

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

12-15-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

PIERRE JOSEPH BOURQUE

PIERRE JOSEPH BOURQUE

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. Bourque, 2015 NBCA 68

R. c. Bourque, 2015 NBCA 68

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Deschênes  
The Honourable Justice Richard

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau  
l'honorable juge Deschênes  
l'honorable juge Richard

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
January 19, 2015

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
le 19 janvier 2015

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:  
September 22, 2015

Appel entendu :  
le 22 septembre 2015

Judgment rendered:  
November 5, 2015

Jugement rendu :  
le 5 novembre 2015

Reasons for judgment by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau

Motifs de jugement :  
l'honorable juge en chef Drapeau

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Christian Girouard and  
Patrice Deschênes

Pour l'appelante :  
Christian Girouard et  
Patrice Deschênes

For the respondent:  
Lisanne Maurice

Pour l'intimé :  
Lisanne Maurice

THE COURT

LA COUR

The appeal of the Attorney General is allowed, and the Court orders a new trial.

L'appel du procureur général est accueilli, et la cour ordonne la tenue d'un nouveau procès.

## Motifs du jugement de la Cour rendus par

### DRAPEAU, J.C.N.B.

#### I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel d'un verdict d'acquiescement prononcé en Cour provinciale à l'égard d'une accusation de possession d'hydromorphe en vue d'en faire le trafic, un acte criminel en vertu du par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19. L'acquiescement a découlé de l'exclusion d'éléments de preuve saisis de la personne de l'intimé à la suite immédiate de son arrestation, éléments qui étaient essentiels à la poursuite. Selon le juge, cette exclusion s'imposait compte tenu du fait que la détention de l'intimé avait été « arbitraire » au sens de l'art. 9 de la *Charte* puisque son arrestation avait été effectuée sans motifs raisonnables de croire qu'il s'apprêtait à commettre un acte criminel. Il s'ensuivait que la fouille de l'intimé était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

[2] Le procureur général soutient que la conclusion d'une violation des droits constitutionnels de l'intimé et l'exclusion des éléments de preuve en question sont le résultat d'erreurs de droit et que l'appel est donc autorisé aux termes de l'al. 676(1)a) du *Code Criminel*. Pour les motifs qui suivent, et avec égard, je ferais droit à cette prétention.

#### II. Le contexte

[3] Le 12 septembre 2013, aux environs de 12h30, une citoyenne communique une plainte de vol à la GRC. La plaignante prétend que son fils adulte, qui demeure chez elle et souffre de narcomanie, lui a volé une cinquantaine de dollars de sa sacoche ce matin-même. Elle demande l'aide de la GRC pour l'évincer de sa demeure.

[4] Prenant acte de cette plainte, deux gendarmes, Luc Basque et Luke Patterson, se rendent à la résidence de la plaignante où ils rencontrent son fils. Les gendarmes le confrontent avec la plainte de vol et l'allégation qu'il souffre de narcomanie. Il avoue avoir commis le vol et reconnaît qu'il a « un problème de drogues ». Le fils avise les gendarmes qu'il achète sa drogue d'un dénommé « Pete » dans la « zone de Elmwood Drive ». Au final, le fils consent à quitter la demeure de sa mère et le gendarme Basque convient de le conduire chez un ami.

[5] En route, le gendarme Basque reçoit un appel de la plaignante. Voulant éviter que le fils entende les propos de sa mère, le gendarme Basque accroche et rejoint le gendarme Patterson pour qu'il communique avec la plaignante, ce qu'il fait immédiatement. La plaignante fournit les renseignements suivants : (1) elle est au courant de faits qui démontrent, à son avis, que son fils consomme régulièrement de la drogue; (2) d'ailleurs, elle estime qu'il est narcomane; (3) elle est convaincue que son fils a volé l'argent de son porte-monnaie pour se procurer de la drogue; (4) elle a vérifié son portable et comprend des textos reçus et envoyés par son fils qu'une transaction imminente de vente/achat de drogue est prévue aux environs du McDonald's sur la rue Morton; et (5) la plaignante est en mesure de fournir la description suivante de la personne qui fournit des drogues à son fils : il s'agit d'un petit homme chauve et mince, voire maigre.

[6] Compte tenu de ces renseignements, le gendarme Patterson estime qu'un acte criminel, soit le trafic de drogue, est sur le point d'être commis aux environs du McDonald's sur la rue Morton. Il se rend immédiatement sur les lieux où il observe un individu debout sur le trottoir qui répond à la description que la plaignante vient tout juste de lui donner. Il s'agit de l'intimé. D'ailleurs, il est la seule personne sur les lieux qui répond à la description en question.

[7] Le gendarme Patterson s'approche et stationne son véhicule de police identifié à quelques pieds de l'intimé. Alors qu'il est en train de sortir de son véhicule, l'intimé le regarde, se retourne et se dirige vers l'aire de service au volant du

McDonald's. Le gendarme le somme de s'immobiliser : « Arrêtez, vous êtes sous arrestation ». L'intimé se sauve en courant.

[8] Après une brève poursuite, l'intimé est intercepté, projeté par terre et mis en état d'arrestation. Les policiers le fouillent et saisissent : (1) un briquet; (2) un joint de marijuana dans un paquet de cigarettes ; (3) un téléphone cellulaire; (4) des pilules dont l'analyse subséquente confirmera qu'il s'agit d'hydromorphe; (5) un couteau; (6) des billets de banque cachés à l'intérieur de ses bas; (7) un sac de plastique contenant une substance avec toutes les caractéristiques de la marijuana; et (8) des paquets de billets de banque (faisant au total plusieurs milliers de dollars), lesquels sont cachés sous ses vêtements et attachés à sa taille par un ruban.

### III. Analyse et décision

[9] Lors du procès, qui, comme je l'ai fait remarquer, portait sur une accusation de possession d'hydromorphe en vue d'en faire le trafic, le substitut du procureur général a soutenu que l'arrestation de l'intimé, quoique sans mandat, était légale puisqu'elle était justifiée par des motifs raisonnables conformément à l'al. 495(1)a) du *Code criminel*. Les assises factuelles de ces motifs ont été décrites dans la partie précédente.

[10] Le juge du procès a rejeté cette thèse pour les raisons suivantes :

Alors si on applique ces principes dans la cause en espèce, je ne suis pas convaincu que l'agent de la paix avait des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction allait se produire par cet individu spécifiquement. Le simple fait que [la plaignante] avait connaissance d'un texto sur son téléphone cellulaire qu'un certain Pete vendait de la drogue à son fils, cela à un certain McDonald's dans la région de la rue Elmwood et même probablement sur la rue Morton, elle ne connaissait rien de plus sauf que son fils était un habitué de la drogue et ne voulait l'héberger chez-elle. Bien que son fils ait admis acheter de la drogue d'un certain Pete il ne l'a pas décrit au policier. Le fait que

les agents aperçoivent un individu d'une description proche à celle donnée par [la plaignante], aucune preuve n'est fournie que cet individu portait le nom de Pete à ce moment-là. Ce n'est pas parce qu'une personne voit un policier s'approcher, tente de s'esquiver, que ce comportement laisse conclure de l'intention [...] de commettre ou d'être en train de commettre un crime. Le pouvoir qu'avait le policier d'enquêter ne pouvait exister que lorsqu'il aurait au moins établi le nom de cette personne qu'il a vue. Et en plus, et ceci c'était en plein jour, il était debout devant un stationnement public de McDonald's et rien n'indique que cet endroit est un endroit utilisé non plus pour commettre le crime tel que celui qu'on soupçonnait, ni aucun autre crime de quelque nature que ce soit. Les policiers n'avaient quand même pas constaté aucun crime être commis à ce moment-là. [Le fils] n'était même pas présent, ni avant, ni au moment de l'arrestation pour indiquer au policier que c'était la personne qui lui vendait de la drogue. La description [...] donnée [...] par la mère [...] n'était pas suffisante pour que le policier conclue que la personne qu'il arrêta était bel et bien le trafiquant de stupéfiants à cet endroit. Le McDonald's mentionné par [le fils] au policier était dans la région d'Elmwood Drive. Il ne parlait pas de la rue Morton, bien que la mère l'ait mentionné. Bien que la rue Morton tombe sur Elmwood Drive plus loin, est-ce que c'est suffisant pour conclure définitivement que c'est le même McDonald's. Je n'ai pas d'autre preuve; je n'ai pas d'autre preuve; je ne sais pas s'il en existe d'autres ou non sur la rue – sur la rue Elmwood. Il n'y avait pas eu d'information provenant de source fiable. Rien n'indiquait non plus que le comportement de l'accusé était constant avec un trafiquant de drogues comme fut le cas dans la décision de *R. c. Hamilton*, Cour provinciale du Nouveau-Brunswick de 2013. Les circonstances de son arrestation n'étaient pas, selon moi, suffisantes pour en conclure de la légalité de l'arrestation. Par conséquent, il y a eu violation, à mon avis, de l'article 9 de la *Charte des Droits* et la fouille qui s'en suivit aurait été abusive.

- [11] Dans la plupart des cas, la thèse de la poursuite en matière de légalité d'arrestation se fonde sur une constellation de circonstances qui, en elles-mêmes, peuvent n'avoir que peu ou pas de valeur probante, mais dont l'effet cumulatif démontre l'existence des motifs raisonnables requis aux termes de l'al. 495(1)a) du *Code criminel*. Or, en l'espèce, le juge a évalué individuellement et isolément la valeur probante de

chaque circonstance que la poursuite a invoquée à l'appui de sa prétention que l'arrestation était fondée sur des motifs raisonnables. Il s'agit d'une méthode qui est unanimement rejetée par les cours d'appel, lesquelles privilégient une appréciation de la valeur probante de l'effet cumulatif des circonstances pertinentes : *Goodine c. R.*, 2006 NBCA 109, 307 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 178. S'il avait employé cette méthode analytique, le juge aurait pu conclure à l'existence des motifs requis pour légitimer l'arrestation de l'intimé. À cet égard, il importe de rappeler que lorsque la personne visée, soit celle à qui un agent de la paix dit qu'elle est sous arrestation, ne se soumet pas, l'« arrestation » n'a lieu que lorsqu'un agent de la paix se saisit de cette personne ou la touche dans le but de la détenir : *R. c. Whitfield*, [1970] R.C.S. 46, [1969] A.C.S. n<sup>o</sup> 66 (QL), à la p. 48, et *R. c. Asante-Mensah*, 2003 CSC 38, [2003] 2 R.C.S. 3, au par. 42. Il s'ensuit que les motifs pouvant justifier l'arrestation sans mandat de l'intimé comprennent sa tentative d'échapper au gendarme Patterson.

[12] L'appelant soutient également que les motifs du juge en lien avec l'application du par. 24(2) de la *Charte* portent à conclure qu'il était d'avis que l'exclusion des éléments de preuve saisis de la personne de l'intimé à la suite de son arrestation « illégale » était « automatique ». Voici les propos du juge sur le sujet :

[...] Les circonstances de son arrestation n'étaient pas, selon moi, suffisantes pour en conclure de la légalité de l'arrestation. Par conséquent, il y a eu violation, à mon avis, de l'article 9 de la *Charte des Droits* et la fouille qui s'en suivit aurait été abusive. Il n'aurait pas été arrêté de façon légale. Alors, en vertu de l'article 24, paragraphe 2, je dois écarter d'admissibilité de cette preuve-là qui a été entendue lors du voir-dire. Prochaine question maintenant, est-ce que la poursuite veut continuer avec le procès? Peut-être que vous voulez continuer, je ne le sais pas moi.

[J'ai souligné.]

[13] Bien entendu, le juge ne pouvait exclure les éléments de preuve produits par la poursuite sans répondre par l'affirmative et de façon circonstanciée à la question qui est au cœur de l'application du par. 24(2) de la *Charte* : eu égard aux circonstances, l'utilisation des éléments de preuve en question est-elle susceptible de déconsidérer

l'administration de la justice? L'élaboration d'une réponse fondée en droit dépend de la prise en compte des trois facteurs d'analyse que la Cour Suprême du Canada a cernés, notamment dans l'arrêt de principe *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353. Le juge du procès ne s'est pas conformé aux obligations que cette méthode analytique impose.

#### IV. Conclusion et dispositif

[14] À mon avis, et avec égard, il ne fait aucun doute que les erreurs du juge du procès que je viens de recenser ont eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement : *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14. Cela étant, je l'écarterais et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.



Court's reasons for judgment delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] This is an appeal from a verdict of acquittal rendered in Provincial Court in relation to a charge of possession of hydromorphone for the purpose of trafficking, an indictable offence under s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. The acquittal resulted from the exclusion of evidence seized from the respondent immediately following his arrest, evidence that was critical to the prosecution. In the judge's view, the evidence had to be excluded because the respondent's detention had been "arbitrary" within the meaning of s. 9 of the *Charter* since he had been arrested without reasonable grounds to believe he was about to commit an indictable offence. It followed that the search of the respondent had been unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

[2] In the Attorney General's submission, the finding that the respondent's constitutional rights were infringed and the exclusion of the evidence in question flow from errors of law and the appeal is, therefore, authorized under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. For the reasons that follow, and with respect, I would give effect to that submission.

II. Background

[3] At about 12:30 p.m. on September 12, 2013, a citizen reports a theft to the RCMP. The complainant claims her adult son, who lives with her and is a drug addict, had stolen approximately \$50 from her purse that morning. She asks the RCMP to help evict him from her residence.

[4] Responding to the complaint, two constables, Luc Basque and Luke Patterson, proceed to the complainant's residence, where they encounter her son. The constables confront him with the theft complaint and drug addiction allegation. He admits to the theft and acknowledges he has "a drug problem." The son tells the constables that he buys his drugs from someone named "Pete" in the "Elmwood Drive area." The son ultimately consents to vacate his mother's residence and Constable Basque agrees to drive him to a friend's home.

[5] En route, Constable Basque receives a call from the complainant. Wishing to avoid the son hearing his mother's statements, Constable Basque ends the call, and contacts Constable Patterson to direct him to call the complainant, which he does immediately. The complainant provides the following information: (1) she is aware of facts that, in her opinion, demonstrate her son is a regular drug user; (2) she also believes him to be a drug addict; (3) she is convinced her son stole the money from her wallet in order to procure drugs; (4) she checked her cell phone and understands from the text messages received and sent by her son that an imminent drug sale/purchase transaction is scheduled in the vicinity of the McDonald's restaurant on Morton Avenue; and (5) the complainant is able to provide the following description of the individual supplying drugs to her son: a short, slim or skinny, bald man.

[6] In light of this information, Constable Patterson believes an indictable offence, namely drug trafficking, is about to be committed in the vicinity of the McDonald's restaurant on Morton Avenue. He immediately proceeds to the scene, where he observes an individual standing on the sidewalk who matches the description the complainant has just provided. It is the respondent. In fact, he is the only person at the scene who matches the description in question.

[7] Constable Patterson approaches and parks his marked police vehicle a few feet from the respondent. While exiting his vehicle, the respondent looks at him, turns around and makes his way towards the McDonald's drive-through area. The constable orders him to halt: "Stop, you're under arrest." The respondent runs away.

[8] After a brief chase, the respondent is intercepted, thrown to the ground and placed under arrest. The police officers search him and seize: (1) a lighter; (2) a marijuana joint in a cigarette package; (3) a cell phone; (4) pills that subsequent analysis will confirm are hydromorphone; (5) a knife; (6) banknotes hidden in his socks; (7) a plastic bag containing a substance with all of the features of marijuana; and (8) bundles of banknotes (totalling several thousand dollars) hidden under his clothing and taped to his waist.

### III. Analysis and Decision

[9] At trial, which, as I have pointed out, was on a charge of possession of hydromorphone for the purpose of trafficking, Crown counsel contended the respondent's arrest, although warrantless, was nonetheless lawful as it was based upon reasonable grounds pursuant to s. 495(1)(a) of the *Criminal Code*. The factual basis for these grounds is set out in the previous section.

[10] The trial judge rejected this submission for the following reasons:

#### [TRANSLATION]

So, if we apply these principles in the case at bar, I am not persuaded that the peace officer had reasonable and probable grounds to believe that this specific individual was about to commit an offence. The mere fact that [the complainant] had knowledge of a text message on her cell phone that someone named Pete was selling drugs to her son at a certain McDonald's restaurant in the Elmwood Drive area and even probably on Morton Avenue, she did not know anything else, except that her son was a drug user and she did not want to put him up in her home. Although her son admitted to buying drugs from someone named Pete, he did not describe him to the police officer. The fact that the officers see an individual of a description resembling the one given by [the complainant], no evidence is provided, at that point, that this individual's name is Pete. The fact that someone sees a police officer approaching and tries to slip away does not mean this behaviour suggests that the person intends [...] to commit

or is in the process of committing a crime. The police officer's power to investigate could exist only once he had at least determined the name of the person he saw. Moreover, and this was in broad daylight, he was standing in front of a public McDonald's parking lot and there is nothing to indicate that this location is one used to commit crimes such as the one suspected, or any other crime of any nature whatsoever. The police officers had not observed any crime being committed at that time. [The son] was not even present, either before or at the time of the arrest, to tell the police officer that this was the person who sold him drugs. The description [...] given [...] by the mother [...] was not sufficient for the police officer to conclude that the person he was arresting was in fact the drug dealer in the area. The McDonald's restaurant that [the son] mentioned to the police officer was in the Elmwood Drive area. He was not talking about Morton Avenue, although the mother mentioned it. Although Morton Avenue intersects with Elmwood Drive further along, is this sufficient to definitively conclude that it is the same McDonald's restaurant? I have no other evidence; I have no other evidence; I do not know whether or not there are any others on – on Elmwood Drive. There was no information from a reliable source. There was also nothing to indicate that the accused's behaviour was consistent with someone trafficking in drugs like in the 2013 Provincial Court of New Brunswick decision in *R. v. Hamilton*. In my view, the circumstances of his arrest were not sufficient to conclude the arrest was lawful. Accordingly, I am of the opinion that section 9 of the *Charter of Rights* was infringed and the search that followed was unreasonable.

[11] In most instances, the prosecution's case on the issue of arrest lawfulness is based upon a constellation of circumstances which, individually, may be of little or no probative value, but whose cumulative effect demonstrates the existence of the reasonable grounds required under s. 495(1)(a) of the *Criminal Code*. In this case, however, the judge assessed the probative value of each individual and isolated circumstance relied upon by the prosecution in support of its contention that the arrest was based on reasonable grounds. This approach has been unanimously rejected by appellate courts, all of which favour an assessment of the probative value of the cumulative effect of the relevant circumstances: *Goodine v. R.*, 2006 NBCA 109, 307

N.B.R. (2d) 178. Had he applied this analytical framework, the judge might have found the grounds required to clothe the respondent's arrest with the mantle of lawfulness did exist. In this regard, it is important to remember that where there is no submission by the individual targeted, i.e. the person informed by a peace officer he or she is under arrest, the "arrest" occurs only once a peace officer seizes the person or touches him or her with a view to detention: *R. v. Whitfield* [1970] S.C.R. 46, [1969] C.S.C. No. 66 (QL), at p. 48, and *R. v. Asante-Mensah*, 2003 SCC 38, [2003] 2 S.C.R. 3, at para. 42. It follows that the bundle of justificatory grounds for the respondent's warrantless arrest include his attempt to escape from Constable Patterson.

[12] The appellant further contends the judge's reasons in connection with the application of s. 24(2) of the *Charter* suggest he believed the exclusion of the evidence seized from the respondent following his "unlawful" arrest was "automatic." The judge had this to say on the subject:

[TRANSLATION]

[...] In my view, the circumstances of his arrest were not sufficient to conclude that the arrest was lawful. Accordingly, I am of the opinion that section 9 of the *Charter of Rights* was infringed and the search that followed was unreasonable. He was not arrested lawfully. Therefore, pursuant to subsection 24(2), I have to exclude that evidence, which was heard during the *voir dire*. The next question, now, is: does the prosecution want to continue with the trial? You may want to continue, I do not know.

[Emphasis added.]

[13] Of course, the judge could not exclude the evidence proffered by the prosecution without answering in the affirmative, and in detail, the question at the heart of the application of s. 24(2) of the *Charter*: having regard to all the circumstances, would the admission of the evidence in question bring the administration of justice into disrepute? The formulation of a principled answer involves a consideration of the three lines of inquiry prescribed by the Supreme Court of Canada, notably in its seminal

judgment in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. The trial judge failed to comply with the requirements of this analytical approach.

IV. Conclusion and Disposition

[14] In my view, and with respect, there is no doubt the errors of the trial judge, which I have just adumbrated, had a material bearing on the acquittal: *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14. That being so, I would set aside the verdict and order a new trial.