravité que, par exemple, le prélèvement d'un échantillon de sang. A mon avis, l'impact de la violation milite en faveur de l'admission du certificat.

[23] Quant à l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée sur le fond, la juge a conclu que ce facteur militait en faveur de l'admission de la preuve.

[24] En définitive, la juge a conclu :

Dans l'ensemble, bien que l'agent ait mal agi en concluant par lui-même que maître Bossé ne pratiquait pas le droit criminel, la police n'a pas agi de mauvaise foi ou de manière abusive. [C'est moi qui souligne.]

[25] Dans ses motifs, le juge d'appel observe que « la juge du procès a conclu que le policier a agi de bonne foi, sans intention de dénigrer l'avocate identifiée par l'appelant » et il cite l'arrêt *Le* à l'effet que « l'absence de mauvaise foi n'équivaut pas à une conclusion positive de bonne foi [...] ». Or, la juge n'a jamais conclu que le gendarme avait agi de bonne foi. Elle a plutôt déterminé que le gendarme avait violé les droits de M. Bossé en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* et elle a évalué la gravité de cette conduite afin de la situer sur l'échelle de culpabilité, comme il lui incombait de le faire. En fin de compte, elle a conclu qu'en l'absence de la mauvaise foi, de comportement abusif ou d'intention de miner la crédibilité de l'avocate, la conduite du gendarme se situait vers le bas de l'échelle de gravité.

[26] Pour étayer sa conclusion que l'analyse par la juge du procès de la bonne foi du policier a conduit à une décision déraisonnable, le juge d'appel renvoie à l'affaire *R. c. Lefebvre*, 2018 QCCS 4468, [2018] J.Q. n° 9718 (QL), où un policier avait refusé au détenu l'accès à l'avocat qu'il avait choisi, l'obligeant à choisir un avocat criminaliste :

Le juge Cournoyer, bien que reconnaissant que le policier était mû par de bonnes intentions quant à la qualité des conseils qui seraient offerts à la personne détenue, indique que l'absence de mauvaise foi ne s'avérait pas un facteur qui atténuait véritablement la violation du droit de l'appelant, car, d'une part, elle n'établit pas sa bonne foi, et, d'autre part, elle révèle une méconnaissance déraisonnable et inacceptable du droit applicable. Il conclut que le policier a fait preuve d'ignorance de la loi, même si elle n'a pas agi de mauvaise foi.

Notre Cour d'appel est arrivée à une conclusion similaire dans la décision *R. c. Landry*, 2020 NBCA 72. Dans cette affaire, le policier avait témoigné ne pas avoir permis l'accès à l'assistance d'un avocat sur les lieux de l'arrestation puisque c'était la pratique habituelle.

[...]

Ceci distingue l'arrêt *McColman*, où la Cour suprême avait conclu que l'état du droit était incertain. J'estime donc que bien qu'il ne s'agisse pas d'un acte posé de mauvaise foi, il l'a été dans des circonstances démontrant une méconnaissance déraisonnable et inacceptable du droit applicable. [C'est moi qui souligne; par. 40, 41 et 45]

[27] Dans *Lefebvre*, le policier a témoigné avoir refusé d'appeler l'avocat choisi par M. Lefebvre, exigeant qu'il opte pour un avocat criminaliste, croyant à tort que le droit à l'avocat de son choix impliquait nécessairement le choix d'un avocat criminaliste.

[28] Dans *Landry*, un policier a refusé de permettre au détenu d'utiliser son portable pour appeler son avocat sur les lieux de l'arrestation, insistant qu'il attende son arrivée au poste pour utiliser le téléphone prévu à cet effet. Une fois au poste, M. Landry a utilisé ce téléphone pour tenter, sans succès, de joindre son avocat en appelant son bureau. Il a ensuite informé le policier que le numéro personnel de l'avocat figurait dans son portable. Ce n'est qu'à ce moment qu'on lui permet d'utiliser ce téléphone. Après plusieurs tentatives infructueuses de contacter d'autres avocats, le policier, ignorant l'effet juridique de l'avertissement *Prosper*, a décidé de lire cet avertissement à M.

Landry, alors que ce dernier n'avait pas renoncé à son droit. Peu de temps après la lecture de l'avertissement, M. Landry est pris en charge par le technicien qualifié pour prélever ses échantillons d'haleine.

[29] Avec le plus grand des respects pour le juge d'appel, je suis d'avis que la présente affaire se distingue nettement des arrêts *Lefebvre* et *Landry*. Contrairement à la preuve dans ces décisions, la preuve en l'espèce ne démontre pas une ignorance ou méconnaissance du droit de la part du gendarme Fournier. Selon les conclusions de la juge du procès, lors de sa conversation avec M. Bossé, le gendarme Fournier, bien qu'ayant influencé son choix d'avocat, a répété à plusieurs reprises que M. Bossé pouvait appeler sa cousine s'il le souhaitait, un fait reconnu par le juge d'appel dans ses motifs. À mon avis, le gendarme comprenait que M. Bossé avait le droit de consulter l'avocat de son choix.

[30] En ce qui concerne l'affirmation du juge d'appel selon laquelle « un des facteurs de cette première question a été ignoré ou négligé par la juge du procès, soit celui à savoir si la police aurait pu obtenir les éléments de preuve en question sans violer la *Charte* », le juge n'explique pas comment ce facteur aurait dû être intégré dans l'analyse de la juge du procès. Il mentionne seulement que l'autre facteur à considérer est la possibilité pour les policiers d'obtenir la preuve sans violer la *Charte*, en faisant référence à l'arrêt *McColman* où les policiers auraient pu intercepter M. McColman sur une route publique plutôt que sur une propriété privée.

[31] Dans son mémoire, l'avocat de M. Bossé invoque l'arrêt *Lefebvre*, en citant un passage de *R. c. Bartle* [1994] 3 R.C.S. 173, [1994] A.C.S. n° 74 (QL), où la Cour suprême a statué que « si le droit à l'assistance d'un avocat a été violé, il ne convient pas de conjecturer sur la nature des conseils qu'une personne détenue aurait reçus et sur la question de savoir si les éléments de preuve auraient été découverts si le droit n'avait pas été violé » (aux page 217). Le facteur soulevé par le juge d'appel était pertinent dans l'arrêt *McColman* – où la police aurait pu vérifier la sobriété de M. McColman en l'interceptant sur une route publique plutôt que violer ses droits alors qu'il

se trouvait sur une propriété privée. Cependant, dans le contexte factuel de la présente affaire, il est difficile de concevoir comment l'omission d'intégrer ce facteur pourrait vicier l'analyse de la juge. En d'autres termes, intégrer ce facteur dans l'analyse aurait nécessité la conjecture interdite par la Cour suprême dans *Bartle*.

[32] Je suis d'avis que le juge d'appel a erré en droit en concluant que l'analyse par la juge du procès de la question de la bonne foi du gendarme a entraîné une décision déraisonnable. Il n'était donc pas justifié de procéder à une nouvelle analyse en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

V. Dispositif

[33] Pour toutes ces raisons, j'accorderais l'autorisation d'appel, j'accueillerais l'appel et je rétablirais la décision de la juge du procès.

LEBLANC, J.A.

I. Overview

[1] Following a trial in the Provincial Court, Hugo Bossé was found guilty of operating a vehicle while impaired (s. 320.14 of the *Criminal Code*). At trial, Mr. Bossé filed an application alleging a violation of one of his rights under s. 10(b) of the *Charter*, including the right to retain and instruct counsel without delay. The trial judge found a violation of s. 10(b). However, after an analysis pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, she determined that the evidence of the results from the approved instrument was admissible and found Mr. Bossé guilty.

[2] Mr. Bossé appealed this decision to the Court of King's Bench, where he challenged the admissibility of the evidence under s. 24(2) of the *Charter*, alleging the judge had erred in law in this regard. The summary conviction appeal court judge allowed the appeal and granted an acquittal.

[3] The Attorney General seeks leave to appeal under s. 839(1) of the *Code*, arguing the appeal judge erred in finding that the trial judge made unreasonable findings, including a finding which led him to make his own analysis under s. 24(2). Alternatively, the Attorney General argues that the appeal judge erred in his application of s. 24(2) and in his decision to exclude the evidence of the test results from the approved instrument.

[4] For the reasons that follow, I would grant leave to appeal, allow the appeal, and reinstate the trial judge's decision.

II. Background

[5] The trial judge's findings of fact and her finding of a breach of Mr. Bossé's right under s. 10(b) of the *Charter* are not challenged on appeal. A brief

summary of the facts is nevertheless useful. Some of these facts will be detailed in the analysis that follows.

A. *The Arrest*

[6] At approximately 1:30 a.m. on July 5, 2020, the police intercepted Mr. Bossé while he was driving a vehicle. He was then arrested for operating a vehicle while impaired. After Mr. Bossé was placed in the police vehicle, Constable Fournier informed him that he had certain rights, including the right to counsel. When asked what he would like to do regarding this right, Mr. Bossé spontaneously mentioned that his cousin was a lawyer, specifying that she specialized in marriages and real estate contracts. The constable then explained to him that those were areas of civil law, whereas the case in question was of a criminal nature. Constable Fournier informed Mr. Bossé of the existence of legal aid, a free service that is available at all times to consult a lawyer specializing in criminal law. He also repeatedly stressed that Mr. Bossé could contact his cousin if he wished to do so. Ultimately, Mr. Bossé opted for legal aid and was taken to the police station.

[7] Upon his arrival at the station, Mr. Bossé received a list of lawyers' names and phone numbers, including his cousin's. Mr. Bossé chose to contact another legal aid lawyer. After consultation, he agreed to provide breath samples in the approved instrument.

B. *The Provincial Court – The voir dire*

[8] At trial, Mr. Bossé alleged a violation of his rights under s. 10(b) of the *Charter*, which led to a *voir dire*. After hearing testimony from Constable Fournier and Mr. Bossé, the judge accepted the constable's version, with reasons. She found that Mr. Bossé had spontaneously mentioned his cousin's name and that Constable Fournier had informed him of the differences between criminal and civil law and had offered legal

aid, reminding Mr. Bossé on several occasions that he could call his cousin if he wished to do so.

[9] The judge found that during the conversation between Mr. Bossé and Constable Fournier, the latter, wishing to inform Mr. Bossé, had influenced the choice of lawyer, which constitutes a violation of his right under s. 10(b) of the *Charter*.

[10] Having found a violation of s. 10(b), the judge carried out the analysis required under s. 24(2). Acknowledging the obligation to consider the whole of the circumstances, she applied the framework set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, which requires a consideration of the following factors: 1) the seriousness of the *Charter*-infringing conduct, 2) the impact of the breach on the interests of the accused, and 3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. After assessing these factors, the judge found that the admission into evidence of the test results from the approved instrument would not undermine the administration of justice, and that, moreover, their exclusion would be more likely to undermine public confidence in the justice system in the long term.

C. *The Appeal to the Court of King's Bench*

[11] On appeal to the Court of King's Bench, Mr. Bossé challenged the judge's ruling on the admissibility of the evidence. The appeal judge referred to the standard of review set out by the Supreme Court in *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, stating that, as long as the trial judge had not made any unreasonable finding in her application of the *Grant* framework, there was no need to conduct another analysis under s. 24(2).

[12] That said, the summary conviction appeal judge found that the judge had erred in her analysis of the first branch of the *Grant* framework by failing to consider that the police could have obtained the evidence in question without violating *Charter* rights. Moreover, his analysis of the trial judge's findings on the issue of the police officer's

good faith led him to conclude that she had issued an unreasonable decision. In his reasons, he notes the following:

[TRANSLATION]

As the Supreme Court of Canada recently stated in *R. v. McColman*, at paragraph 55, trial courts must assess each of the three lines of inquiry thoroughly. The first line of inquiry in a subsection 24(2) analysis is that of the seriousness of the *Charter*-infringing state misconduct. With the greatest respect, I am of the view that one of the factors of this first line of inquiry was ignored or overlooked by the trial judge, namely whether the police could have obtained the evidence in question without violating the *Charter*. Additionally, I find that the analysis of the officer's good faith led to an unreasonable decision. [...] [Emphasis added; para. 28]

And further, he adds the following:

[TRANSLATION]

The trial judge found that the police officer acted in good faith, without any intention to disparage the lawyer identified by the appellant. [Emphasis added; para. 35]

[13] Having concluded that the judge had made an unreasonable finding, the summary conviction appeal judge conducted his own analysis under s. 24(2), after which he decided to exclude the evidence in question.

### III. Grounds of Appeal

[14] The Attorney General argues that the summary conviction appeal judge made two errors:

- (1) An error of law in his finding that the judge's decision was unreasonable, thus justifying a new analysis on his part under s. 24(2); and

- (2) Alternatively, an error of law in the analysis that led him to exclude the evidence.

IV. Analysis

A. *Section 839(1) of the Code*

[15] Section 839(1) provides that the Attorney General may appeal a decision of a summary conviction appeal judge with leave of this Court, on any ground involving a question of law alone.

[16] The Attorney General argues that the main issue raised in this case is the appellate judge's misunderstanding of the concepts of good faith and bad faith, and that this is a question of law alone. The Attorney General is of the view that it is essential to clarify the distinction between these concepts as part of the analysis under s. 24(2) of the *Charter*. I agree, and I would grant leave to appeal.

B. *The Standard of Review*

[17] The standard of review applicable to the review of an analysis under s. 24(2) was confirmed in *R. v. Cole*:

The standard of review is deferential: "Where a trial judge has considered the proper factors and has not made any unreasonable finding, his or her determination is owed considerable deference on appellate review" (*R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 44). But where the relevant factors have been overlooked or disregarded, a fresh *Grant* analysis is both necessary and appropriate. [para. 82]

[18] The appeal judge was thus entitled to conduct a new analysis under s. 24(2) if the trial judge's assessment of the officer's good faith had led to an unreasonable decision. I note that if the appellate judge's decision to conduct his own analysis was justified, it would deserve great deference on appeal to this Court.

C. *The trial judge's analysis under s. 24(2) of the Charter*

[19] The first part of the *Grant* framework requires an assessment of the seriousness of the infringing conduct. It should be presumed from the outset that some situations may fall at the lower end of the range of seriousness. In *R. v. McColman*, 2023 SCC 8, [2023] S.C.J. No. 8 (QL), the Supreme Court held as follows:

In evaluating the gravity of the state conduct at issue, a court must “situate that conduct on a scale of culpability”: *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202, at para. 43. As Justice Doherty observed in *R. v. Blake*, 2010 ONCA 1, 251 C.C.C. (3d) 4, “the graver the state’s misconduct the stronger the need to preserve the long-term repute of the administration of justice by disassociating the court’s processes from that misconduct”: para. 23. To properly situate state conduct on the “scale of culpability”, courts must also ask whether the presence of surrounding circumstances attenuates or exacerbates the seriousness of the state conduct: *Grant*, at para. 75. Were the police compelled to act quickly in order to prevent the disappearance of evidence? Did the police act in good faith? Could the police have obtained the evidence without a *Charter* violation? Only by adopting a holistic analysis can a court properly situate state conduct on the scale of culpability. [Emphasis added; para. 58]

See also *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692, at paras. 143 and 147.

[20] Mr. Bossé’s argument that Justices Martin and Brown, writing for the majority in *Le*, stated that [TRANSLATION] “[...] for the misconduct to be perceived as a minor infringement, it must be concluded that the state acted in good faith [...]”, is inaccurate and constitutes a misinterpretation of the words of Justices Martin and Brown.

[21] In my opinion, after having found a breach of Mr. Bossé’s rights under s. 10(b) of the *Charter*, the trial judge correctly assessed the seriousness of the state’s conduct to situate it on the scale of culpability. In her reasons, the trial judge states as follows:

[TRANSLATION]

I find that during the conversation between the accused and the police officer, Constable Fournier, in wanting to provide information to the accused, influenced Mr. Bossé's choice of [lawyer]. I find this to be an infringement of his right under paragraph 10(b). [...]

Constable Fournier wrongly drew a conclusion as to Mrs. Bossé's area of practice and shared it with the accused, indirectly influencing his choice. There was no bad faith or abusive behaviour on Constable Fournier's part, and his comments were not intended to undermine the lawyer's credibility. Although the infringement was relatively serious, it did not constitute the most serious of breaches. It should be borne in mind that the right to retain and instruct counsel of one's choice is not absolute at this initial stage of the procedure. In my opinion, the degree of seriousness of the officer's conduct weighs in favour of including the impugned evidence. [...] [Emphasis added.]

[22] With regard to the other branches of the framework set out in *Grant*, the judge commented as follows:

[TRANSLATION]

Clearly, the more serious the infringement, the more important it is for the Court to exclude the evidence so that the accused's *Charter*-protected rights are properly expressed. I assessed the following elements. At the police station, with a list of lawyers and the option of calling [his cousin], the accused opted for legal aid. Mr. Bossé had the opportunity to consult the legal aid lawyer of his choice, although she was perhaps his second choice. I believe this mitigates the seriousness of the infringement. In this case, we are dealing with a breath sample that was obtained from the accused and this procedure is lower on the scale of seriousness than, for example, the taking of a blood sample. In my opinion, the impact of the infringement weighs in favour of admitting the certificate.

[23] As for the society's interest in the adjudication of the case on its merits, the judge concluded that this factor favoured the admission of the evidence.

[24] Ultimately, the trial judge held as follows:

[TRANSLATION]

Overall, although the constable acted improperly in concluding on his own that Mrs. Bossé did not practise criminal law, the police did not act in bad faith or in an abusive manner. [Emphasis added.]

[25] In his reasons, the summary conviction appeal judge noted that [TRANSLATION] “the trial judge found that the police officer had acted in good faith, with no intention of disparaging the lawyer identified by the appellant,” and he quoted the decision in *Le* to the effect that “an absence of bad faith does not equate to a positive finding of good faith [...]” However, the trial judge never found that the constable had acted in good faith. Rather, she found that the constable had infringed Mr. Bossé’s rights under s. 10(b) of the *Charter* and she assessed the seriousness of this conduct in order to situate it on the scale of culpability, as it was her duty to do. She ultimately found that in the absence of bad faith, abusive behaviour or intent to undermine the lawyer’s credibility, the constable’s conduct fell towards the lower end of the scale of seriousness.

[26] In support of his finding that the trial judge’s analysis of the police officer’s good faith led to an unreasonable decision, the appeal judge referred to *R. v. Lefebvre*, 2018 QCCS 4468, [2018] J.Q. n° 9718 (QL), where a police officer had denied the detainee access to his chosen lawyer, forcing him to choose a criminal lawyer:

[TRANSLATION]

Justice Cournoyer, while acknowledging that the police officer was motivated by good intentions regarding the quality of the advice that would be offered to the detainee, stated that the absence of bad faith was not a factor that truly mitigated the infringement of the appellant’s right, because, on the one hand, it did not establish his good faith, and, on the other hand, it revealed an unreasonable and unacceptable lack of understanding of the applicable law. He found that the police officer had shown ignorance of the law, even if [he] had not acted in bad faith.

Our Court of Appeal came to a similar conclusion in *R. v. Landry*, 2020 NBCA 72. In that case, the police officer testified that he did not allow access to counsel at the scene of the arrest because that was the usual practice.

[...]

This distinguishes the *McColman* decision, where the Supreme Court held that the case law was in a state of uncertainty. I therefore find that, although the act was not done in bad faith, it was done in circumstances showing an unreasonable and unacceptable lack of understanding of the applicable law. [Emphasis added; paras. 40, 41 and 45]

[27] In *Lefebvre*, the police officer testified that he refused to call the lawyer chosen by Mr. Lefebvre, requiring that he choose a criminal lawyer, under the misconception that the right to counsel of one's choice necessarily implied the choice of a criminal lawyer.

[28] In the *Landry* case, a police officer refused to allow the detainee to use his cell phone to call his lawyer at the scene of the arrest, insisting that he wait until he arrived at the station to use the phone provided for such purpose. Once at the station, Mr. Landry used that phone to try, unsuccessfully, to reach his lawyer by calling his office. He then informed the police officer that he had the lawyer's personal number in his cell phone contacts. Only then was he allowed to use that phone. After several unsuccessful attempts to contact other lawyers, the police officer, unaware of the legal effect of the *Prosper* warning, decided to read the warning to Mr. Landry, even though the latter had not waived his right. Shortly after the warning was read, the qualified technician took charge of Mr. Landry to take his breath samples.

[29] With the greatest respect for the appeal judge, I am of the opinion that this case is clearly distinguishable from the *Lefebvre* and *Landry* cases. Contrary to the evidence in those cases, the evidence in this case does not show any ignorance or lack of knowledge of the law on the part of Constable Fournier. According to the trial judge's findings, during his conversation with Mr. Bossé, Constable Fournier, although having influenced Mr. Bossé's choice of lawyer, repeated several times that he could call his cousin if he wished, a fact acknowledged by the appeal judge in his reasons. In my opinion, the constable understood that Mr. Bossé had the right to consult the lawyer of his choice.

[30] As for the appeal judge's statement that [TRANSLATION] "one of the factors of this first issue was ignored or overlooked by the trial judge, namely whether the police could have obtained the evidence in question without breaching the *Charter*," the summary conviction appeal judge does not explain how this factor should have been incorporated into the trial judge's analysis. He only mentioned that the other factor to be considered is whether the police could have obtained the evidence without breaching the *Charter*, referring to the *McColman* case, where the police could have intercepted Mr. McColman on a public road rather than on a private property.

[31] In his submission, Mr. Bossé's lawyer relies on the *Lefebvre* decision, quoting from *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, [1994] S.C.J. No. 74 (QL), where the Supreme Court held that "where the right to counsel has been infringed, it is improper to speculate about the nature of the advice that a detainee would have received and whether the evidence would have been obtained had the right not been infringed" (at p. 217). The factor raised by the appeal judge was relevant in *McColman* – where the police could have checked Mr. McColman's sobriety by stopping him on a public road rather than by infringing his rights while he was on private property. However, in the factual context of this case, it is difficult to see how the failure to include this factor could vitiate the judge's analysis. In other words, incorporating this factor into the analysis would have required the speculation prohibited by the Supreme Court in *Bartle*.

[32] In my view, the appeal judge erred in law in finding that the trial judge's analysis of the issue of the constable's good faith resulted in an unreasonable decision. The new analysis under s. 24(2) of the *Charter* was therefore unjustified.

#### V. Disposition

[33] For all these reasons, I would grant leave to appeal, allow the appeal, and reinstate the trial judge's decision.