

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

92-16-CA

SHANE WILLIAMS

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Williams v. R., 2018 NBCA 70

CORAM:

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

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:

September 19, 2016 (conviction)
December 9, 2016 (sentencing)

History of Case:

Decision under appeal:
2016 NBQB 231

Preliminary or incidental proceedings:
2015 NBQB 179

Appeal heard:
June 26, 2018

Judgment rendered:
November 1, 2018

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Concurred in by:
The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Larlee

SHANE WILLIAMS

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Williams c. R., 2018 NBCA 70

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :

le 19 septembre 2016 (déclaration de culpabilité)
le 9 décembre 2016 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2016 NBBR 231

Procédures préliminaires ou accessoires :
2015 NBBR 179

Appel entendu :
le 26 juin 2018

Jugement rendu :
le 1 novembre 2018

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Larlee

Counsel at hearing:

For the appellant:
Nathan J.S. Gorham

For the respondent:
Michael S. Taylor, Q.C.

THE COURT

The appeal is dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Nathan J.S. Gorham

Pour l'intimée :
Michael S. Taylor, c.r.

LA COUR

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] Shane Williams, Joshua Kindred and Anthony Edison were all charged with numerous offences relating to their involvement in a drug trafficking enterprise. Represented by separate defence counsel, Mr. Williams and Mr. Kindred were tried together before a judge of the Court of Queen's Bench. Mr. Edison, also represented by different counsel, was tried separately before a court composed of a judge and jury. During the pretrial motions for all three men, all defence counsel applied to exclude judicially authorized intercepted communications from the evidence at trial, arguing the evidence had been obtained in violation of s. 8 of the *Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982 (UK)*, 1982, c 11. Defence counsel also applied for an order pursuant to s. 11(d) of the *Charter* to disqualify the trial judge, in each case a puisne judge of the New Brunswick Court of Queen's Bench, from hearing the *Charter* challenge. Defence counsel submitted that, since the authorizations to intercept private communications had been issued by the Chief Justice of the Court of Queen's Bench, the judges were no longer independent. This, they argued, was so because the *Judicature Act*, R.S.N.B 1973 c. J-2, allows the Chief Justice to transfer puisne judges, without their consent, to other areas of the province.

[2] The trial judges dismissed the applications, resulting in the admission of the intercepted communications. All three were convicted. All three now appeal. They submit: the trial judges erred in dismissing their applications to examine various witnesses, including the affiant, several non-affiant witnesses, and the designated Crown agents; the trial judges erred in dismissing the applications under section 11(d) of the *Charter*; and, the trial judges erred by upholding the authorization to intercept. Two of the three seek leave to appeal their sentences. Mr. Williams alleges the trial judge erred by increasing his parole ineligibility, while Mr. Edison says the trial judge in his case

erred in declining to hear a motion concerning abuse of process and imposed an unreasonable sentence not justified in the totality of the circumstances.

[3] The following reasons explain why I would dismiss Mr. Williams' appeal.

II. Background

[4] In order to set out the background against which this appeal must be decided, I borrow liberally from the written submissions of the parties and the trial judge's decision. It should be noted the parties generally agree with the facts. While the facts in the Williams/Kindred matter are not identical to those in Mr. Edison's case, the descriptions of the type of evidence and of investigatory events are common to all cases.

[5] In the fall of 2011, the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) began investigating the illegal sale of drugs in the Saint John region. During the investigation, the RCMP employed various investigative procedures: surveillance, tracking warrants, general warrants, statements from witnesses, statements from confidential informants, and, most importantly, the recruitment of an agent.

[6] By May 2014, police were preparing to apply for an authorization under ss. 185 and 186 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to intercept private communications. The affiant, Cpl. Girard, prepared a 464-page Information to Obtain (ITO) and filed it along with the application and a draft authorization in the Court of Queen's Bench in Moncton on May 12, 2014. The application was not limited to a request to intercept private communication; the police also sought to intercept communications to which one party consented (s. 184.2 of the *Criminal Code*), a general warrant (s. 487.01 of the *Criminal Code*), an assistance order (s. 487.02 of the *Criminal Code*), as well as an order sealing the materials (s. 187 of the *Criminal Code*).

[7] In the ITO, the RCMP targeted seven individuals who, they alleged, were selling drugs in the Saint John area. To advance the investigation against these targets,

the police proposed to enlist the help of an agent who was involved in the drug trade in Saint John and knew many of the targets personally. The agent was the proprietor of an enterprise that sold cellular phones as well as other technological instruments and was prepared to testify at trial. The affiant explained in the ITO that, if the authorizations were granted, the police would issue Blackberry cellular phones equipped with encryption technology to the agent, who would then sell the phones to the targets under the guise of providing them with secure means for communicating with one another.

[8] The ITO dated May 12, 2014, did not have a *jurat*. It simply indicated: “Dated at ____ in the Province of New Brunswick, this ____ of May 2014.” A Commissioner of Oaths signed the ITO and affixed her stamp. Cpl. Girard also signed the ITO, and, at the beginning of the document, wrote: “I, Cpl. Matthieu Girard ... hereby MAKE OATH AND SAY AS FOLLOWS: [...].”

[9] On May 12, 2014, the Chief Justice of the Court of Queen’s Bench signed the authorization. On the final page of the ITO, para. 604 deals with the duration of the requested authorization. Cpl. Girard states:

It is proposed that this authorization, and related orders and warrants shall be valid for the period not exceeding 60 days, from and including the ____ day of May 2014, up to and including the ____ day of July 2014.

[10] When he executed the authorization, the judge inserted a start date of May 15, 2014, and a concluding date of July 14, 2014, a total of 61 days. When Cpl. Girard become aware of this during his return trip from Moncton to Fredericton, he went back to Moncton and explained the situation to an individual in the Clerk’s office. It was in turn brought to the authorizing judge’s attention and he corrected the ending date to July 13, 2014, and initialled the change.

[11] Once the police had obtained the signed authorization, they distributed the phones through the agent to Mr. Williams, Mr. Kindred and others. The phones were equipped with Pretty Good Privacy (PGP) emailing capability, and encryption software

that prevented the interception of electronic mail communications, but all other communication functions, such as telephoning, peer to peer messaging, and text messaging were disabled. By May 28, 2014, the police began intercepting emails between the targets and the agent.

[12] On June 6, 2014, Cpl. Girard realized there was a problem with the authorization. The email domain name in the ITO was indicated to be “cryplock.net” but the phones provided to the targets were configured with emails using the domain name “cryptlock.net” (emphasis added). In other words, because of one missing letter, the police had been intercepting electronic communications between email addresses that were different than those that had been authorized. Cpl. Girard brought the problem to the attention of, among others, his superior, Sgt. Vachon; the lead investigator, Sgt. Gendre at Covert Intercept Unit at RCMP headquarters in Ottawa; the Crown agents assigned to the file; and Inspector Al Farrah, the team commander. The officers decided to continue with interceptions and to apply for an amendment to the original authorization.

[13] On June 11, 2014, Cpl. Girard attended at the courthouse with an application to amend the original order. The application explained why other remedial steps were determined to be impractical and requested the May 12, 2014 authorization be amended to permit the interception of email addresses with the domain name of “cryptlock.net.” The Chief Justice of the Court of Queen’s Bench signed the amendment and police continued to intercept emails sent and received between the named parties and the agent. On July 10, 2014, Cpl. Girard applied for a further authorization, which was to be in force for another 60 days. In support of this application, he included the information from the original authorization as well as an update concerning the progress of the investigation and some of the emails that had been intercepted during the period covered by the original authorization.

[14] During the interception periods, the police obtained both audio and video recordings of the agent’s interactions with Mr. Williams and others. Specifically, they equipped the agent’s rental vehicle with a camera, a listening device and a GPS tracking

device. The police also installed cameras in the agent's residence: one covering the entrance, and three inside the residence. When the agent met with the targets, he also wore a body pack that audio-recorded his conversations.

[15] In the May 12, 2014 ITO, the affiant did not identify Mr. Kindred as a principal target of the interceptions. Rather, the affiant described Mr. Kindred and many other individuals as "other known persons." In the July 10, 2014 ITO, Mr. Kindred was identified as a "principal known person" whose communications "may be intercepted." After two 60-day periods of interceptions, the police arrested Mr. Williams and Mr. Kindred and charged them with various offences under the *Criminal Code*, and the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996 c. 19 (*CDSA*). They were remanded into custody following their arrests.

III. Procedural Background

[16] On June 1, 2015, pre-trial motions began and continued intermittently until February 23, 2016. The central issue, on behalf of Mr. Williams and Mr. Kindred, was the defence application to exclude electronic communications obtained pursuant to the two judicial authorizations. Specifically, defence counsel argued the first authorization was invalid for a variety of reasons. First, he submitted the ITO was not an affidavit because it lacked a *jurat*. Since s. 185(1) of the *Criminal Code* provides the application shall be accompanied by an affidavit, the defence submitted the failure to include a *jurat* at the conclusion of the ITO meant the application did not comply with the statutory preconditions for a valid authorization. Furthermore, defence counsel contended the police were not authorized by the first warrant to intercept emails with the domain name "cryptlock.net"; rather, the authorization granted legal authority to intercept "cryptlock.net" emails. Defence counsel submitted that, although the error may have been inadvertent, the decision to continue with the interceptions after realizing the error was a serious violation of s. 8 of the *Charter* sufficient to warrant the exclusion of the evidence. Counsel added the authority to intercept private communications could not be granted

after the fact, and, as a result, the interceptions between May 12, 2014, and June 11, 2014, were obtained in violation of the *Charter*.

[17] Defence counsel also took the position the applications did not demonstrate the police had tried other investigative procedures that had failed or that other investigative procedures were unlikely to succeed. The defence argued police had deployed a wide variety of investigative techniques, the most impressive of which was their recruitment of an agent who was willing to consent to the interception of his personal communications with the targeted individuals and to testify in court. The agent had also disclosed to the police substantial evidence implicating the named parties in criminality; this suggested the police had a viable prosecution even without the interception of private communications. Additionally, the police had the unexplored option of a single-party consent interception pursuant to s. 184.1 of the *Criminal Code*, whereby the agent could continue collecting evidence against the named parties while the police watched, listened, and recorded conversations. With all of this, defence counsel submitted the investigative necessity precondition under ss. 185 and 186 of the *Criminal Code* had not been met.

[18] In support of the warrant challenge, defence counsel applied to cross-examine or examine various witnesses: (1) Cpl. Girard, regarding investigative necessity, the missing *jurat*, and his actions in relation to the error regarding the domain name; (2) S/Sgt. Al Farrah and S/Sgt. Al Saad, regarding the circumstances under which the decision was made to continue with interceptions after the error in the domain name had been discovered; (3) Sgt. Gendre, regarding the significance of the domain name in the process of intercepting the communications; (4) Sgt. Vachon, concerning the decision to continue with the interceptions after June 6, 2014; (5) and the designated Crown agents, regarding whether they fulfilled their duties as defined by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ebanks*, 2009 ONCA 851, [2009] O.J. No. 5168 (QL).

[19] Defence counsel also applied for the trial judge to recuse himself on the ground that a puisne judge of the Court of Queen's Bench was not an "independent tribunal" within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*. Counsel argued such a judge was not able to review the authorization issued by the Chief Justice of the Court of Queen's Bench because the *Judicature Act* confers upon the Chief Justice of that court significant powers over puisne judges. Since these powers include relocating judges to other areas of New Brunswick, counsel submitted a reasonable observer, informed of the circumstances, would not believe a puisne judge enjoyed the independence required by s. 11(d) of the *Charter*.

[20] In response to the defence applications, the prosecution argued the authorization should be upheld. Crown counsel contended the trial judge could conclude from the face of the ITO that it had been taken under oath. Because the police had previously obtained warrants, production orders, data recorder authorizations, as well as other judicial authorizations, the prosecution said it was clear the interception of private communications was reasonably necessary to advance the investigation. Crown counsel submitted the error in the domain name was immaterial, as it was the PIN and not the domain name that was used to intercept the communications. Crown counsel also opposed the application to cross-examine various witnesses. He argued that Mr. Williams had failed to demonstrate a reasonable likelihood the cross-examination would elicit relevant evidence in the case of the non-affiant witnesses and evidence tending to discredit the authorization in the case of the affiant. Finally, prosecution counsel contended the trial judge was independent of the Chief Justice of the Court of Queen's Bench of New Brunswick, and, consequently, the defence application under s. 11(d) of the *Charter* should be dismissed.

[21] On August 24, 2015, the trial judge dismissed the defence application under s. 11(d) of the *Charter*. He concluded a well-informed, reasonable member of the public would not be concerned whether he lacked judicial independence from the Chief Justice of the Court of Queen's Bench. In particular, the trial judge reasoned, in the absence of specific evidence tending to undermine his impartiality, it would be

speculative to think he would disregard his oath of office and rule against his conscience because of fear that the Chief Justice of the Court of Queen's Bench could use powers under the *Judicature Act* to his detriment.

[22] On August 31, 2015, the trial judge determined the defence would be permitted to cross-examine the affiant on some aspects of the evidence. He held that cross-examination would be allowed concerning the absence of a *jurat* as well as the discovery of the mistaken domain name and the efforts to redress the problem. However, he dismissed the application to cross-examine the affiant regarding investigative necessity.

[23] On January 20, 2016, the trial judge held defence counsel would also be permitted to cross-examine Sgt. Vachon regarding the circumstances under which he learned of the error regarding the domain name, as well as his response to the issue, including his decision to persist with the interceptions after learning of the error. With respect to cross-examination of the Crown agents, the trial judge determined the proposed questioning was not necessary, and he did not allow it. On February 4, 2016, the trial judge also dismissed the defence application to cross-examine the remaining witnesses, including S/Sgt. Saad and S/Sgt. Farah. He explained: "their evidence was largely covered by Sgt. Vachon and Cpl. Matthieu Girard to date. So I'm not going to order that [they] be cross examined."

[24] On March 15, 2016, the trial judge rendered his decision dismissing the challenge to the authorizations under ss. 8 and 24(2) of the *Charter*. He concluded the issuing justice could have inferred the ITO was a sworn affidavit, since the document began with the declaration "I ... make oath and say," the declarant signed the document, and the Commissioner of Oaths also signed it and affixed her seal. Also, the evidence as amplified on the application demonstrated the document had been sworn; Cpl. Girard testified the Commissioner had administered the oath. The trial judge also held the issuing justice could have concluded investigative necessity had been established. The ITO supported the inference, in his view, that "the interception of the messages on the

PGP BlackBerry devices was likely the only method of obtaining evidence to move this investigation forward in a way that would achieve their stated objectives, particularly that of successfully prosecuting the so-called higher ups in the local drug trade.”

[25] Finally, the trial judge held the police had intercepted communications based on the PIN associated with each phone and not the domain name attached to the email. As a result, the domain name was merely an “unnecessary additional identifier of the place to be searched.” Consequently, he concluded, the error in the domain name included in the original ITO of May 12, 2014, was immaterial and did not invalidate the authorizations. Since the initial authorization had been lawful, the evidence collected pursuant to that authorization was not obtained in violation of the *Charter*. Thus, the trial judge reasoned, the subsequent authorization, dated July 11, 2014, did not violate the *Charter*. All of the evidence obtained from the May 12, June 11, and July 10, 2014 authorizations was therefore admitted.

[26] On September 19, 2016, the trial judge rendered his decision convicting Mr. Williams and Mr. Kindred on all counts. In the decision, he cautioned himself against relying on the evidence of the agent without looking for corroborative evidence. After considering the intercepted communications as supporting the agent’s evidence, the trial judge concluded the prosecution had proven its case beyond a reasonable doubt. On December 9, 2016, the trial judge sentenced Mr. Williams to imprisonment for 78.5 months, calculated as nine years and 11 months less credit for time served. Pursuant to s. 743.6 of the *Criminal Code*, the judge directed Mr. Williams would not be eligible for parole until at least half his sentence had been served. He also issued a number of ancillary orders.

IV. Grounds of appeal

[27] Mr. Williams appeals his conviction, submitting the trial judge erred by:

- 1) dismissing the defence applications to examine witnesses;

- 2) dismissing the defence application under s. 11(d) of the *Charter*; and
- 3) upholding the authorizations.

[28] Alternatively, Mr. Williams seeks leave to appeal the sentence on the ground the judge erred in increasing the period of parole ineligibility.

V. Analysis

A. *Did the trial judge err in dismissing applications to examine witnesses on various issues?*

[29] The trial judge dismissed the defence applications to cross-examine the affiant (regarding investigative necessity), non-affiant witnesses (regarding the error with the domain name and the June 11, 2014 authorization), and the designated agents (concerning the error in the domain name, the decision to continue intercepting communications after the discovery of the error, and whether the warrant applications met the preconditions of ss. 185 and 186 of the *Criminal Code*).

[30] Mr. Williams submits the trial judge erred by applying an incorrect legal test regarding each category of witness. The Crown contends the trial judge judiciously exercised his discretion to deny leave to cross-examine the ten proposed witnesses regarding a misspelled domain name. The Crown says the defence tactic was to round up everyone who was tangentially related to the domain name error. The inquiry began with the affiant but quickly spread. The trial judge granted leave to cross-examine the affiant, saying “it may or may not result in any significant evidence being elicited but the factual situation is not entirely clear and, in my view, trial fairness requires that the accused have the right to cross-examine Cpl. Girard on this issue” (Decision, August 31, 2015, para 12).

[31] In *R. v. Pires/R. v. Lising*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343, the Supreme Court clarified the legal test concerning the granting of leave to cross-examine an affiant. Charron J., writing for the unanimous Court, explained:

There is no question that the right to cross-examine is of fundamental significance to the criminal trial process. However, it is neither unlimited nor absolute. The extent to which it becomes a necessary adjunct to the right to make full answer and defence depends on the context. The *Garofoli* threshold test requires that the defence show a reasonable likelihood that cross-examination of the affiant will elicit testimony of probative value to the issue for consideration by the reviewing judge. It is grounded in two basic principles of evidence: relevance and materiality. It is also born out of concerns about the prolixity of proceedings and, in many cases, the need to protect the identity of informants. The rule does not infringe the right to make full answer and defence. There is no constitutional right to adduce irrelevant or immaterial evidence. Further, the leave requirement strikes an appropriate balance between the entitlement to cross-examination as an aspect of the right to make full answer and defence, and the public interest in the fair, but efficient, use of judicial resources and the timely determination of criminal proceedings. [para. 3]

[32] After demonstrating the proposed questioning is relevant to a material issue on the application, Charron J. says:

As discussed earlier, the *Garofoli* leave requirement is simply a means of weeding out unnecessary proceedings on the basis that they are unlikely to assist in the determination of the relevant issues. The reason that the test will generally leave just a narrow window for cross-examination is not because the test is onerous -- it is because there is just a narrow basis upon which an authorization can be set aside. Hence, in determining whether cross-examination should be permitted, counsel and the reviewing judge must remain strictly focused on the question to be determined on a *Garofoli* review -- whether there is a basis upon which the authorizing judge could grant the order. If the proposed cross-examination is not likely to assist in the determination of this question, it should not be permitted.

However, if the proposed cross-examination falls within the narrow confines of this review, it is not necessary for the defence to go further and demonstrate that cross-examination will be successful in discrediting one or more of the statutory preconditions for the authorization. Such a strict standard was rejected in *Garofoli*. A reasonable likelihood that it will assist the court to determine a material issue is all that must be shown. [para. 40]

[33] In the case before us, Mr. Williams did not demonstrate a reasonable likelihood the cross-examination of the witnesses would assist the court in determining a material issue. The defence did not assert a theory of wrongdoing, he merely identified the role of each witness and what they wished to examine the witnesses about. The majority of the police witnesses were to be examined respecting the manner in which the error came to light, what steps they took and why they were taken. Defence counsel even requested Chief Justice Smith be cross-examined since he was the only witness capable of testifying whether or not he has been misled. In addition, two court staff members were said to be able to shed light with respect to their interactions with the affiant. All this, in the absence of any allegation, let alone evidence, of impropriety. It is apparent the objective was to inquire into the circumstances of the error by calling everyone involved or affected by it and then seeing if anything arose out of these inquiries.

[34] The trial judge allowed cross-examination of three witnesses respecting this issue; Mr. Williams now submits he was denied the opportunity to examine the other ten witnesses. In my view, an overly broad inquiry of all individuals remotely connected with the typographical error in the original affidavit would not have served any purpose.

[35] A review of the trial judge's decision indicates it was consistent with the jurisprudence. The trial judge plays an important role in maintaining the proceedings on their proper course. *Voir dire*s may be held ancillary to the trial in order to determine the admissibility of evidence at trial. These *voir dire*s must be viewed in the full context of the trial of which they are only a component. The right to full answer and defence will depend on the context in which it is invoked – in the case before us, a *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, [1990] S.C.J. No. 115 (QL), motion.

[36] In *Pires/Lising*, the central issue was whether the *Garofoli* requirement for leave to cross-examine the affiant offended the right to full answer and defence. Charron J. explained the scope of the right to full answer and defence is informed by the limited scope of the application itself, and the narrow basis upon which it may be granted. She made it clear the s. 8 hearing must remain focused:

It is in this narrower context that the right to cross-examine, as an adjunct to the right to make full answer and defence, must be considered. There is no point in permitting cross-examination if there is no reasonable likelihood that it will impact on the question of the admissibility of the evidence. The *Garofoli* threshold test is nothing more than a means of ensuring that, when a s. 8 challenge is initiated, the proceedings remain focused and on track. Even on the trial proper, the right to cross-examine is not unlimited. In *Lyttle*, the Court reiterated the principle that counsel are “bound by the rules of relevancy and barred from resorting to harassment, misrepresentation, repetitiousness or, more generally, from putting questions whose prejudicial effect outweighs their probative value” (para. 44 (emphasis added)). The *Garofoli* threshold test is all about relevancy. If the proposed cross-examination is not relevant to a material issue, within the narrow scope of the review on admissibility, there is no reason to permit it. [para. 31]

[37] She went on:

The concern over the constructive use of judicial resources is as equally, if not more, applicable today as it was 15 years ago when *Garofoli* was decided. For our justice system to operate, trial judges must have some ability to control the course of proceedings before them. One such mechanism is the power to decline to embark upon an evidentiary hearing at the request of one of the parties when that party is unable to show a reasonable likelihood that the hearing can assist in determining the issues before the court. [para. 35]

[38] In *Pires/Lising*, the Court did not just affirm the *Garofoli* leave requirement to cross-examine affiants, it also defined how the judge should balance the

competing interests of full answer and defence and limited judicial resources when an authorization is being challenged.

[39] In my view, the unconstrained examination of witnesses with little connection to a presumptively valid judicial authorization runs counter to the principles defined in *Pires/Lising*. In a *Garofoli* application, the affiant is the witness who may possess the most relevant evidence. It is not sufficient to indicate that a portion of the evidence the police relied on is actually false. Charron J. explained:

In some cases, the proposed cross-examination may be directed at the credibility or reliability of an informant. However, cross-examination that can do no more than show that some of the information relied upon by the affiant is false is not likely to be useful unless it can also support the inference that the affiant knew or ought to have known that it was false. We must not lose sight of the fact that the wiretap authorization is an investigatory tool. At that stage, a reasonable belief in the existence of the requisite statutory grounds will suffice for the granting of an authorization. Upon further investigation, the grounds relied upon in support of the authorization may prove to be false. That fact does not retroactively invalidate what was an otherwise valid authorization. [para. 41]

[40] Relevance is paramount. The real issue is not whether a proposed witness is an affiant or a sub-affiant. Any time defence seeks to examine witnesses in a *Garofoli* motion the judge may exercise his or her discretion to limit proceedings to inquiries that will assist the Court. That is what the judge did here.

[41] In order to obtain leave to cross-examine the advisory Crown counsel, including the wiretap agents, the applicant had to demonstrate it was likely each witness would give material evidence and that it was necessary to obtain such evidence from the witness. In this case, the trial judge correctly denied leave to cross-examine the witnesses other than the affiant because further evidence from the other witnesses would have been repetitious.

[42] In *R. v. Tingley*, 2015 NBCA 51, 444 N.B.R. (2d) 1, this Court expressed concern respecting prolixity of proceedings and urged trial courts to actively prevent trials from spinning out of control:

Before concluding, however, I feel compelled to observe that, while I believe trial judges are fully justified in imposing strict thresholds, and controlling the process by refusing to embark on evidentiary hearings “at the request of one of the parties when that party is unable to show a reasonable likelihood that the hearing can assist in determining the issues before the court” (para. 35 of *Pires*) and policing the antics and prolixity of the lawyers, I am not critical of the trial judge in this specific case. It is not the role of the Court of Appeal to be a “Monday morning quarterback” reviewing the game tapes in search of error. I am merely observing that, unless strict thresholds are devised and applied, the risk of the process collapsing under its own weight materializes. No one is well served when that occurs. [para. 144]

[43] Mr. Williams argues that, in dismissing his request to cross-examine the affiant regarding investigative necessity, the trial judge applied an incorrect legal test. He further submits that, at the outset of the decision, the trial judge explained the accused must show some basis for concluding the cross-examination will “elicit testimony tending to discredit the existence of one or more of the preconditions to the authorization: *R. v. Garofoli*, supra.” He also cited the principle from *Pires/Lising*. When the judge considered the proposed questioning regarding investigative necessity, he explained: “I find the cross-examination on the issue of investigative necessity is not necessary and will not be permitted.” According to Mr. Williams, the leave requirement the trial judge applied – being “necessary” – is substantially more onerous than the one in the test defined in *Pires/Lising*, which is “helpful to the trial judge” or “probative of an issue.”

[44] Generally speaking, if a warrant application does not establish one or more of the statutory preconditions, the authorization is unlawful. On a warrant challenge, the question for the reviewing judge is whether the ITO could reasonably have supported its issuance. Section 186 of the *Criminal Code* provides an authorization to intercept private

communications may be granted if “other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.” According to s. 185 of the *Criminal Code*, this requirement must be established by affidavit. In *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, the Supreme Court determined investigative necessity is established where, practically speaking, there is “no other reasonable alternative method of investigation, in the circumstances of the particular criminal inquiry.”

[45] Mr. Williams submits the trial judge erred in upholding the warrant for three reasons:

- 1) the ITO could not establish the investigative necessity precondition because it appeared, from the allegations set out in it, that the investigation had already succeeded and could be advanced substantially further without the interception of private communications pursuant to s. 186 of the *Criminal Code*. The police had recruited the agent, who provided them with a wealth of information and agreed to testify in court;
- 2) in addition to collecting information from the agent, the police had also used a variety of investigative techniques: production orders, dialed number recorder authorizations, tracking warrants, general warrants, surveillance and confidential informants. Mr. Williams submits these procedures had not failed, rather they each provided pieces of the puzzle. With the exception of the information provided by confidential sources, the fruits of these investigative procedures were largely admissible in evidence to support the testimony of the agent; and
- 3) by the time the police sought the May 12, 2014 authorization, the agent had consented to the interception of his private communications with the targets

and the police were preparing to audio and video record the agent's home, business and vehicle.

[46] Mr. Williams alleges the affiant did not offer a reasonable explanation for why the targets could not be prosecuted with the information already provided. At various intervals of the ITO, the affiant referred to the failure of previous techniques to yield direct evidence against the targets. Mr. Williams argues the claim that an investigation has failed simply because it had not yielded direct evidence reflects a shortsighted, inaccurate concept of what may constitute a successful investigation and prosecution. Crown counsel submits there was sufficient evidence of investigative necessity such that the issuing justice could grant authorization number one. Regarding the claim of investigative necessity, the trial judge concluded the authorizing judge could well have drawn the inference that interception of the messages on the PGP BlackBerry devices was likely the only method of obtaining evidence needed to move this investigation forward in a way that would achieve the stated objectives, particularly that of successfully prosecuting the so-called higher ups in the local drug trade.

[47] Crown counsel submitted the statutory requirement of investigative necessity does not limit the use of the wiretap to a tool of last resort; it calls for practical necessity in light of the investigative objectives. Mr. Williams' main challenge to investigative necessity was that he believed a one-party consent for the agent's communications would have been sufficient to meet the objectives of the investigation. After reviewing the affidavit evidence carefully, the trial judge concluded the authorizing judge had sufficient, reliable information that might reasonably be believed from which he could conclude the use of a wiretap was practically necessary to further the investigation.

[48] In order to assess investigative necessity, one must look "at the objectives of the investigation as a whole." In this case, the trial judge correctly identified the investigative objectives as "clearly targeting criminals above and beyond those named in the authorization – that is the whole point of the authorization, to identify and prosecute

those occupying the highest rung of the trafficking operation, including suppliers” (para. 70 of the decision dated March 15, 2016).

[49] An assessment of investigative necessity is not limited to prosecution of the named parties. As reflected in the ITO, the objective of Operation J Tornado was to dismantle and disrupt mid- and upper-level cocaine traffickers in the area of Saint John. As a result of Operation J Tornado, several other individuals, apart from Mr. Williams and Mr. Kindred, were convicted. On the other hand, if the scope of the investigation is supported on reasonable grounds, which is not in issue in this case, there is no danger the objectives of the investigation will be inflated so as to make use of a wiretap necessary. The corollary to this is that investigative necessity does not operate to limit police investigations to easily accessible targets. The police identified Anthony Edison as the main target, along with six other high-level traffickers, including Mr. Williams and Mr. Kindred. Their objective was, in part, to “identify all high-level drug traffickers involved in the distribution of controlled substances” with the seven named persons. The agent was one of the ounce-level traffickers to whom Mr. Williams sold cocaine. Even with the agent’s assistance, the suppliers were out of reach and the connections between these groups and within each network were not well understood by the police. The affiant repeatedly stated that other investigative techniques had not assisted in determining the roles of the people involved. In fact, the affiant stated:

If police only made an application for a one party consent authorization, the police agent would only be able to deal with and purchase controlled substances from Anthony Edison, Shane Williams, Robert White and Angus Blizzard. No information would be gathered with respect to suppliers, associates and the means by which these individuals operate, and the only messages which could be intercepted would be those sent or received by: the agent, Anthony Edison, Shane Williams, Robert White and Angus Blizzard.

[50] Furthermore, the trial judge delineated three obstacles that could not be overcome by one-party consent for the agent’s communications, based on the affidavit: 1) the agent was not close to all the named persons; 2) the individuals did not normally

communicate verbally; and 3) they usually did communicate through email with encrypted BlackBerry devices. The Crown submits:

The more sophisticated the group, the more likely that traditional technique will fail. There are significant advantages to criminals who choose to work together to “acquire a level of sophistication and expertise that poses an enhanced threat to the surrounding community”. Communication within the group was critical. A lot of coordination is required to identify a supplier and build a trusted relationship, get the drugs into the city (often by couriers), cut the cocaine to increase the quantity for sale and widen the profit margin, portion and package the cocaine for sale, identify trusted buyers, negotiate terms and set up meetings for the exchanges. The mode of communication used by the targets impacted investigators’ ability to gather evidence by traditional means. By using PGP Blackberry devices to communicate their plans instead of talking to each other, for example, the opportunities for police or other witnesses to overhear were reduced. In order to dismantle the trafficking networks and disrupt the supply and importation of cocaine, the police needed to see the groups’ inner workings – they needed access to the plans and agreements being made on the PGP Blackberry devices. Other investigative techniques “cannot reach the degree of participation and state of mind of those involved”.

[51] Finally, Mr. Williams’ assertion that, based on the past observations of the agent, the Crown already had a viable prosecution against the named parties, is markedly different from his position at trial.

[52] In assessing whether investigative necessity has been established, it is appropriate for the Court to consider the permutations of proof in a criminal trial, including the frailties of evidence and the value of corroborating evidence of an agent or disreputable witness (see *R. v. Rosebush*, 1992 ABCA 293, paras. 11-14, leave to appeal refused, [1992] S.C.C.A. No. 563). The trial judge properly considered the techniques used by the police as well as their limitations; he reviewed the leading jurisprudence

respecting investigative necessity. In *R. v. Nestorovsky (appeal by Mac)*, 2016 ONCA 379, [2016] O.J. No. 2581 (QL), the court stated:

To summarize, the undercover operation could not be escalated due to the risk to the undercover officer. Physical and video surveillance, the number recorder warrants, and the tracking devices were unlikely to reveal anything more than known associations. Lastly, any additional covert entry into Mr. Chan's apartment was unlikely to find any large quantities of drugs since the drugs were not stored there for any lengthy period of time.

The appellant would have this court look at each individual technique in isolation and question why the police did pursue each to its utmost. But the appellant's approach is flawed. The investigative necessity inquiry is contextual and must focus on the investigation as a whole, not examine each individual technique under a microscope. The police were dealing with a sophisticated criminal conspiracy that had proven resistant to traditional investigative techniques. Investigative necessity dictated that a wiretap authorization was the only realistic method by which the police could identify the ring leaders.

The police did not rush to obtain a wiretap authorization in this case. They conducted a thorough and extensive operation and reached an impasse. The trial judge assessed the application as a whole and concluded that there was a basis upon which the authorizing judge could issue the wiretap authorization. I see no basis to disturb this assessment on appeal. [paras. 54-56]

[53] In my view, the trial judge, after taking a contextual approach and not examining each individual technique in isolation, correctly concluded the investigative necessity requirement was made out by the evidence contained in the May 12, 2014, and July 8, 2014 affidavits.

[54] The objectives of Operation J Tornado were broader than what could have been achieved by the agent making direct drug purchases from each of the seven named persons, even if that had been possible. The argument that investigative necessity was not

made out because other techniques would have met the objectives regarding one of the targets was rejected as untenable by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Beauchamp*, 2015 ONCA 260, [2015] O.J. No. 1939 (QL). In that case the court stated: “Investigative necessity is not target-specific any more than the legal standard of proof applies to individual items of evidence adduced in a criminal trial” (para. 119).

[55] The trial judge had sufficient evidence before him to assess the relationship between the agent and the targets on the face of the affidavit. He explained the targets “were out of reach,” in other words, the agent could not buy drugs directly from them. In determining what the agent could reasonably do, it was appropriate for the police to carefully consider how closely the agent had previously associated with the targets and whether setting up a scenario with certain targets would raise suspicions and put the agent and the investigation at risk. In *R. v. Wasfi*, 2006 BCCA 55, [2006] B.C.J. No. 239 (QL), the court stated:

In my opinion, it is an error to suggest that police investigators must avoid anticipating early in an investigation that they will need to apply for a wiretap authorization. The nature of the case might make it plain to the officers early on that it is unlikely they will be able to make a strong case without wiretap evidence. The investigation of drug trafficking and drug conspiracy cases often leads to wiretap evidence becoming a matter of investigative necessity. The use of other means of investigation (recruiting of accomplices and use of undercover operatives, for example) in most drug cases involves a considerable risk of exposing police awareness of the illegal activity to the targets of the investigation before evidence sufficient to make a case is obtained. Such means of investigation also create the substantial potential of putting people in harm's way. The reviewing judge must look at the particular evidence in each case, but he or she should not do so without understanding the realities and risks associated with other means of investigation. Drug traffickers, particularly those at higher levels of the distribution ladder, can be expected to employ methods designed to counter police inquiry into their activities and to be willing to resort to violence to avoid detection. It does not follow that every drug investigation will automatically

entail sustainable judicial authorization of intercepted private communications, but the realities of this type of investigation must be recognized on review. [para. 49]

[56] The affidavit presented strong and compelling evidence of investigative necessity in respect of the investigation as a whole. The issues identified by Mr. Williams are exactly the type that the threshold requirement was created to guard against. The trial judge correctly stated and applied the test for leave to cross-examine the affiant. His ruling respecting leave to cross-examine is short and to the point, consisting of 15 paragraphs. In paras. 2 to 3, he correctly stated the test and cited the leading cases. In declining to permit cross-examination on investigative necessity he did not err in law.

B. *Did the trial judge err in dismissing the s. 11(d) Charter application?*

[57] Every person charged with an offence has the right to be judged by an independent and impartial tribunal. This right is entrenched in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[58] Mr. Williams alleges a violation of that right. He neither alleges the trial judge was partial nor that there was an appearance of partiality. His sole argument is that the trial judge was not independent. Mr. Williams claims all puisne judges of the Court of Queen's Bench lose their independence when an authorization to be reviewed is one that has been issued by the Chief Justice of that Court. He claims this is so because of the powers of the Chief Justice as set out in the *Judicature Act*.

[59] The *Judicature Act* provides that the New Brunswick Court of Queen's Bench consists of the Chief Justice of that Court and not more than 25 "other judges" plus supernumerary judges: s. 2(3). The Court has two divisions: a Trial Division and a Family Division. Eleven of the 25 judges must be judges of the Family Division: s. 2(4.1). Judges of one division can "from time to time" hear and determine proceedings in the other division: ss. 2(4.2) and 11(2).

[60] Before entering upon the duties of the judicial office, a judge must take and subscribe to an oath or affirmation declaring that he or she will, *inter alia*, “do right to all manner of people according to law, without fear or favour, affection or ill will” (s. 3(1)).

[61] The *Judicature Act* mandates that “[a]t least one judge of the Family Division or the Trial Division of the Court of Queen’s Bench shall reside in each of [eight listed municipalities] or within an area of fifty kilometres from the municipality”: s. 4(1).

[62] While the general policy of both the Court of Appeal and the Court of Queen’s Bench in judicial matters rests with the Chief Justice of New Brunswick, the Chief Justice of the Court of Queen’s Bench is responsible to “coordinate and apportion the work of the judges” of that Court: s. 12.

[63] Although it has since been amended, at the time of trial s. 12.01 read as follows:

12.01(1) For the purpose of ensuring the proper functioning of the Court, the Chief Justice of the Court of Queen’s Bench is responsible for the administration of the judicial responsibilities of the Court of Queen’s Bench in relation to the judiciary.

(2) In carrying out his or her duties under subsection (1) and any other provision of this Act, and without limiting the generality of that subsection or any other provision, the Chief Justice

(a) shall direct and supervise the assignment of judicial duties to individual judges and may alter those duties from time to time,

(b) shall determine the total annual, monthly and weekly workload of

12.01(1) Pour assurer le bon fonctionnement de la Cour, le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine est chargé de l’administration des responsabilités judiciaires de la Cour du Banc de la Reine relativement à la magistrature.

(2) Dans l’exercice des fonctions que lui confèrent le paragraphe (1) et toute autre disposition de la présente loi, et sans que soit limitée la portée générale de ce paragraphe ou de toute autre disposition, le juge en chef

a) est chargé de l’assignation des fonctions judiciaires à chacun des juges et exerce une surveillance sur l’assignation, et peut modifier ces fonctions lorsqu’il y a lieu,

b) détermine l’entière charge de travail annuelle, mensuelle et hebdomadaire

individual judges,

de chacun des juges,

(c) may require a judge to act during the absence of another judge in the place of the judge who is absent,

c) peut requérir d'un juge qu'il remplace un autre juge durant son absence,

(d) may designate the place where a judge is to hold sittings and the days on which he or she is to hold such sittings, and

d) peut désigner le lieu où un juge doit siéger ainsi que les jours où il doit y siéger, et

(e) may designate the place where a judge is to establish and maintain an office.

e) peut désigner le lieu où un juge doit établir et tenir un bureau.

(3) On the appointment of a judge made after the commencement of this subsection, the Chief Justice of the Court of Queen's Bench may designate the place at which the judge is to establish residence.

(3) Lors de la nomination d'un juge faite après l'entrée en vigueur du présent paragraphe, le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine peut désigner le lieu où le juge doit établir sa résidence

It now reads:

Voici son libellé actuel :

12.01(3) Subject to subsections (4) and (5), the Chief Justice of the Court of Queen's Bench, with the consent of the Minister of Justice, may designate the place at which a judge is to establish residence.

12.01(3) Sous réserve des paragraphes (4) et (5), le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine peut, avec le consentement du ministre de la Justice, désigner le lieu où un juge doit établir sa résidence.

[64]

At trial, Mr. Williams argued the above-referred provisions of the *Judicature Act* “impair the independence of a judge of the Court of Queen's Bench who is asked to sit in review of a decision of the Chief Justice.” He argued that, as a result, his right to be tried by an independent tribunal was infringed. The trial judge rejected this argument. Mr. Williams claims that, in doing so, the trial judge erred by applying the wrong legal test. According to Mr. Williams, the judge considered the test employed to determine whether a tribunal is impartial instead of the one to determine if the tribunal is independent. He also claims the trial judge overemphasized the judicial oath of office.

[65] In my view, this ground of appeal is wholly devoid of merit. This is not a case in which it is alleged some external body or force can be said to be in a position to exert (or be seen as possibly exerting) influence over a judge's decision-making duties. Rather, it is a case involving the administrative powers of a senior judicial officer whose decisions and actions are presumed to have been made "exclusively out of consideration for the interests of the court and the administration of justice generally:" *Ontario Deputy Judges Association v. the Atty. Gen. of Ontario*, 2011 ONSC 6956, [2011] O.J. No. 5352 (QL), aff'd 2012 ONCA 437, [2012] O.J. No. 2865 (QL), at paras. 40, 58 and 59.

[66] This presumption is grounded not in the judicial oath of office of each puisne judge, but in the oath of office of the Chief Justice. A Chief Justice exercises many discretionary powers in addition to those contained in the *Judicature Act*. In the absence of evidence to the contrary, it is presumed that, in fulfilling his duties, a Chief Justice will act only in the interests of the court and the administration of justice. Failure to do so would violate the Chief Justice's oath of office.

[67] In the present case, Mr. Williams has not even alleged improper conduct by the Chief Justice that would cause the Court's puisne judges to lose their independence, let alone adduced any evidence of it. Unless the presumption were rebutted, a reasonable observer would invariably conclude that puisne judges are free to exercise their decision-making powers independently of any influence by their Chief Justice, who is sworn to do right to the judges of the Court according to law – meaning in the best interests of the Court and the administration of Justice.

C. *Did the trial judge err in upholding the authorizations?*

1) Jurat

[68] At trial, Mr. Williams and Mr. Kindred brought facial and sub-facial challenges to the May 12, 2014 affidavit filed in support of the authorization on the

ground it was missing a *jurat* and, accordingly, was not a proper affidavit. They claimed the statutory precondition contained in s. 185(1) of the *Criminal Code* had not been met.

[69] As stated earlier, at the outset of his affidavit the affiant stated: “I, Cpl. Matthieu G[...] Hereby make oath and say as follows.” At para. 464, the document is signed by Cpl. Girard and signed by a Commissioner of Oaths, Janet C. MacLachlan, with her commissioner stamp affixed. The *jurat* was missing. The trial judge determined “the *jurat* is a certificate. It is not the oath itself.” It is merely evidence that the oath was taken but not necessarily the only evidence. The trial judge distinguished *C.D. v. A.B.* (2004), 283 NBR (2d) 138, [2004] N.B.J. No. 443 (C.A.) (QL) from this case on its facts. In *C.D.*, there was not even an assertion that the person who signed the document sworn to its truth.

[70] The absence of a complete *jurat* does not contradict the affiant’s assertion he gave his evidence under oath; what is missing is the usual corroboration that an oath was taken. Based on the record before the issuing justice, the only conclusion that could be drawn was the evidence given by the affiant was under oath. Defence counsel raised a further challenge, arguing the affidavit was inadmissible under the *Rules of Court* and, therefore, not properly before the issuing judge. Rule 4.05(13) provides, as follows:

Except with leave of the court, an affidavit shall not be used or filed unless the person before whom it is sworn shows in the *jurat*

Sauf permission de la cour, aucun affidavit ne doit être utilisé ni déposé sans que celui qui reçoit le serment n’indique dans la formule d’assermentation

- (a) the date when it was sworn,
- (b) the place where it was sworn, and
- (c) that the affidavit was sworn before him.

- a) la date de la prestation du serment,
- b) le lieu de la prestation du serment et
- c) le fait qu’il a reçu le serment.

[71] The rule gives the court discretion to admit affidavits that are non-compliant. Furthermore, Mr. Williams sought leave to cross-examine the affiant on the premise that, although it appeared from the affidavit that it was sworn, it in fact was not. The trial judge granted leave to cross-examine on this issue. The affiant testified he did

swear to the affidavit on May 12, 2014, and had a clear recollection of doing so. The Commissioner of Oaths, Janet C. MacLachlan, also swore an affidavit stating she had administered an oath.

[72] In *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490, [1990] S.C.J. No. 116 (QL), the appellant was convicted of aggravated assault. Wiretap evidence was introduced by the Crown. The trial judge found there was no evidence to indicate any fraud, nondisclosure or misleading disclosure on the part of any individual engaged in obtaining the wiretap authorization, and the authorization was perfectly valid on its face. He ruled the evidence admissible. The Court of Appeal upheld the conviction. Defence counsel raised the issue whether one of the authorizations was invalid because it was based on an unsworn affidavit. The *jurat* in the affidavit had not been completed by the Commissioner of Oaths, although the date had been inserted. The Court of Appeal, pursuant to s. 610 of the *Criminal Code*, called as witnesses a police officer and the agent for the Attorney General involved in obtaining the authorization. They were examined by the prosecutor and cross-examined by defence counsel. Based on this *viva voce* evidence, the court concluded the affiant had sworn the affidavit and the *jurat* had been left incomplete by oversight. Thus, the authorization was not invalid. The Supreme Court agreed.

[73] In *R. v. Blizzard*, 2005 NBQB 402, [2005] N.B.J. No. 566 (QL), Glennie J. followed the reasoning in *Lachance* when faced with an application by an accused for a stay of proceedings due to a breach of his *Charter* rights. The accused argued, among many other things, that four ITOs were invalid as the *jurats* attached were not signed. Justice Glennie stated:

As mentioned, four of the Informations contained unsigned *jurats*. In *R. v. La Chance*, [1990] 2 S.C.R. 1490, Justice Sopinka writes at para. 12:

Para. 12 The appellant raised three arguments with respect to the affidavits. First, it was argued that one of the authorizations was invalid because it was based upon an unsworn affidavit. The *jurat* in the affidavit had not been completed by the

Commissioner for Oaths, although the date had been inserted. The Court of Appeal, pursuant to s. 610 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, called as witnesses Sergeant Lamont and the agent for the Attorney General who obtained the authorization. They were examined in chief by the Crown and cross-examined by counsel for Daniel Lachance. On this *viva voce* evidence, the Court concluded that the affiant had sworn the affidavit and the *jurat* had been left incomplete by oversight. Thus the authorization was not invalid.

In the present case, I accept the testimony of Constable Kerr that he swore each of the four Informations where the *jurats* are not signed. I accept his testimony that it was his practice to never leave the judge's office without swearing an Information. He says that it was his practice that no warrant would be signed until his affidavit was sworn. I conclude that the affiant swore the affidavits in each of those four cases. [paras. 49-50]

[74] In *R. v. Ho*, 2012 ABCA 348, [2012] A.J. No. 1170 (QL), the accused appealed convictions for firearm offences. He was caught with seven loaded handguns, some of which were fitted with high-grade silencers. All of the weapons were seized pursuant to a general warrant. At trial, Mr. Ho sought to quash the warrant. The police had attended twice with unsworn ITOs and unsigned draft general warrants. The second attendance occurred after the judge had pointed out a weakness in the ITO during the first attendance. Mr. Ho relied on a portion of the cross-examination of the lead detective that suggested the general warrant had been issued before the ITO was sworn, and thus the warrant was issued based on unsworn evidence. However, the witness firmly denied departing from his usual practice of relying on sworn evidence to obtain the warrant. The trial judge refused to quash the warrant, finding the detective witness was either confused or mistaken as to the procedure followed by the issuing judge. Mr. Ho appealed on the basis the process for issuance of the warrant was defective and the judge tainted her impartiality by pointing out the defects in the ITO prior to re-attendance and issuance of the warrant.

[75] The Alberta Court of Appeal dismissed the appeal, saying there was nothing problematic if the Provincial Court judge was asked for a warrant, read all the material, and signed the warrant before signing the *jurat*, but after administering the oath. Even if the judge signed the warrant and subsequently administered the oath to the affiant of the ITO, no legal flaw arose, as the signing of the warrant and the swearing of the ITO were part and parcel of the same transaction. Regardless, the court offered:

[...] a commissioner for oaths does a minimum of two different things when handed a form of affidavit. First, he or she administers the oath. Second, he or she fills out and signs the *jurat* at the end. The *jurat* is not the oath; it is just a certificate that the oath has been administered. The two are not the same thing at all, and the oath is effective before the *jurat* is signed: *R. v. Dean* (1985), 57 AR 81, 17 CCC (3d) 410 (para 30). [para. 11]

[76] Finally, in *R. v. Chen*, 2016 BCCA 506, [2016] B.C.J. No. 2719 (QL), Mr. Chen appealed convictions for possession of cocaine and methamphetamine for trafficking and for several weapons offences. Mr. Chen agreed to sell amphetamine to an undercover police officer. The transaction was aborted after the officer had obtained two search warrants. The transaction was rescheduled to a later date, to take place at Mr. Chen's home. The officer applied for two more search warrants, one of which was for Mr. Chen's home. He left supporting materials for the justice of the peace and was informed the warrants had been issued and were ready to be picked up. The warrants did not bear the signature of the justice of the peace, but rather her printed name. The sealing order that accompanied the warrants did bear her handwritten signature. Noticing no irregularity on the face of the warrants, the police executed the warrant to search Mr. Chen's home. Mr. Chen was identified as a homeowner and was presented with the relevant warrant. The drugs and weapons giving rise to the charges were located in the home. In a *voir dire*, Mr. Chen challenged the reasonableness of the search, taking the position it was warrantless because of the missing signature of the justice of the peace.

[77] The trial judge ruled the warrant was valid, but the absence of the signature meant that Mr. Chen was not provided with proper notice that the warrant was

authorized. As such, the judge found that Mr. Chen's right to protection against unreasonable search and seizure was breached. He went on to admit the evidence obtained pursuant to the search, because of the unique situation which did not involve willful blindness on the part of the police and the social interest in seeing Mr. Chen tried on the merits of the Crown's case. He found a reasonable person would not find the reputation of the justice system harmed if the evidence was admitted. The British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal. They found the trial judge properly characterized the error by the police as rare and understandable. The crucial error was that of the justice of the peace, who was primarily responsible for ensuring the police received a warrant that was valid and properly served. Had Mr. Chen noticed the signature was absent, it was likely that a signed copy of the warrant would have been obtained and provided to him. The breach of Mr. Chen's rights was unfortunate but not serious. Newberry J.A. stated:

At para. 86 of *Grant*, the Supreme Court of Canada cautioned that where a trial judge has considered the proper factors, the appellate court should "accord considerable deference to his or her ultimate determination." If it is correct that the search warrant was validly issued, there is in my view no basis on which we could or should interfere with the trial judge's *Grant* analysis. The appellant does not contend that reasonable grounds did not exist for the warrant to be issued. The officers were acting in good faith and went through all the necessary and usual steps to obtain it. They had been told a warrant had been issued and was ready to be picked up. They had picked it up, taken it with them to Mr. Chen's residence and shown it to him. There is no suggestion they were aware that the justice's signature was missing. The evidence in question is highly reliable and necessary for the Crown's case to be decided on its merits.

I agree with the trial judge that this was a rare and understandable -- if not wholly excusable -- lapse of attention on the part of the police. In truth, however, the crucial error was that of the justice of the peace, who had primary responsibility for ensuring that the police received a warrant that was valid and that served the purposes of s. 29(1). The fact that no other case in Canada has been located in which a justice of the peace has failed to sign the

warrant is an indication that her mistake was an aberration rather than part of a pattern of recurring neglect or carelessness. It must be also noted that if the police or Mr. Chen had noticed the lack of signature, it is likely a signed copy of the warrant could have been easily obtained and provided to him.

In all the circumstances, while the mistake was an unfortunate one, it did not in my view place the seriousness of the breach at the high end of the scale. I cannot say the judge below erred in his ruling. [paras. 42-44]

[78]

In the case before us the trial judge found:

The accused submit that because there was no *jurat* it was not possible for the authorizing judge to know where and when Cpl. Girard and the Commissioner of Oaths signed the document. I disagree. Judges are constantly required to draw inferences based on reliable evidence. In this case there is an obvious inference that the authorizing judge could draw from the evidence, *viz.* that Cpl. Girard and Janet McLaughlin signed the document at Fredericton on May 12, 2014.

Taking the totality of those facts into account and applying the presumption of regularity, I find that there was sufficient reliable information that might reasonably be believed before the authorizing judge to conclude that Corporal Girard swore the affidavit before a Commissioner of Oaths on May 12, 2014 in Fredericton, New Brunswick even without the evidence or certificate that should have been on the face of the document, *i.e.* the *jurat*. I further find that in all the circumstances and considering that the absence of a *jurat* does not impact on the substance of the application, he could have concluded that the failure to include a *jurat* was no more than a procedural error and that in light of the provisions of Rule 2.02 it would be appropriate for him to exercise his discretion under Rule 4.05 to grant leave to allow the document to be filed in support of the application thereby making it compliant with section 185(1) of the *Criminal Code*. I therefore dismiss the challenge by the accused to the facial validity of the ITO for lack of a *jurat*.

While the motion presented this issue as a facial challenge, the accused sought and obtained leave to cross-examine Corporal Girard about the *jurat* issue thereby expanding it to be a sub-facial challenge. This evidence, which I accept, makes clear that in fact Corporal Girard did attend before Janet McLaughlin on the 12th day of May, 2014 at which time he presented the ITO to her and swore to the truth of its contents, signed it and that she signed it as well. Consequently, with that amplified record, the sub-facial challenge to the validity of the May 12, 2014 authorization for lack of a *jurat* in the ITO is also dismissed (see *R. v. Blizzard et al* 2005 NBQB 402).

In summary I find that the document filed with the court in support of the application for a Part VI authorization on May 12, 2014 contained sufficient reliable information that might reasonably be believed on the basis of which the authorizing judge could accept it as an affidavit as required by section 185(1) of the *Criminal Code*. I therefore dismiss the submission by the accused that there was no evidential foundation in support of that application. [paras. 44-47]

[79] I agree. The *jurat* is a certificate, it is not the oath itself; it is evidence that the oath was taken, but not necessarily the only evidence. The document presented to the authorizing judge in support of the May 12, 2014 application does not contain a *jurat*, but the testimony of Cpl. Girard allowed the trial judge to draw an inference based on reliable evidence. In this case, he found there was an obvious inference the authorizing judge could draw from the evidence that Cpl. Girard had sworn the document before a Commissioner of Oaths. In fact, the trial judge made a finding there was sufficient reliable information that might reasonably be believed before the authorizing judge to conclude that Cpl. Girard swore the affidavit before a Commissioner of Oaths on May 12, 2014, in Fredericton, even without the certificate that should have been on the face of the document, *i.e.* the *jurat*.

[80] He further found that, in consideration of all the circumstances, the absence of a *jurat* did not impact on the substance of the application. The trial judge dismissed the challenge by Mr. Williams to the facial validity of the ITO for lack of a *jurat*.

[81] Counsel for Mr. Williams went further with the motion, presenting the issue of the *jurat* as a facial challenge, and sought and obtained leave to cross-examine Cpl. Girard about the *jurat* issue, thereby expanding it to a sub-facial challenge. This evidence, which the trial judge accepted, made it clear the affiant had attended before the Commissioner of Oaths on May 12, 2014, at which time he presented the ITO to her, swore to the truth of its contents and signed it, and that the Commissioner signed it as well.

[82] The trial judge found with the amplified record that the sub-facial challenge to the validity of the May 12, 2014 authorization respecting the missing *jurat* must be dismissed. There is no basis to interfere with the trial judge's determination regarding the missing *jurat*.

(2) Duration clause

[83] Mr. Williams submits because Cpl. Girard did not specify in para. 604 of the ITO the beginning and end dates of the proposed authorization, it is facially invalid as it does not comply with section 185(1)(g) of the *Criminal Code*. Section 185(1)(g) states:

Application for authorization

185 (1) An application for an authorization to be given under section 186 shall be made *ex parte* and in writing to a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 and shall be signed by the Attorney General of the province in which the application is made or the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness or an agent specially designated in writing for the purposes of this section by:

[...]

and shall be accompanied by an affidavit, which may be sworn on the information

Demande d'autorisation

185 (1) Pour l'obtention d'une autorisation visée à l'article 186, une demande est présentée *ex parte* et par écrit à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle, ou à un juge au sens de l'article 552, et est signée par le procureur général de la province ou par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ou par un mandataire spécialement désigné par écrit pour l'application du présent article par :

[...]

il doit y être joint un affidavit d'un agent de la paix ou d'un fonctionnaire public

and belief of a peace officer or public officer deposing to the following matters:
[...]

pouvant être fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques et indiquant ce qui suit :
[...]

(g) the period for which the authorization is requested[.]

(g) la période pour laquelle l'autorisation est demandée[.]

[84] He further submits that, by leaving the dates blank, the period requested could run from May 1, 2014, to July 31, 2014, a period of 92 days. The trial judge found s. 185(1)(g) is broad and does not require the affiant to specify the exact start and end dates, only the period for which it is sought. The ITO specified the requested authorization was for a period “not exceeding 60 days,” which, in the trial judge’s view, was not misleading. Furthermore, the authorizing judge inserted a period in the authorization. This led the trial judge to infer that what the authorizing judge intended was a 60-day period. The trial judge further found inserting the period did not conscript the authorizing judge as “a member of the application team.” The authorizing judge was merely doing his job, which was to put his mind to the dates he deemed appropriate at the time the authorization was signed.

[85] In *R. v. R.K.C.*, 2004 BCCA 163, [2004] B.C.J. No. 554 (QL), the issue arose whether audiotapes and videotapes of conversations the appellant had with an RCMP undercover officer should have been admitted into evidence.

[86] In the *voir dire*, a Mr. Hilderman and a Sgt. Gross testified to the sequence of events leading to the granting of the second authorization. Mr. Hilderman then was Crown counsel in Williams Lake and was designated as an agent under s. 185 of the *Criminal Code* for making applications for wiretap authorizations. On March 30, 2000, he met Sgt. Gross at the RCMP office in Prince George and reviewed an affidavit that the sergeant had prepared. After discussion, they made some changes to it. Sgt. Gross then swore the affidavit before Mr. Hilderman, who also signed Exhibit “A” to the affidavit, which was a copy of the previous authorization. The trial judge found that, due to inadvertence, nobody filled in the dates in para. 57 of the affidavit where it was obvious they intended to set out the parameter dates being requested for the authorization.

[87] The trial judge further found Mr. Hilderman took the sworn affidavit, the application for the authorization and the proposed authorization to the courthouse in Prince George. He gave them to a court clerk and asked that they be given to a judge for review. Later, he met Sgt. Gross at the courthouse where they waited until the judge was ready to hear the application. Eventually, they were ushered into the judge's chambers and, five to eight minutes later, the judge signed the authorization. The judge enquired about the time period for the authorization and, after consulting a calendar, Sgt. Gross wrote in the dates at the appropriate place in the authorization.

[88] In his ruling (*R v. Calder*, 2001 BCSC 83, [2001] B.C.J. No. 2962), the trial judge found:

Mr. Hilderman probably had with him in chambers an unsworn copy of Sergeant Gross's affidavit and placed it on the judge's desk where other documents were positioned. It was about 3:32 p.m. when Madam Justice Loo signed the authorization. Sergeant Gross and Mr. Hilderman also signed it. In fact, they all signed two copies of the authorization.

Sergeant Gross took one of the signed authorizations and the two men left the judge's chambers. Sergeant Gross wanted a copy of the affidavit he had sworn and believes that he asked the court clerk to make him a copy and that she did make him a copy of it and gave it to him before he left the courthouse. I find he is mistaken about this.

When the two men left the courthouse at Prince George, Sergeant Gross had one signed authorization and a copy of an unsworn draft of his affidavit which he mistakenly believed was a copy of his sworn affidavit.

While in the judge's chambers both men believe that Madam Justice Loo had reviewed Sergeant Gross's sworn affidavit before they entered her chambers and that it was among the documents on the desk, but neither could state positively that they saw it there.

Mr. Hilderman, unbeknownst to him or Sergeant Gross, left the courthouse at Prince George and returned to Williams Lake carrying with him the original of Sergeant Gross's sworn affidavit, including the original of Exhibit A. I find it probable that the unsworn copy of Sergeant Gross's affidavit that Mr. Hilderman left on the judge's desk on March 30, 2000, was put in the sealed packet in the mistaken belief that it was the sworn affidavit.

I should have said, if I have not already said, that Mr. Hilderman unknowingly left his draft copy of Sergeant Gross's affidavit on the judge's desk and took the original sworn copy, including Exhibit A, with him. [paras. 29-34]

[89] He went on to find as a fact that the authorizing judge read and relied on the sworn affidavit, including the exhibit, in granting the authorization. He said although the evidence was "confusing and in many respects unsatisfactory" it failed to rebut the presumption of regularity and validity.

[90] The trial judge then heard submissions on the allegations of the defence that inclusion in the court envelope of only an unsworn affidavit contravened s. 187 of the *Criminal Code* and breached the appellant's rights under s. 7 and s. 8 of the *Charter* and that the exclusion of the parameter dates in para. 57 of the affidavit of Sgt. Gross contravened s. 185(1)(g) of the *Criminal Code* and further breached the appellant's s. 8 *Charter* rights.

[91] On the first point, the trial judge found no irregularity because the sworn affidavit and the exhibit were before the authorizing judge. Otherwise, he said, the point would have been persuasive.

[92] On the second point, the trial judge said the omission of the dates in para. 57 of the affidavit was an error that was technical, minor, inadvertent and not made in bad faith. In addition, it was clarified when the judge asked about the dates to be included in the authorization. In this respect, the procedure before the authorizing judge, as amplified by the evidence in the *voir dire*, was complete.

[93] On appeal, the appellant submitted the trial judge erred in finding as a fact that the authorizing judge read and relied upon the sworn affidavit of the peace officer. He argued the trial judge made unreasonable findings of fact, incorrectly applied the presumption of regularity and made the finding on a balance of probabilities rather than on the basis of proof beyond a reasonable doubt. The Court concluded:

I do not think the law requires the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the authorization was granted in compliance with s. 185 of the *Criminal Code*. It is not the authorization itself that provides possible evidence of guilt. Such evidence can be discovered only by the employment of investigative techniques that would be unlawful but for the authorization. The Crown had to show that the interceptions of private communications by the appellant to the undercover officers were lawful thereby rendering the evidence admissible. It is not necessary to look beyond the case of *R. v. Egger* (1993), 82 C.C.C. (3d) 193, in which Sopinka J. said at p. 209 that “proof on a balance of probabilities is an acceptable standard in deciding a preliminary question of fact with respect to the admissibility of evidence”.

On its face the authorization tells us that the judge granted it upon receipt and consideration of the sworn affidavit of Sgt. Gross. A recital in the document reads, in part, as follows: “... UPON READING ... the Affidavit of Sergeant Troy Duane GROSS, a Peace Officer, sworn on the 30th day of March, 2000 and filed ...” (my underlining). This is a certification by a judge that she received and read sworn evidence before granting the authorization. There is no reason to believe that the judge made an error in this respect and did not exercise the care and diligence required before giving judicial approval of an investigative aid that otherwise would be unlawful.

The appellant’s argument that the trial judge came to an unsupportable conclusion about what was done with the sworn copy of the affidavit depends on other aspects of the evidence. He says that Mr. Hilderman was uncertain about some matters and that the evidence given by Mr. Hilderman and by Sgt. Gross on some details was inconsistent. I expect these matters are what the trial judge was referring to when he said that some of the evidence was confusing and unsatisfactory. But Mr. Hilderman was certain that he

left the sworn copy of the affidavit with the court clerk and it was open to the trial judge to find on the whole of the evidence that the sworn affidavit was properly before the authorizing judge.

I agree with the submission of the Crown that the presumption of regularity does not come into play. No presumption of law was required to resolve the factual issue. Eyewitnesses testified as to the events leading up to the granting of the authorization. If the authorizing judge saw and read the sworn copy of the affidavit, the authorization was valid. If not, as the Crown concedes, the evidence would have been obtained in contravention of the appellant's rights under s. 8 of the *Charter* and it would have been necessary to consider whether the tapes and transcripts should have been excluded under s. 24(2).

In my opinion, the *voir dire* evidence supported the conclusion reached by the trial judge as to the validity of the authorization and he did not err in admitting the evidence obtained pursuant to it. [paras 34-38]

[94] In *R. v. LeBlanc*, [1993] O.J. No. 4428 (O.C.J.) (QL), dates requested were also left blank. The request was for a period not to exceed 60 days from the ___day of January to the ___day of March 1992. In that case the judge says:

I adopt the words of MacFarlane J. A, in *Regina v. Bicknell*, 41 C.C.C. (3d) 545 and 551, where he states:

“This affidavit is not perfect in its form, but in substance it does what the section requires, and that is to reveal information which the police officer believes is true”.

The accused further argues that the deficiencies in the affidavit are fatal, and the intercepted evidence must be ruled inadmissible.

In *Regina v. Gill*, 56 C.C.C. (2d) 169, Lambert, J.A., at page 175 states:

“As contemplated by the *Code*, an application for authorization was made ex-parte and in camera. In my opinion it follows that the applicant must act

as scrupulously to the obligations of authorizing judge ---. The supporting affidavit must comply with s. 178.12 (now s. 185).

It must do so frankly, fully and fairly. The applicant should not try to conceal his true intention from the authorizing judge. It is not the formality of compliance that is required, but real compliance is the true intent of the *Code*”.

[paras. 19-21]

[95] Applying this jurisprudence, it is clear there is no error in the trial judge’s determination regarding the duration of the authorization.

(3) Error Made by Authorizing Judge in the Duration Clause

[96] Once it was realized that the previous authorization did not include dates in the blank spaces, the officers returned to the authorizing judge to have a new authorization signed. Mr. Williams submits the May 12 Authorization was invalid because the duration period, the start and end dates which were inserted by the authorizing judge, was for 61 days. This is an error, he argues, that was rectified improperly by Cpl. Girard. At the *voir dire*, Cpl. Girard testified that, after the error was discovered by Sgt. Vachon before any interceptions had occurred, consultations were held with the designated agent, among others, following which Cpl. Girard immediately returned to the court in Moncton and asked that the error be drawn to the attention of the authorizing judge. That was done and the authorizing judge changed the end date to make it a 60-day period and initialled the change.

[97] Mr. Williams submits Cpl. Girard had no authority to make what in effect should have been a new application. The trial judge disagreed with this. To begin, this was not an error by the applicant. If it had been, there might be good reason for requiring the applicant to recommence the application depending on the nature of the error and the surrounding circumstances. However, the trial judge found that, where the mistake emanated from the authorizing judge, it would be out of proportion to impose such an

onerous obligation on the applicant. Secondly, in the trial judge's view, the error would fall under what is referred to as the "slip rule," meaning it is minor and should be fixed with a minimum of formality. Thirdly, the trial judge said, the police did not undertake to rectify this error on their own but they involved the designated agent, thereby allowing her to perform her gatekeeping function as contemplated by the *Criminal Code*: see *R. v. Ebanks*, 2009 ONCA 851, [2009] O.J. No. 5168 (QL).

[98] I agree with the trial judge: once the error was brought to the attention of the authorizing judge it was within his discretion to require more in the way of submissions before correcting the error. He evidently agreed the slip rule applied. I therefore find no merit in this ground of appeal.

(4) Parole Eligibility

[99] Mr. Williams received a sentence of 78.5 months. It consisted of concurrent sentences for the drug trafficking related offences, followed by consecutive sentences relating to the criminal organization offences. With respect to one of the criminal organization offences, the trial judge ordered Mr. Williams would not be eligible for full parole until half the sentence had been served (s. 743.6). Mr. Williams says this is an error in law because *R. v. Zinck*, 2003 SCC 6, [2003] 1 S.C.R. 41, calls for a two-step evaluation to be undertaken. Section 743.6(1.2) of the *Criminal Code* states:

Power of court to delay parole

(1.2) Notwithstanding section 120 of the *Corrections and Conditional Release Act*, where an offender receives a sentence of imprisonment of two years or more, including a sentence of imprisonment for life, on conviction for a terrorism offence or an offence under section 467.11, 467.111, 467.12 or 467.13, the court shall order that the portion of the sentence that must be served before the offender may be released on full parole is one half of the

Pouvoir judiciaire de retarder la libération conditionnelle

(1.2) Par dérogation à l'article 120 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, le tribunal est tenu, sauf s'il est convaincu, compte tenu des circonstances de l'infraction et du caractère et des particularités du délinquant, que la réprobation de la société à l'égard de l'infraction commise et l'effet dissuasif de l'ordonnance auraient la portée voulue si la période d'inadmissibilité était déterminée conformément à cette loi,

sentence or ten years, whichever is less, unless the court is satisfied, having regard to the circumstances of the commission of the offence and the character and circumstances of the offender, that the expression of society's denunciation of the offence and the objectives of specific and general deterrence would be adequately served by a period of parole ineligibility determined in accordance with the *Corrections and Conditional Release Act*.

d'ordonner que le délinquant condamné à une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans — y compris une peine d'emprisonnement à perpétuité — pour une infraction de terrorisme ou une infraction prévue aux articles 467.11, 467.111, 467.12 ou 467.13 purge, avant d'être admissible à la libération conditionnelle totale, la moitié de sa peine jusqu'à concurrence de dix ans.

[100] Mr. Williams was sentenced to a consecutive sentence of two years on the charge of instructing others to commit offences in relation to a criminal organization contrary to s. 467.13(1) of the *Criminal Code*.

[101] Section 743.6(1.2) is a mandatory order. In applying this section in *R. v. Smith*, 2008 SKCA 20, [2008] S.J. No. 97 (QL), the court distinguished *Zinck*, which called for a two-step process. The court held the two-step process applied in *Zinck* does not apply to a mandatory order. The court observed as follows:

In contrast to the permissive language in the preceding subsections (“the court may order ...”), the terminology used in s. 743.6(1.2) dictates a prescribed outcome if steps are not taken to satisfy the Court that the ordinary period of parole ineligibility adequately serves the sentencing objectives of denunciation and deterrence. In that event, the Court is required to make the order delaying parole. In argument before us, both parties appear to have assumed that s. 743.6 read as it did when interpreted by the Supreme Court in *Zinck*, and we did not have the benefit of submissions as to the application of s. 743.6 as it now reads. One can only assume the trial judge was at a similar disadvantage. [para. 65]

Finding the sentencing judge had erred as a result of not having been directed to the significant changes in the section since *Zinck* (see para. 62), the Court of Appeal imposed a delayed parole eligibility as required by s. 743.6(1.2).

[102] In *R. v. Khalid*, 2010 ONCA 861, [2010] O.J. No. 5475 (QL), the Ontario Court of Appeal interpreted s. 743.6(1.2) as presumptively requiring delayed parole eligibility and placed the onus on the accused to establish the exception applied on a balance of probabilities.

[103] In my view, the sentencing judge did not err in delaying Mr. Williams' parole eligibility on count 6 of the Indictment and, as a result, I would dismiss this ground of appeal.

VI. Disposition

[104] For the above reasons, I would dismiss the conviction appeal and the appeal against the order made under s. 743.6. It therefore follows that Mr. Williams' bail is revoked and he shall surrender himself to the authorities forthwith.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Shane Williams, Joshua Kindred et Anthony Edison ont tous trois été accusés de nombreuses infractions liées à leur implication dans le trafic de stupéfiants. M. Williams et M. Kindred, chacun représenté par son propre avocat en défense, ont subi leur procès en même temps devant un juge de la Cour du Banc de la Reine. M. Edison, aussi représenté par son propre avocat, a fait l'objet d'un procès séparé, devant juge et jury. Dans le cadre de motions préalables au procès présentées pour chacun des trois accusés, les avocats de la défense ont tous demandé que soient exclues de la preuve au procès les communications interceptées par suite d'autorisation judiciaire, au motif qu'elles auraient été obtenues en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.). Les avocats de la défense ont aussi sollicité, sur le fondement de l'al. 11*d*) de la *Charte*, une ordonnance rendant l'un et l'autre juges de première instance, juges puînés à la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, inhabiles à entendre la contestation fondée sur la *Charte*. Ils ont fait valoir que, le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine ayant accordé les autorisations d'intercepter les communications privées, ces juges avaient perdu leur indépendance. Il en était ainsi, les avocats ont-ils soutenu, puisque la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B 1973, ch. J-2, autorise le transfert par le juge en chef de juges puînés, sans leur consentement, vers d'autres régions de la province.

[2] Les juges de première instance ont rejeté ces demandes, ce qui a conduit à l'admission des communications interceptées. Les trois accusés ont été reconnus coupables. Tous trois ont interjeté appel. Ils soutiennent que les juges de première instance ont commis des erreurs en rejetant leurs demandes d'interrogatoire de divers témoins, notamment le déposant, plusieurs témoins non-souscripteurs d'affidavit et les

mandataires désignés du ministère public; en rejetant les demandes fondées sur l'al. 11*d*) de la *Charte*; et en confirmant l'autorisation d'intercepter les communications. Deux des trois accusés demandent l'autorisation d'en appeler de leur peine. M. Williams affirme que le juge de première instance a commis une erreur en prolongeant sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, et M. Edison que le juge de première instance qui a entendu sa cause a commis une erreur en refusant d'entendre une motion relative à un abus de procédure et en lui infligeant une peine déraisonnable que ne justifiait pas l'ensemble des circonstances.

[3] J'expose ci-après les motifs pour lesquels je rejetterais l'appel de M. Williams.

II. Contexte

[4] Afin de poser le contexte à la lumière duquel le présent appel doit être tranché, je me reporterai abondamment aux mémoires des parties et à la décision du juge de première instance. Il est à remarquer que dans l'ensemble, les parties s'entendent sur les faits. Bien que les faits de l'affaire Williams/Kindred et de l'affaire Edison ne soient pas identiques, le type de preuve et les éléments d'enquête en cause se décrivent de la même manière dans tous les cas.

[5] À l'automne 2011, la Gendarmerie royale du Canada (la « GRC ») a commencé à faire enquête sur le commerce illicite de drogues dans la région de Saint John. La GRC a alors recouru à diverses méthodes d'enquête : surveillance, mandats de localisation, mandats généraux, déclarations de témoins, déclarations d'informateurs et, surtout, recrutement d'un agent.

[6] En mai 2014, la police s'est affairée à demander, en application des art. 185 et 186 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, une autorisation d'intercepter des communications privées. Le déposant, le cap. Girard, a rédigé une Dénonciation en vue d'obtenir (la « dénonciation ») de 464 pages, qu'il a déposée le 12 mai 2014, avec la

demande d'autorisation et un projet d'autorisation, auprès de la Cour du Banc de la Reine à Moncton. La demande ne visait pas que l'interception de communications privées : les policiers ont aussi sollicité l'autorisation d'intercepter des communications avec le consentement d'une partie (art. 184.2 du *Code criminel*), un mandat général (art. 487.01 du *Code criminel*), une ordonnance d'assistance (art. 487.02 du *Code criminel*) ainsi qu'une ordonnance de mise sous scellés (art. 187 du *Code criminel*).

[7] Dans la dénonciation, la GRC visait sept personnes qui, affirmait-elle, vendaient de la drogue dans la région de Saint John. Pour faire progresser l'enquête contre ces cibles, la police a proposé qu'on fasse appel à un agent mêlé au trafic de la drogue à Saint John qui connaissait bon nombre d'entre elles. L'agent était propriétaire d'une entreprise vendant des téléphones cellulaires et d'autres outils technologiques et il était disposé à témoigner au procès. Le déposant a expliqué dans la dénonciation que, si la police obtenait les autorisations, elle fournirait des cellulaires BlackBerry dotés d'une technologie de chiffrement à l'agent, qui à son tour les vendrait aux cibles sous couvert de leur procurer un outil sécurisé pour leurs communications.

[8] La dénonciation datée du 12 mai 2014 ne comportait pas de constat d'assermentation. Il y était simplement inscrit : [TRADUCTION] « Fait à ____ dans la province du Nouveau-Brunswick, le ____ mai 2014 ». Une commissaire aux serments a signé la dénonciation et y a apposé son timbre. Le cap. Girard a aussi signé la dénonciation et écrit, au début du document : [TRADUCTION] « Je soussigné, le cap. Mathieu Girard, [...] DÉCLARE SOUS SERMENT ET AFFIRME CE QUI SUIT : [...] ».

[9] Le 12 mai 2014, le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine a signé l'autorisation. Le paragraphe 604, à la dernière page de la dénonciation, traite de la durée de l'autorisation demandée. Le cap. Girard déclare :

[TRADUCTION]

Il est proposé que cette autorisation, et les ordonnances et mandats connexes, soient délivrés pour une durée

maximale de 60 jours, à compter du ____ mai 2014 jusqu'au ____ juillet 2014, inclusivement.

[10] Lorsqu'il a signé l'autorisation, le juge en chef a inscrit le 15 mai 2014 comme date de départ et le 14 juillet 2014 comme date de fin, ce qui correspondait à un total de 61 jours. Quand le cap. Girard en a pris connaissance, lors de son trajet de retour de Moncton à Fredericton, il est revenu à Moncton et il a expliqué la situation à un employé du bureau du greffier. Le juge saisi de la demande d'autorisation, à son tour, a été informé de la situation et il a corrigé la date de fin, devenue le 13 juillet 2014, puis a paraphé la modification.

[11] Une fois munis de l'autorisation signée, les policiers ont distribué les téléphones, par l'entremise de l'agent, à MM. Williams et Kindred ainsi qu'à d'autres personnes. Les téléphones étaient dotés du logiciel de cryptage des courriers électroniques Pretty Good Privacy (PGP) et d'un logiciel de chiffrement empêchant l'interception de communications électroniques, mais toutes les autres fonctions de communication, comme la téléphonie, la messagerie de poste à poste et la messagerie texte, étaient désactivées. Le 28 mai 2014, la police a commencé à intercepter les courriels échangés entre les cibles et l'agent.

[12] Le 6 juin 2014, le cap. Girard s'est rendu compte qu'il y avait un problème avec l'autorisation. La dénonciation mentionnait « cryplock.net » comme nom de domaine du courriel, alors que le nom de domaine du courriel configuré dans les téléphones fournis aux cibles était « cryptlock.net » (le soulignement est de moi). À cause d'une lettre manquante, autrement dit, la police avait intercepté les communications électroniques entre des adresses de courriel différentes de celles autorisées. Le cap. Girard a porté le problème à l'attention, notamment, de son supérieur, le serg. Vachon; de l'enquêteur principal, le serg. Gendre du Groupe des interceptions secrètes à la Direction générale de la GRC à Ottawa, des mandataires du ministère public chargés du dossier; et de l'inspecteur Al Farrah, le chef d'équipe. Il a été décidé de poursuivre les interceptions et de demander une modification de l'autorisation initiale.

[13] Le 11 juin 2014, le cap. Girard s'est présenté au palais de justice avec une demande de modification de l'ordonnance initiale. Dans la demande, on expliquait pour quels motifs il n'était pas jugé pratique de recourir à d'autres mesures correctives, et on sollicitait une modification de l'autorisation du 12 mai 2014 afin que soit autorisée l'interception des communications entre adresses de courriel portant le nom de domaine « cryptlock.net ». Le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine a signé la modification et la police a continué à intercepter les courriels échangés entre les personnes nommées et l'agent. Le 10 juillet 2014, le cap. Girard a sollicité une nouvelle autorisation, devant être en vigueur pendant une autre période de 60 jours. Au soutien de cette demande, il a inclus les renseignements figurant dans l'autorisation initiale, ainsi que des renseignements actualisés sur les progrès de l'enquête et certaines communications électroniques interceptées pendant la période visée par l'autorisation initiale.

[14] Pendant les périodes d'interception, les policiers ont obtenu des enregistrements audio et vidéo des interactions entre l'agent et M. Williams et d'autres personnes. En particulier, ils ont doté le véhicule de location de l'agent d'une caméra, d'un dispositif d'écoute et d'un dispositif de repérage par GPS. Les policiers ont aussi installé des caméras dans la résidence de l'agent, une à l'entrée et trois à l'intérieur. Lorsque l'agent rencontrait les cibles, il portait également un microémetteur de poche qui enregistrait leurs conversations.

[15] Dans la dénonciation du 12 mai 2014, le déposant ne mentionnait pas M. Kindred comme l'une des cibles principales des interceptions. Le déposant désignait plutôt M. Kindred et de nombreux autres individus comme [TRADUCTION] « d'autres personnes connues ». Dans la dénonciation du 10 juillet 2014, M. Kindred était désigné comme une [TRADUCTION] « principale personne connue » dont les communications [TRADUCTION] « pouvaient être interceptées ». Après deux périodes de 60 jours d'interceptions, la police a arrêté MM. Williams et Kindred et les a accusés de diverses infractions visées au *Code criminel* et à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (la « Loi »). MM. Williams et Kindred ont été mis sous garde après leur arrestation.

III. Chronologie des procédures

[16] Le 1^{er} juin 2015, des motions préalables au procès ont commencé à être présentées et ont continué à l'être de façon intermittente jusqu'au 23 février 2016. L'élément central était la demande d'exclusion présentée par la défense, au nom de MM. Williams et Kindred, des communications électroniques obtenues par suite des deux autorisations judiciaires. Plus précisément, l'avocat de la défense faisait valoir, pour diverses raisons, l'invalidité de la première autorisation. Il a soutenu en premier lieu que la dénonciation ne constituait pas un affidavit parce qu'il y manquait un constat d'assermentation. Le paragraphe 185(1) du *Code criminel* prescrivant qu'un affidavit soit joint à la demande, a avancé la défense, il découlait de l'absence de constat d'assermentation à la fin de la dénonciation que la demande ne satisfaisait pas aux conditions légales préalables pour qu'une autorisation soit valide. En outre, a affirmé l'avocat de la défense, le premier mandat autorisait les policiers à intercepter non pas les courriels associés au nom de domaine « cryptlock.net », mais plutôt ceux associés au nom « cryplock.net ». L'avocat a soutenu que, bien que l'erreur ait pu être involontaire, la décision de poursuivre les interceptions après l'avoir constatée constituait une grave violation de l'art. 8 de la *Charte* qui était suffisante pour justifier l'exclusion de cette preuve. L'avocat a ajouté que l'autorisation d'intercepter des communications privées ne pouvait pas être accordée après coup et qu'ainsi, les communications interceptées entre le 12 mai 2014 et le 11 juin 2014 avaient été obtenues en violation de la *Charte*.

[17] L'avocat de la défense a aussi soutenu qu'il n'était pas démontré, dans les demandes, que les policiers avaient essayé d'autres méthodes d'enquête, qui avaient échoué, ni que d'autres méthodes avaient peu de chance de succès. La défense a relevé que la police avait recouru à un large éventail de techniques d'enquête, la plus frappante étant le recrutement d'un agent disposé à consentir à l'interception de ses communications personnelles avec les personnes ciblées et à témoigner en cour. L'agent avait aussi dévoilé à la police une preuve substantielle impliquant les personnes nommées dans des activités criminelles; cela laissait entendre que la poursuite de la police était

vable même sans l'interception de communications privées. La police avait aussi la possibilité, qu'elle n'avait pas explorée, de recourir à l'interception de communications avec le consentement d'une seule partie au titre de l'art. 184.1 du *Code criminel*, permettant à l'agent de continuer à recueillir des éléments de preuve contre les personnes nommées pendant que les policiers les surveillaient et écoutaient et enregistraient leurs conversations. Tout cela étant, a affirmé l'avocat de la défense, la condition préalable de la nécessité pour les besoins de l'enquête, prescrite aux art. 185 et 186 du *Code criminel*, n'avait pas été respectée.

[18] En vue de contester le mandat, l'avocat de la défense a demandé à contre-interroger ou interroger divers témoins : (1) le cap. Girard, quant à la nécessité pour les besoins de l'enquête, au constat d'assermentation manquant et à ses actes face à l'erreur relative au nom de domaine; (2) le sergent-chef Al Farrah et le sergent-chef Al Saad, quant aux circonstances dans lesquelles on a décidé de poursuivre les interceptions après la découverte de l'erreur relative au nom de domaine; (3) le serg. Gendre, quant à l'importance du nom de domaine dans le processus d'interception de communications; (4) le serg. Vachon, quant à la décision de poursuivre les interceptions après le 6 juin 2014; (5) les mandataires désignés du ministère public, quant à savoir s'ils se sont acquittés de leurs devoirs tels que la Cour d'appel de l'Ontario les a énoncés dans l'arrêt *R. c. Ebanks*, 2009 ONCA 851, [2009] O.J. No. 5168 (QL).

[19] L'avocat de la défense a aussi demandé au juge de première instance de se récuser au motif qu'un juge puîné de la Cour du Banc de la Reine n'était pas un « tribunal indépendant » au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte*. L'avocat a soutenu que les juges puînés ne pouvaient pas réviser une autorisation accordée par le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine puisque ce dernier disposait, en vertu de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, d'importants pouvoirs sur ces juges. Ces pouvoirs comprenant celui de transférer ces juges dans d'autres régions du Nouveau-Brunswick, a soutenu l'avocat, un observateur raisonnable, bien informé des circonstances de l'affaire, ne croirait pas qu'un juge puîné jouit de l'indépendance prescrite par l'al. 11*d*) de la *Charte*.

[20] En réponse aux demandes présentées par la défense, la poursuite a soutenu que l'autorisation devait être confirmée. L'avocat du ministère public a affirmé que le juge de première instance pouvait conclure, à la lecture de la dénonciation, qu'elle avait été faite sous serment. La police ayant déjà obtenu des mandats, des ordonnances de communication, des autorisations relatives à des enregistreurs de données de transmission ainsi que d'autres autorisations judiciaires, a indiqué la poursuite, il était manifeste que l'interception de communications privées était nécessaire pour faire progresser l'enquête. L'avocat du ministère public a prétendu que l'erreur concernant le nom de domaine n'avait pas d'importance, puisqu'on recourait au NIP et non au nom de domaine pour intercepter les communications. L'avocat du ministère public s'est aussi opposé à la demande de contre-interrogatoire de divers témoins. Il a fait valoir que M. Williams n'avait pas démontré qu'il existait une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire apporte une preuve pertinente, dans le cas des témoins autres que le déposant, ou une preuve susceptible de discréditer l'autorisation, dans le cas du déposant. L'avocat de la poursuite a soutenu, finalement, que le juge de première instance était indépendant du juge en chef de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, et qu'ainsi, la demande de la défense fondée sur l'al. 11*d*) de la *Charte* devait être rejetée.

[21] Le 24 août 2015, le juge de première instance a rejeté la demande de la défense fondée sur l'alinéa 11*d*) de la *Charte*. Il a conclu qu'un membre raisonnable et bien informé du public ne s'inquiéterait pas de son manque d'indépendance judiciaire vis-à-vis le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine. Le juge de première instance a notamment soutenu qu'en l'absence de preuve précise tendant à mettre en cause son impartialité, il relèverait de la pure conjecture de penser qu'il renierait son serment de fonction et statuerait contre sa conscience par crainte que le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine utilise contre lui les pouvoirs que lui confère la *Loi sur l'organisation judiciaire*.

[22] Le 31 août 2015, le juge de première instance a décidé d'autoriser la défense à contre-interroger le déposant sur certains aspects de la preuve. Il a autorisé le contre-interrogatoire sur l'absence de constat d'assermentation ainsi que sur la

découverte du nom de domaine erroné et sur les efforts menés pour régler le problème. Il a toutefois rejeté la demande de contre-interrogatoire du déposant sur la nécessité pour les besoins de l'enquête.

[23] Le 20 janvier 2016, le juge de première instance a aussi décidé d'autoriser l'avocat de la défense à contre-interroger le serg. Vachon sur les circonstances dans lesquelles il avait appris l'erreur concernant le nom de domaine, et sur sa réaction à ce problème, notamment sa décision de poursuivre malgré tout les interceptions de communications. Par ailleurs, le juge de première instance n'a pas autorisé le contre-interrogatoire des mandataires du ministère public, ayant conclu que l'interrogatoire projeté n'était pas nécessaire. Le 4 février 2016, le juge de première instance a aussi rejeté la demande présentée par la défense de contre-interroger les autres témoins, y compris le sergent-chef Saad et le sergent-chef Farah. Il a expliqué : [TRADUCTION] « Leur témoignage reprenant largement ceux donnés à ce jour par le serg. Vachon et le cap. Matthieu Girard, je ne vais pas ordonner qu'[ils] soient contre-interrogés. »

[24] Le 15 mars 2016, le juge de première instance a rendu sa décision par laquelle il rejetait la contestation, fondée sur l'art. 8 et le par. 24(2) de la *Charte*, des autorisations. Il a conclu que le juge ayant accordé les autorisations avait pu inférer que la dénonciation était un affidavit fait sous serment, puisque le document commençait avec la déclaration [TRADUCTION] « Je soussigné [...] déclare sous serment et jure », que le déclarant avait signé le document et que la commissaire aux serments, aussi, l'avait signé et y avait apposé son sceau. La preuve, telle qu'elle était étoffée dans la demande, démontrait aussi que le document avait été fait sous serment; le cap. Girard avait déclaré dans son témoignage que la commissaire lui avait fait prêter serment. Le juge de première instance a aussi déclaré qu'il était loisible au juge ayant accordé les autorisations de conclure que la nécessité pour les besoins de l'enquête avait été établie. La dénonciation permettait d'inférer, d'après le juge de première instance, que [TRADUCTION] « l'interception des messages transmis par les BlackBerry dotés du logiciel PGP était probablement le seul moyen d'obtenir de la preuve pour faire avancer l'enquête jusqu'à

l'atteinte des objectifs déclarés, particulièrement poursuivre avec succès les soi-disant gros bonnets du commerce local des stupéfiants ».

[25] Finalement, le juge de première instance a conclu que les policiers s'étaient fondés sur le NIP associé à chaque téléphone, plutôt que sur le nom de domaine associé au courriel, pour intercepter les communications. Il a donc estimé que le nom de domaine était simplement un [TRADUCTION] « identifiant additionnel non nécessaire de l'endroit où chercher ». Par conséquent, le juge a-t-il conclu, l'erreur dans le nom de domaine figurant dans la dénonciation initiale du 12 mai 2014 était sans importance et ne rendait pas les autorisations invalides. L'autorisation initiale étant licite, la preuve recueillie au titre de celle-ci n'avait pas été obtenue en violation de la *Charte*. Ainsi, de l'avis du juge, l'autorisation subséquente du 11 juillet 2014 n'enfreignait pas non plus la *Charte*. Toute la preuve obtenue conformément aux autorisations du 12 mai, du 11 juin et du 10 juillet 2014 a donc été admise.

[26] Le juge de première instance a rendu sa décision le 19 septembre 2016, déclarant MM. Williams et Kindred coupables sous tous les chefs d'accusation. Le juge s'est mis lui-même en garde, dans la décision, de ne pas se fonder sur le témoignage de l'agent sans disposer d'une preuve corroborante. Après avoir dit estimer que les communications interceptées étayaient le témoignage de l'agent, le juge de première instance a conclu que la poursuite avait prouvé la culpabilité des accusés hors de tout doute raisonnable. Le 9 décembre 2016, le juge de première instance a infligé à M. Williams une peine de 78,5 mois d'emprisonnement, correspondant à neuf ans et 11 mois, moins une réduction pour le temps passé en détention préventive. Le juge a déclaré, en vertu de l'art. 743.6 du *Code criminel*, que M. Williams ne serait pas admissible à la libération conditionnelle avant d'avoir purgé au moins la moitié de sa peine. Il a également rendu certaines ordonnances accessoires.

IV. Moyens d'appel

[27] M. Williams en appelle de sa déclaration de culpabilité, faisant valoir que le juge de première instance a commis les erreurs suivantes :

- 1) il a rejeté les demandes faites par la défense d'interroger des témoins;
- 2) il a rejeté la demande de la défense fondée sur l'al. 11*d*) de la *Charte*;
- 3) il a confirmé les autorisations.

[28] Subsidiairement, M. Williams demande l'autorisation d'interjeter appel de la peine, au motif que le juge aurait prolongé erronément sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

V. Analyse

A. *Le juge de première instance a-t-il rejeté erronément les demandes d'interrogatoire de témoins sur diverses questions?*

[29] Le juge de première instance a rejeté les demandes faites par la défense de contre-interroger le déposant (quant à la nécessité pour les besoins de l'enquête), des témoins autres que le déposant (quant à l'erreur concernant le nom de domaine et l'autorisation du 11 juin 2014) et les mandataires désignés (quant à l'erreur concernant le nom de domaine, à la décision de poursuivre l'interception des communications après la découverte de l'erreur et au respect par les demandes de mandat des conditions préalables prévues aux art. 185 et 186 du *Code criminel*).

[30] M. Williams soutient que le juge de première instance a commis une erreur en appliquant le mauvais critère juridique à l'égard de chaque catégorie de témoins. Le ministère public soutient, pour sa part, que le juge de première instance a exercé judicieusement son pouvoir discrétionnaire en refusant d'accorder l'autorisation de contre-interroger les dix témoins proposés sur le nom de domaine mal orthographié.

Le ministère public a affirmé que la stratégie de la défense consistait à rassembler toutes les personnes liées même indirectement à l'erreur concernant le nom de domaine. La portée de l'interrogatoire, débutant par le déposant, s'est rapidement élargie. Le juge de première instance a accordé l'autorisation de contre-interroger le déposant en déclarant qu'[TRADUCTION] « il pourrait en résulter ou non l'obtention d'éléments de preuve importants, mais la situation de fait n'est pas parfaitement claire et, à mon avis, l'équité du procès requiert que l'accusé ait le droit de contre-interroger le cap. Girard sur cette question » (décision du 31 août 2015, par. 12).

[31] Dans *R. c. Pires/R. c. Lising*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343, la Cour suprême a précisé le critère juridique s'appliquant à l'octroi de l'autorisation de contre-interroger un déposant. La juge Charron, qui a rédigé la décision unanime de la Cour, a formulé les explications suivantes :

Le droit de contre-interroger revêt incontestablement une importance fondamentale dans les procès criminels. Cependant, ce droit n'est ni illimité ni absolu. La mesure dans laquelle il devient un complément indispensable du droit à une défense pleine et entière dépend du contexte. Selon le critère préliminaire énoncé dans l'arrêt *Garofoli*, la défense doit démontrer qu'il existe une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire du déposant apporte un témoignage probant à l'égard de la question soumise à l'appréciation du juge siégeant en révision. Ce critère repose sur deux principes de base en matière de preuve : la pertinence et le caractère substantiel. Il découle également de préoccupations relatives à la longueur des procédures et, dans bien des cas, à la nécessité de protéger l'identité des informateurs. La règle ne porte pas atteinte au droit à une défense pleine et entière. Il n'existe aucun droit constitutionnel de produire des éléments de preuve non pertinents ou non substantiels. En outre, l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger établit un juste équilibre entre le droit au contre-interrogatoire en tant qu'élément du droit à une défense pleine et entière, et l'intérêt du public dans l'utilisation équitable mais efficace des ressources judiciaires et le règlement diligent des instances criminelles. [par. 3]

[32] Quant à la démarche à faire après avoir démontré que l'interrogatoire projeté est pertinent à l'égard d'une question substantielle, la juge Charron déclare ce qui suit :

Comme nous l'avons vu, l'obligation faite dans *Garofoli* d'obtenir la permission de contre-interroger n'est qu'un moyen d'éliminer les instances inutiles, qui n'aideraient vraisemblablement pas à la résolution des questions pertinentes. La raison pour laquelle le critère laisse généralement peu de place au contre-interrogatoire ne tient pas à sa rigueur, mais plutôt à la gamme restreinte des motifs justifiant l'annulation d'une autorisation. Par conséquent, pour déterminer s'il y a lieu de permettre un contre-interrogatoire, les avocats et le juge doivent s'attacher strictement à la question à trancher dans le cadre d'une révision de type *Garofoli* – soit celle de savoir s'il existait des motifs permettant au juge qui a accordé l'autorisation de rendre l'ordonnance. S'il est peu probable que le contre-interrogatoire projeté aide à trancher cette question, il ne doit pas être autorisé. Par contre, si ce contre-interrogatoire se situe dans les limites restreintes de cette procédure de révision, la défense n'est pas tenue d'aller plus loin et de démontrer qu'il permettra de réfuter une ou plusieurs des conditions légales préalables à la délivrance de l'autorisation. Une telle norme aussi stricte a été rejetée dans l'arrêt *Garofoli*. Tout ce qu'il suffit d'établir, c'est la probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire aidera le tribunal à trancher une question substantielle. [par. 40]

[33] En l'espèce, M. Williams n'a pas démontré qu'il existait une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire des témoins aide le tribunal à trancher une question substantielle. L'avocat de la défense n'a présenté aucune thèse concernant l'existence d'actes fautifs; il a simplement précisé le rôle de chaque témoin et ce sur quoi la défense voulait l'interroger. La majorité des témoins policiers devaient être interrogés sur la manière dont l'erreur avait été découverte, les mesures qu'ils avaient prises et le motif de ces mesures. L'avocat de la défense a même demandé à contre-interroger le juge en chef Smith, puisqu'il était le seul témoin en mesure de dire si on l'avait ou non induit en erreur. En outre, deux membres du personnel judiciaire étaient dits en mesure de faire la lumière sur leurs interactions avec le déposant. Tout cela sans la moindre allégation,

sans parler de preuve, d'irrégularité. L'objectif était manifestement de faire enquête sur les circonstances entourant l'erreur, en assignant quiconque y avait pris part ou en avait été touché, puis de voir s'il pouvait en sortir la moindre chose.

[34] Le juge de première instance a autorisé le contre-interrogatoire de trois témoins sur cette question; M. Williams fait maintenant valoir qu'on lui a refusé la possibilité d'interroger les dix autres témoins. À mon avis, l'interrogatoire de trop large portée de toutes les personnes le moindrement liées à l'erreur typographique dans l'affidavit initial n'aurait servi à rien.

[35] La décision du juge de première instance, comme le révèle son examen, était conforme à la jurisprudence. Le juge de première instance a un rôle important à jouer dans le maintien de l'instance sur la bonne voie. On peut recourir au voir-dire parallèlement au procès pour y trancher l'admissibilité de la preuve. Il faut considérer le voir-dire dans le contexte global du procès dont il n'est qu'une composante. Le droit à une défense pleine et entière est fonction du contexte dans lequel on l'invoque, soit, en l'espèce, une motion du type visé dans *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, [1990] A.C.S. n°115 (QL).

[36] Dans l'arrêt *Pires/Lising*, la question fondamentale était celle de savoir si l'obligation faite dans *Garofoli* d'obtenir la permission de contre-interroger le déposant enfreignait le droit à une défense pleine et entière. La juge Charron a expliqué que la portée du droit à une défense pleine et entière dépendait de la portée restreinte de la demande elle-même, et de la gamme restreinte des motifs justifiant d'y faire droit. Elle a insisté sur le fait que, lors d'une contestation fondée sur l'art. 8, l'audience devait demeurer sur la bonne voie :

C'est dans ce contexte plus restreint qu'il faut examiner le droit de contre-interroger en tant que complément du droit à une défense pleine et entière. Il ne sert à rien de permettre le contre-interrogatoire s'il n'existe aucune probabilité raisonnable que celui-ci ait une incidence sur la question de l'admissibilité de la preuve. Le critère préliminaire énoncé

dans *Garofoli* n'est rien de plus qu'un moyen de s'assurer que, une fois la contestation fondée sur l'art. 8 engagée, l'instance demeure sur la bonne voie. Même au procès proprement dit, le droit de contre-interroger n'est pas illimité. Dans l'arrêt *Lyttle*, la Cour a réaffirmé le principe selon lequel les avocats « sont liés par les règles de la pertinence et [qu']il leur est interdit de harceler le témoin, de faire des déclarations inexactes, de se répéter inutilement ou, de façon plus générale, de poser des questions dont l'effet préjudiciable excède la valeur probante » (par. 44 (je souligne)). La pertinence est l'essence du critère préliminaire de l'arrêt *Garofoli*. Si le contre-interrogatoire projeté n'est pas pertinent à l'égard d'une question substantielle, dans le cadre limité de la révision concernant l'admissibilité, il n'y a alors aucune raison de le permettre. [par. 31]

[37] La juge Charron a ajouté :

Les préoccupations touchant l'utilisation judicieuse des ressources judiciaires sont tout aussi légitimes aujourd'hui, et peut-être même davantage, qu'elles ne l'étaient il y a 15 ans, à l'époque où l'arrêt *Garofoli* a été prononcé. Pour que notre système de justice fonctionne, les juges qui président les procès doivent être en mesure de veiller au bon déroulement des instances. L'un des mécanismes leur permettant d'y arriver est le pouvoir de refuser de procéder à une audition de la preuve lorsque la partie qui en fait la demande est incapable de démontrer qu'il est raisonnablement probable que cette audience aidera à résoudre les questions soumises au tribunal. [par. 35]

[38] Dans l'arrêt *Pires/Lising*, la Cour suprême n'a pas simplement confirmé l'obligation faite dans *Garofoli* d'obtenir la permission de contre-interroger les déposants, mais a aussi établi comment le juge devait, quand une autorisation est contestée, mettre en balance des intérêts opposés : le droit à une défense pleine et entière et l'utilisation judicieuse de ressources judiciaires restreintes.

[39] À mon avis, l'interrogatoire sans contraintes de témoins ayant peu de rapport avec une autorisation judiciaire présumée valide va à l'encontre des principes énoncés dans l'arrêt *Pires/Lising*. Dans le cas d'une demande de type *Garofoli*, le

déposant est le témoin qui pourrait être détenteur de la preuve la plus pertinente. Il ne suffit pas d'invoquer la fausseté d'une partie de la preuve sur laquelle la police s'est fondée. La juge Charron a donné les explications suivantes :

Dans certains cas, le contre-interrogatoire projeté peut porter sur la crédibilité ou la fiabilité d'un informateur. Toutefois, un contre-interrogatoire qui ne fait que démontrer la fausseté de certains des renseignements sur lesquels se fonde le déposant est peu susceptible d'être utile à moins qu'il ne permette également d'étayer l'inférence que le déposant savait ou aurait dû savoir que ces renseignements étaient faux. Il ne faut pas oublier que l'autorisation d'écoute électronique constitue un outil d'enquête. À ce stade, une croyance raisonnable en l'existence des motifs légaux requis suffit pour justifier la délivrance de l'autorisation. Il se peut qu'une enquête plus poussée révèle la fausseté de ces motifs, mais ce fait n'invalide pas rétroactivement une autorisation par ailleurs valide. [par. 41]

[40] La pertinence est primordiale. La véritable question n'est pas de savoir si un témoin proposé est un déposant ou un sous-déposant. Chaque fois que la défense demande à interroger des témoins dans le cadre d'une motion de type *Garofoli*, le juge peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, restreindre le recours dans l'instance aux interrogatoires qui seront utiles à la Cour. C'est ce que le juge a fait en l'espèce.

[41] Pour obtenir la permission de contre-interroger les avocats consultants du ministère public, y compris les mandataires pour la présentation des demandes d'écoute électronique, le requérant devait démontrer, pour chaque témoin, qu'il était susceptible de produire un témoignage substantiel et qu'il était nécessaire d'obtenir ce témoignage. En l'espèce, le juge de première instance a refusé à juste titre de permettre le contre-interrogatoire des témoins autres que le déposant parce que les témoignages additionnels auraient été redondants.

[42] Dans *R. c. Tingley*, 2015 NBCA 51, 444 R.N.-B. (2^e) 1, la Cour a dit s'inquiéter de la prolixité des procédures, et a prié les tribunaux de première instance de veiller à ce que les procès n'échappent pas à tout contrôle :

Avant de conclure, toutefois, je me sens obligé de faire remarquer que, même si je pense que les juges de procès sont tout à fait justifiés d'établir des critères préliminaires rigoureux et de contrôler le processus en refusant de procéder à des auditions de la preuve « lorsque la partie qui en fait la demande est incapable de démontrer qu'il est raisonnablement probable que cette audience aidera à résoudre les questions soumises au tribunal » (par. 35 de *Pires*), ainsi que de contrôler l'exagération et la prolixité chez les avocats, je ne saurais critiquer le juge du procès dans la présente affaire. Il ne revient pas à la Cour d'appel d'agir comme « gérant d'estrade » qui passe en revue les bandes vidéo de la partie afin de déceler des erreurs. Je fais tout simplement remarquer que, à moins que des seuils rigoureux ne soient établis et appliqués, le risque de voir la procédure s'effondrer sous son propre poids se concrétise. Personne n'est avantagé lorsque cela se produit. [par. 144]

[43] M. Williams soutient qu'en rejetant sa demande de contre-interrogatoire du déposant au sujet de la nécessité pour les besoins de l'enquête, le juge de première instance a appliqué un mauvais critère juridique. Il ajoute qu'au début de la décision, le juge de première instance a expliqué que l'accusé devait démontrer qu'il existait des motifs permettant de conclure que le contre-interrogatoire « apportera un témoignage tendant à réfuter la présence d'une des conditions préalables à l'autorisation (*R. c. Garofoli*, précité) ». Il a aussi invoqué le principe énoncé dans *Pires/Lising*. Lorsqu'il a examiné l'interrogatoire projeté sur cette question, le juge a expliqué : [TRADUCTION] « Je conclus que le contre-interrogatoire sur la nécessité pour les besoins de l'enquête n'est pas nécessaire et il ne sera pas permis. » Aux dires de M. Williams, le critère appliqué par le juge de première instance à l'obligation d'obtenir la permission — que le contre-interrogatoire soit [TRADUCTION] « nécessaire » — est beaucoup plus exigeant que le critère précisé dans *Pires/Lising*, soit que le contre-interrogatoire soit [TRADUCTION] « utile au juge de première instance » ou « probant quant à [une] question ».

[44] En général, si une demande de mandat n'établit pas la présence d'une des conditions légales préalables, l'autorisation est illicite. Lorsqu'un mandat est contesté, le juge siégeant en révision doit trancher la question de savoir si la dénonciation fonde raisonnablement la délivrance du mandat. L'article 186 du *Code criminel* prévoit qu'une autorisation d'intercepter des communications privées peut être donnée si « d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête ». L'article 185 du *Code criminel* prévoit pour sa part que le respect de cette exigence s'établit par affidavit. Dans *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, la Cour suprême a conclu que la nécessité pour les besoins de l'enquête était établie lorsque, sur le plan pratique, il n'existait « aucune autre méthode d'enquête raisonnable, dans les circonstances de l'enquête criminelle considérée ».

[45] M. Williams soutient pour trois raisons que le juge de première instance a commis une erreur en confirmant le mandat :

- i. La dénonciation n'établissait pas le respect de la condition préalable, prescrite à l'art. 186 du *Code criminel*, de la nécessité pour les besoins de l'enquête puisqu'il semblait, d'après les allégations y figurant, que l'enquête avait déjà eu du succès et pouvait sensiblement progresser sans recours à l'interception de communications privées. La police avait recruté l'agent, qui lui avait fourni une mine de renseignements et avait consenti à témoigner en cour.
- ii. En plus d'obtenir des renseignements de l'agent, la police avait aussi recouru à une série de techniques d'enquête : ordonnances de communication, autorisations pour placer un téléphone sous enregistreur de numéros, mandats de localisation, mandats généraux, surveillance et informateurs. M. Williams affirme que ces méthodes n'avaient pas échoué,

chacune fournissant plutôt des pièces du casse-tête. À l'exception des renseignements provenant de sources confidentielles, la plupart des fruits tirés de ces méthodes d'enquête étaient admissibles en preuve et pouvaient étayer le témoignage de l'agent.

- iii. Au moment où la police a sollicité l'autorisation du 12 mai 2014, l'agent avait déjà consenti à l'interception de ses communications privées avec les cibles et la police préparait l'enregistrement audio et vidéo du domicile, de l'entreprise et du véhicule de l'agent.

[46] M. Williams soutient que le déposant n'a pas expliqué pourquoi, de manière raisonnable, les renseignements déjà fournis ne permettaient pas de poursuivre les cibles. À diverses reprises dans la dénonciation, le déposant a mentionné l'inaptitude des techniques précédemment utilisées à fournir une preuve directe contre les cibles. D'après M. Williams, affirmer qu'une enquête a échoué simplement parce qu'elle n'a pas apporté une preuve directe traduit une conception limitée et inexacte de ce que sont une enquête et une poursuite réussies. L'avocat du ministère public soutient que la preuve de la nécessité pour les besoins de l'enquête était suffisante pour justifier la décision du juge ayant accordé la première autorisation. Quant à la prétention concernant la nécessité pour les besoins de l'enquête, le juge de première instance a conclu qu'il était loisible au juge saisi de la demande d'autorisation d'inférer que l'interception des messages transmis par les BlackBerry dotés du logiciel PGP était probablement le seul moyen d'obtenir la preuve nécessaire pour faire avancer l'enquête jusqu'à l'atteinte des objectifs déclarés, particulièrement poursuivre avec succès les soi-disant gros bonnets du commerce local des stupéfiants.

[47] L'avocat du ministère public a soutenu que l'obligation prévue par la loi de la nécessité pour les besoins de l'enquête ne reléguait pas l'écoute électronique à un rôle de dernier recours; il faut plutôt une nécessité pratique tenant compte des objectifs de l'enquête. L'élément principal de la contestation par M. Williams de la nécessité pour les besoins de l'enquête venait de ce qu'il estimait que, pour remplir les objectifs de

l'enquête, l'interception des communications de l'agent, pour laquelle le consentement d'une seule partie aux communications était nécessaire, aurait suffi. Après examen attentif de la preuve par affidavit, le juge de première instance a conclu que le juge saisi de la demande d'autorisation disposait de suffisamment de renseignements fiables, auxquels il était raisonnable de prêter foi, pour pouvoir conclure que le recours à l'écoute électronique était pratiquement nécessaire pour poursuivre l'enquête.

[48] Afin d'évaluer la nécessité pour les besoins de l'enquête, il faut considérer les [TRADUCTION] « objectifs de l'enquête dans leur ensemble ». En l'espèce, le juge de première instance a correctement décrit les objectifs de l'enquête comme suit : [TRADUCTION] « bien cibler les criminels, sans se limiter à ceux nommés dans l'autorisation – c'est là précisément l'objet de l'autorisation, soit identifier et poursuivre les gros bonnets du trafic, y compris les fournisseurs » (par. 70 de la décision du 15 mars 2016).

[49] La portée d'une évaluation de la nécessité pour les besoins de l'enquête ne se limite pas à la poursuite des personnes nommées. Tel qu'il ressort de la dénonciation, l'opération J. Tornado visait à combattre et à neutraliser les trafiquants de cocaïne de moyenne et de grande envergure dans la région de Saint John. L'opération a mené à des déclarations de culpabilité pour plusieurs autres personnes, en plus de MM. Williams et Kindred. En outre, si la portée de l'enquête se fonde sur des motifs raisonnables, ce qui n'est pas contesté en l'espèce, il n'y a pas à craindre que les objectifs de l'enquête seront amplifiés de manière à rendre le recours à l'écoute électronique nécessaire. Comme corollaire, la nécessité pour les besoins de l'enquête ne restreint pas les enquêtes policières aux cibles aisément atteintes. La police a identifié Anthony Edison comme cible principale, ainsi que six autres trafiquants de grande envergure, y compris MM. Williams et Kindred. Son objectif était, en partie, [TRADUCTION] « d'identifier [outre les sept personnes nommées] tous les trafiquants de grande envergure impliqués dans la distribution de substances désignées ». L'agent était l'un des petits trafiquants à qui M. Williams vendait de la cocaïne. Même avec l'aide de l'agent, les fournisseurs étaient hors d'atteinte, et les policiers comprenaient mal les liens existant entre les divers

groupes et au sein de chaque réseau. À maintes reprises, le déposant a déclaré que les autres techniques d'enquête utilisées n'avaient pas permis d'établir le rôle des diverses personnes impliquées. Le déposant a ainsi déclaré :

[TRADUCTION]

Si la police ne demandait qu'une autorisation avec le consentement d'une partie, l'agent de police ne pourrait transiger ou acheter des substances désignées qu'auprès d'Anthony Edison, de Shane Williams, de Robert White et d'Angus Blizzard. Aucun renseignement ne serait recueilli au sujet des fournisseurs, des collaborateurs et des modes opératoires de ces personnes, et les seuls messages pouvant être interceptés seraient ceux à destination ou en provenance de l'agent, d'Anthony Edison, de Shane Williams, de Robert White et d'Angus Blizzard.

[50] Le juge de première instance a en outre indiqué trois obstacles que ne permettrait pas de surmonter le consentement par une partie [à l'interception des] communications de l'agent, obstacles qui ressortaient de l'affidavit : 1) l'agent n'était pas proche de toutes les personnes nommées; 2) les intéressés n'avaient pas l'habitude de communiquer verbalement; 3) les intéressés s'échangeaient plutôt habituellement des courriels au moyen des BlackBerry dotés d'un logiciel de chiffrement. Le ministère public fait valoir ce qui suit :

[TRADUCTION]

Plus on a affaire à un groupe averti, plus l'échec des techniques classiques est probable. Il est très avantageux pour les criminels qui choisissent de s'associer d'atteindre « un niveau de complexité et d'expertise qui pose un risque plus élevé pour la collectivité environnante ». Les communications jouaient un rôle essentiel au sein du groupe. Un grand degré de coordination est requis pour trouver un fournisseur et établir une relation de confiance, faire entrer la drogue en ville (souvent au moyen de passeurs), mélanger d'autres substances à la cocaïne pour augmenter la quantité à vendre et la marge bénéficiaire, fractionner la cocaïne et l'emballer en vue de la vente, trouver des acheteurs fiables, négocier les conditions et organiser des rencontres pour procéder aux échanges. Le mode de communication utilisé par les cibles rendait difficile pour les enquêteurs de recueillir de la preuve avec

les méthodes classiques. Les cibles recourant à des BlackBerry dotés du logiciel PGP, plutôt qu'à des échanges verbaux, pour discuter de leurs projets, par exemple, les policiers ou d'autres témoins avaient moins l'occasion de surprendre leurs conversations. Pour démanteler les réseaux de trafiquants et perturber l'offre et l'importation de cocaïne, les policiers devaient observer le fonctionnement interne des groupes – il leur fallait l'accès aux projets et aux ententes établis au moyen des BlackBerry dotés du logiciel PGP. Les autres techniques d'enquête [TRADUCTION] « n'offrent aucun accès au degré de participation et à l'état d'esprit des personnes impliquées ».

[51] Finalement, l'assertion de M. Williams selon laquelle le ministère public avait déjà une cause d'action viable contre les personnes nommées, grâce à ce que l'agent avait observé dans le passé, s'écartait sensiblement de ses prétentions au procès.

[52] Il est approprié pour la Cour, pour évaluer si la nécessité pour les besoins de l'enquête a ou non été démontrée, de prendre en compte les permutations d'éléments de preuve dans un procès criminel, y compris les faiblesses de la preuve, ainsi que la valeur du témoignage corroborant d'un agent ou d'un témoin de mauvaise réputation (voir *R. c. Rosebush*, 1992 ABCA 293, par. 11 à 14, autorisation d'interjeter appel refusée, [1992] C.S.C.R. n° 563). Le juge de première instance a correctement examiné les techniques utilisées par la police et les limites de ces techniques; il a aussi passé en revue les décisions de principe sur la nécessité pour les besoins de l'enquête. Dans *R. c. Nestorovski (appel by Mac)*, 2016 ONCA 379, [2016] O.J. No. 2581 (QL), la cour a déclaré :

[TRADUCTION]

En résumé, le risque couru par l'agent d'infiltration ne permettait pas d'intensifier l'opération d'infiltration. Il était peu probable que la filature et la surveillance vidéo, les mandats autorisant le placement sous enregistreur de numéro et les dispositifs de repérage révèlent davantage que les liens connus. Enfin, il était peu probable que toute introduction clandestine additionnelle dans l'appartement de M. Chan fasse découvrir de grandes quantités de

drogues puisque celles-ci n'y étaient jamais longtemps entreposées.

L'appelant voudrait que la cour étudie chaque technique individuelle isolément et examine pourquoi la police a recouru à chacune au maximum. La démarche de l'appelant est toutefois erronée. L'examen de la nécessité pour les besoins de l'enquête est contextuel et doit porter sur l'enquête de manière globale, et non passer chaque technique individuelle à la loupe. Les policiers avaient affaire à un complot criminel complexe que les techniques d'enquête classiques s'étaient montrées incapables de percer. La nécessité pour les besoins de l'enquête faisait de l'autorisation de l'écoute électronique le seul moyen réaliste pour la police d'identifier les personnes à la tête des réseaux de drogue.

Les policiers ne se sont pas précipités pour obtenir une autorisation d'écoute électronique en l'espèce. Ils ont mené une opération vaste et approfondie et abouti à une impasse. Après avoir évalué la demande de manière globale, le juge de première instance a conclu qu'il existait des motifs permettant à la juge saisie de la demande d'autorisation d'accorder l'autorisation d'écoute électronique. Rien ne justifie, à mon avis, de modifier cette évaluation en appel. [par. 54 à 56]

[53] J'estime que le juge de première instance, qui a recouru à la méthode contextuelle plutôt que d'examiner chaque technique individuelle isolément, a conclu avec justesse que les éléments de preuve dans les affidavits du 12 mai 2014 et du 8 juillet 2014 établissaient la nécessité pour les besoins de l'enquête.

[54] L'opération J Tornado visait des objectifs plus larges que ceux que l'agent aurait pu atteindre, même si cela avait été possible, en achetant directement de la drogue de chacune des sept personnes nommées. Dans *R. c. Beauchamp*, 2015 ONCA 260, [2015] O.J. No. 1939 (QL), la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté, comme indéfendable, l'argument selon lequel la nécessité pour les besoins de l'enquête n'était pas démontrée quand d'autres techniques auraient répondu aux objectifs à l'égard d'une des cibles. La cour a déclaré dans cet arrêt : [TRADUCTION] « La nécessité pour les besoins de l'enquête n'est pas fonction d'une cible en particulier, pas plus que la norme juridique de

preuve ne s'applique aux éléments de preuve individuels produits dans un procès criminel » (par. 119).

[55] Le juge de première instance disposait d'une preuve suffisante, à la lecture de l'affidavit même, pour évaluer la relation existant entre l'agent et les cibles. Il a expliqué que les cibles [TRADUCTION] « étaient hors de portée », autrement dit, que l'agent ne pouvait pas acheter de la drogue directement d'elles. Pour décider ce que l'agent pouvait raisonnablement faire, les policiers devaient examiner avec soin l'étroitesse des rapports antérieurs entre l'agent et les cibles, et analyser si tout scénario établi pour diverses cibles était susceptible d'éveiller les soupçons et de mettre en péril l'agent et l'enquête. Dans l'arrêt *R. c. Wasfi*, 2006 BCCA 55, [2006] B.C.J. No. 239 (QL), la cour a déclaré :

[TRADUCTION]

À mon avis, c'est à tort qu'on laisse entendre que les enquêteurs de police devraient éviter de prévoir, tôt dans une enquête, qu'ils devront demander une autorisation d'écoute électronique. La nature d'une affaire peut faire pleinement comprendre aux policiers, tôt dans le processus, qu'ils ne disposeront vraisemblablement pas d'une preuve solide sans écoute électronique. Dans les enquêtes visant le trafic de drogue et les complots en matière de drogue, l'écoute électronique devient souvent une nécessité pour les besoins de l'enquête. Dans la plupart des affaires de drogue, le risque est élevé que l'utilisation d'autres moyens d'enquête (par exemple, le recrutement de complices et le recours à des agents d'infiltration) apprenne aux cibles de l'enquête, avant qu'une preuve suffisante pour établir le bien-fondé de la cause contre elles soit réunie, que la police a connaissance de leurs activités illégales. De tels moyens d'enquête sont aussi fort susceptibles de mettre des gens en danger. Le juge siégeant en révision doit examiner la preuve en cause dans chaque affaire, mais il ne doit pas alors faire abstraction des impératifs et des risques liés aux autres moyens d'enquête. On peut s'attendre à ce que les trafiquants de drogue, particulièrement les plus élevés dans l'échelle de distribution, emploient des méthodes visant à contrer les enquêtes de la police sur leurs activités et soient prêts à utiliser la violence pour éviter d'être repérés. Il ne s'ensuit pas que chaque enquête dans une affaire de drogue

entraînera automatiquement une autorisation judiciaire à long terme de l'interception de communications privées, mais il faut reconnaître en révision les impératifs de ce type d'enquête. [par. 49]

[56] L'affidavit offrait, en regard de l'enquête considérée globalement, une preuve solide et convaincante de la nécessité pour les besoins de l'enquête. Les questions soulevées par M. Williams sont précisément du type de celles que le critère préliminaire visait à prévenir. Le juge de première instance a énoncé et appliqué correctement le critère applicable à la permission de contre-interroger le déposant. Sa décision concernant la permission de contre-interroger est simple et brève, ne comptant que 15 paragraphes. Aux paragraphes 2 et 3, il a correctement énoncé le critère et cité les arrêts clés. En refusant de permettre le contre-interrogatoire sur le fondement de la nécessité pour les besoins de l'enquête, il n'a pas commis d'erreur de droit.

B. *Le juge de première instance a-t-il rejeté erronément la demande fondée sur l'al. 11d) de la Charte?*

[57] Tout inculpé a le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Ce droit est garanti à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[58] M. Williams prétend que ce droit a été violé. Il ne soutient ni que le juge de première instance a fait preuve de partialité, ni qu'il y a eu apparence de partialité. Son seul argument est que ce juge n'était pas indépendant. M. Williams avance que tous les juges puînés de la Cour du Banc de la Reine perdent leur indépendance lorsque l'autorisation à réviser a été donnée par le juge en chef de cette cour. Cela découle, soutient-il, des pouvoirs conférés au juge en chef par la *Loi sur l'organisation judiciaire*.

[59] La *Loi sur l'organisation judiciaire* prévoit que la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick se compose de son juge en chef et d'au plus 25 « autres juges », en plus de juges surnuméraires (par. 2(3)). Cette cour est constituée de deux divisions : la Division de première instance et la Division de la famille. Onze des

25 juges doivent être des juges de la Division de la famille (par. 2(4.1)). Les juges d'une division peuvent « de temps à autre » entendre et décider des procédures de l'autre division (par. 2(4.2) et 11(2)).

[60] Avant d'entrer en fonction, un juge doit prêter et souscrire le serment d'office ou faire et souscrire l'affirmation d'office et déclarer, notamment, qu'il rendra « justice à tous selon le droit, sans crainte, partialité ni malveillance » (par. 3(1)).

[61] La *Loi sur l'organisation judiciaire* prévoit qu'« [a]u moins un juge de la Division de la famille ou de la Division de première instance de la Cour du Banc de la Reine doit résider dans chacune des [huit municipalités énumérées] ou dans ses environs sans toutefois dépasser cinquante kilomètres de la municipalité » (par. 4(1)).

[62] Tandis que le juge en chef du Nouveau-Brunswick détermine la politique générale tant de la Cour d'appel que de la Cour du Banc de la Reine en matière judiciaire, le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine est chargé de « répartir et coordonner le travail des juges » de cette cour (art. 12).

[63] Bien qu'il ait été modifié depuis, l'art. 12.01 était libellé comme suit au moment du procès :

12.01(1) For the purpose of ensuring the proper functioning of the Court, the Chief Justice of the Court of Queen's Bench is responsible for the administration of the judicial responsibilities of the Court of Queen's Bench in relation to the judiciary.

(2) In carrying out his or her duties under subsection (1) and any other provision of this Act, and without limiting the generality of that subsection or any other provision, the Chief Justice

(c) shall direct and supervise the assignment of judicial duties to

12.01(1) Pour assurer le bon fonctionnement de la Cour, le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine est chargé de l'administration des responsabilités judiciaires de la Cour du Banc de la Reine relativement à la magistrature.

(2) Dans l'exercice des fonctions que lui confèrent le paragraphe (1) et toute autre disposition de la présente loi, et sans que soit limitée la portée générale de ce paragraphe ou de toute autre disposition, le juge en chef

a) est chargé de l'assignation des fonctions judiciaires à chacun des

individual judges and may alter those duties from time to time,

juges et exerce une surveillance sur l'assignation, et peut modifier ces fonctions lorsqu'il y a lieu,

(d) shall determine the total annual, monthly and weekly workload of individual judges,

b) détermine l'entière charge de travail annuelle, mensuelle et hebdomadaire de chacun des juges,

(c) may require a judge to act during the absence of another judge in the place of the judge who is absent,

c) peut requérir d'un juge qu'il remplace un autre juge durant son absence,

(d) may designate the place where a judge is to hold sittings and the days on which he or she is to hold such sittings, and

d) peut désigner le lieu où un juge doit siéger ainsi que les jours où il doit y siéger, et

(e) may designate the place where a judge is to establish and maintain an office.

e) peut désigner le lieu où un juge doit établir et tenir un bureau.

(3) On the appointment of a judge made after the commencement of this subsection, the Chief Justice of the Court of Queen's Bench may designate the place at which the judge is to establish residence.

(3) Lors de la nomination d'un juge faite après l'entrée en vigueur du présent paragraphe, le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine peut désigner le lieu où le juge doit établir sa résidence

It now reads:

Voici son libellé actuel :

12.01(3) Subject to subsections (4) and (5), the Chief Justice of the Court of Queen's Bench, with the consent of the Minister of Justice, may designate the place at which a judge is to establish residence.

12.01(3) Sous réserve des paragraphes (4) et (5), le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine peut, avec le consentement du ministre de la Justice, désigner le lieu où un juge doit établir sa résidence.

[64]

Au procès, M. Williams a soutenu que les dispositions précitées de la *Loi sur l'organisation judiciaire* [TRADUCTION] « compromettent l'indépendance d'un juge de la Cour du Banc de la Reine appelé à siéger en révision d'une décision du juge en chef ». Il a prétendu qu'il en découlait la violation de son droit d'être jugé par un tribunal indépendant. Le juge de première instance a rejeté cet argument. M. Williams soutient que, ce faisant, le juge de première instance a commis une erreur en appliquant le

mauvais critère juridique. D'après M. Williams, le juge a recouru au critère servant à décider de l'impartialité plutôt que de l'indépendance d'un tribunal. M. Williams prétend aussi que le juge de première instance a accordé trop d'importance au serment d'office prêté par les juges.

[65] À mon avis, ce moyen d'appel est dénué de tout fondement. Il n'est pas allégué en l'espèce qu'une force ou un organisme extérieur serait en mesure d'influer (ou considéré pouvoir influencer) sur la fonction de prise de décisions d'un juge. L'affaire, plutôt, met en cause les pouvoirs administratifs d'un haut fonctionnaire judiciaire dont les décisions et les actions sont présumées être prises « exclusivement en fonction des intérêts de la cour et de l'administration de la justice en général » (*Ontario Deputy Judges Assn. c. Ontario (Attorney General)*, 2011 ONSC 6956, [2011] O.J. No. 5352 (QL), conf. 2012 ONCA 437, [2012] O.J. No. 2865 (QL), aux par. 40, 58 et 59).

[66] Cette présomption repose non pas sur le serment d'office prêté par chaque juge puîné, mais sur le serment d'office du juge en chef. Un juge en chef exerce de nombreux pouvoirs discrétionnaires autres que ceux prévus dans la *Loi sur l'organisation judiciaire*. Il est présumé qu'un juge en chef, en l'absence de preuve contraire, remplit ses obligations uniquement en fonction des intérêts de la cour et de l'administration de la justice. S'il n'agissait pas ainsi, le juge en chef violerait son serment d'office.

[67] En l'espèce, M. Williams n'a même pas fait valoir une conduite irrégulière du juge en chef qui aurait fait perdre leur indépendance aux juges puînés, encore moins présenté une preuve quelconque en ce sens. Un observateur raisonnable conclurait invariablement, à moins que la présomption ne soit réfutée, que les juges puînés sont libres d'exercer leurs pouvoirs décisionnels à l'abri de toute influence de leur juge en chef, qui a prêté serment de rendre justice aux juges de la cour selon le droit – ce qui veut dire en fonction de l'intérêt supérieur de la Cour et de l'administration de la justice.

C. *Le juge de première instance a-t-il confirmé erronément les autorisations?*

i. Constat d'assermentation

[68] Au procès, MM. Williams et Kindred ont contesté la validité apparente et la validité quant au fond de l'affidavit du 12 mai 2014 déposé à l'appui de la demande d'autorisation, au motif qu'il était irrégulier parce qu'il y manquait un constat d'assermentation. Ils ont affirmé que la condition préalable prévue au par. 185(1) du *Code criminel* n'était donc pas remplie.

[69] Comme on l'a mentionné, le déposant a déclaré au début de son affidavit : [TRADUCTION] « Je soussigné, le cap. Matthieu G., [...] déclare sous serment et affirme ce qui suit : ». Au paragraphe 464, le document est signé par le cap. Girard ainsi que par la commissaire aux serments Janet C. MacLachlan, qui y a apposé son timbre de commissaire. Il n'y avait pas de constat d'assermentation. Le juge de première instance a conclu : [TRADUCTION] « [L]e constat d'assermentation est un certificat. Ce n'est pas le serment lui-même. » C'est un simple élément, et pas nécessairement le seul, prouvant la prestation du serment. Le juge de première instance a établi une distinction entre les faits d'espèce et les faits de l'affaire *A.B. c. C.D.* (2004), 283 R.N.-B. (2^e) 138, [2004] A.N.-B. n° 443 (C.A.) (QL). Dans *A.B. c. C.D.*, il n'y avait même pas d'affirmation que la personne ayant signé le document avait attesté sous serment de sa véracité.

[70] L'absence de certificat d'assermentation complet ne contredit pas l'affirmation du déposant selon laquelle il a fait sa déposition sous serment; ce qui manque, c'est la corroboration habituelle de la prestation de serment. Au vu du dossier dont le juge ayant accordé l'autorisation disposait, la seule conclusion pouvant être tirée était que le déposant avait fait sa déposition sous serment. L'avocat de la défense a soulevé un autre motif de contestation : l'affidavit n'était pas admissible au titre des *Règles de procédure*, et le juge ayant accordé l'autorisation n'en était donc pas régulièrement saisi. La règle 4.05(13) prévoit ce qui suit :

Except with leave of the court, an affidavit shall not be used or filed unless the person before whom it is sworn shows in the *jurat*

Sauf permission de la cour, aucun affidavit ne doit être utilisé ni déposé sans que celui qui reçoit le serment n'indique dans la formule d'assermentation

(a) the date when it was sworn,
(b) the place where it was sworn, and
(c) that the affidavit was sworn before him.

a) la date de la prestation du serment,
b) le lieu de la prestation du serment et
c) le fait qu'il a reçu le serment.

[71] La règle confère à la cour le pouvoir discrétionnaire d'admettre les affidavits non conformes. De plus, M. Williams a demandé l'autorisation de contre-interroger le déposant en partant du principe que, quoique l'affidavit semblait avoir été fait sous serment, tel n'avait pas été le cas en réalité. Le juge de première instance a accordé l'autorisation de contre-interroger le déposant sur cette question. Le déposant a déclaré avoir fait l'affidavit sous serment le 12 mai 2014 et en garder un souvenir précis. La commissaire aux serments, Janet C. MacLachlan, a aussi signé un affidavit indiquant qu'elle avait bien fait prêter serment.

[72] Dans l'affaire *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490, [1990] A.C.S. n° 116 (QL), l'appelant avait été reconnu coupable de voies de fait graves. Le ministère public a présenté une preuve obtenue par écoute électronique. Le juge de première instance a conclu qu'il n'existait aucune preuve de fraude, de non-divulgence ou de divulgation trompeuse de la part d'un participant quelconque à l'obtention de l'autorisation d'écoute électronique, et que l'autorisation était en apparence tout à fait valide. Il a conclu à l'admissibilité de la preuve. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité. L'avocat de la défense a mis en cause la validité d'une des autorisations, fondée sur un affidavit dont l'auteur n'avait pas été assermenté. Le constat d'assermentation dans l'affidavit n'avait pas été complété par le commissaire à l'assermentation, bien que la date ait été inscrite. En application de l'art. 610 du *Code criminel*, la Cour d'appel a cité comme témoins un policier et la personne qui avait obtenu l'autorisation pour le procureur général. Ces témoins ont été interrogés par le poursuivant et contre-interrogés par l'avocat de la défense. Se fondant sur ces témoignages de vive voix, la cour a conclu que le déposant avait été assermenté et que c'était par inadvertance que le constat

d'assermentation n'avait pas été complété. L'autorisation n'était donc pas viciée. La Cour suprême a partagé cet avis.

[73] Dans *R. c. Blizzard*, 2005 NBBR 402, [2005] A.N.-B. n° 566 (QL), le juge Glennie a suivi le raisonnement tenu dans l'arrêt *Lachance*, devant une demande de suspension de l'instance présentée par l'accusé en raison d'une violation des droits qui lui sont garantis par la *Charte*. L'accusé a soutenu, notamment, que quatre dénonciations n'étaient pas valides parce qu'elles comportaient des constats d'assermentation non signés. Le juge Glennie a déclaré :

[TRADUCTION]

Il convient de le répéter, quatre des dénonciations comportaient des constats d'assermentation non signés. Dans l'arrêt *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490, le juge Sopinka écrit, au paragraphe 12 :

[12] L'appelant a soulevé trois arguments relativement aux affidavits. Premièrement il a allégué qu'une des autorisations n'était pas valide parce que fondée sur un affidavit dont l'auteur n'avait pas été assermenté. Le constat d'assermentation n'avait pas été complété par le commissaire à l'assermentation, bien que la date ait été inscrite. En application de l'art. 610 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, la Cour d'appel a cité comme témoin le sergent Lamont et la personne qui avait obtenu l'autorisation pour le procureur général. Ils ont été soumis à un interrogatoire principal par le ministère public et à un contre-interrogatoire par l'avocat de Daniel Lachance. Se fondant sur ces témoignages, la cour a conclu que le déposant avait été assermenté et que c'est par inadvertance que le constat d'assermentation n'avait pas été complété. L'autorisation n'était donc pas viciée.

En l'espèce, j'accepte le témoignage de l'agent Kerr selon lequel il a fait sous serment chacune des quatre dénonciations dans lesquelles les constats d'assermentation ne sont pas signés. J'accepte son témoignage selon lequel c'était sa façon de faire de ne jamais quitter le cabinet du juge sans avoir fait une dénonciation sous serment. Il dit

que sa façon de faire était de ne faire signer le mandat qu'après que son affidavit était attesté sous serment. Je conclus que le déposant a attesté sous serment les affidavits dans chacun de ces quatre cas. [par. 49 à 50]

[74] Dans l'affaire *R. c. Ho*, 2012 ABCA 348, [2012] A.J. No. 1170 (QL), l'accusé a interjeté appel de déclarations de culpabilité pour des infractions liées aux armes à feu. Il avait été surpris en possession de sept armes de poing chargées, dont certaines étaient munies de silencieux haut de gamme. Toutes les armes avaient été saisies lors de l'exécution d'un mandat général. Au procès, M. Ho a sollicité l'annulation du mandat. Les policiers s'étaient présentés deux fois avec des dénonciations qui n'étaient pas faites sous serment et des projets de mandats généraux non signés. La deuxième visite des policiers était survenue après que la juge avait relevé une lacune dans la dénonciation utilisée pour la première visite. M. Ho s'est appuyé sur une partie du contre-interrogatoire de l'enquêteur principal laissant entendre que le mandat général avait été délivré avant que la dénonciation ne soit faite sous serment, et a soutenu que le mandat avait ainsi été délivré sur la foi d'un témoignage sans serment. Toutefois, le témoin a catégoriquement nié s'être écarté de sa façon de faire habituelle, consistant à s'appuyer sur un témoignage fait sous serment pour obtenir le mandat. Le juge de première instance a refusé d'annuler le mandat, après avoir conclu que le témoin enquêteur soit avait fait erreur quant à la procédure suivie par la juge ayant accordé l'autorisation, soit avait mal compris cette procédure. M. Ho a interjeté appel, faisant valoir le caractère irrégulier du processus de délivrance du mandat et la partialité démontrée par la juge en relevant les lacunes de la dénonciation avant la nouvelle visite de la police et la délivrance du mandat.

[75] La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel : il n'y avait pas de problème si la juge de la Cour provinciale s'était fait demander un mandat, avait lu tous les documents et avait signé le mandat avant de signer le constat d'assermentation, mais après avoir fait prêter serment. Même si la juge avait signé le mandat puis fait prêter serment à l'auteur de la dénonciation, aucune erreur juridique n'avait été commise puisque la signature du mandat et la prestation de serment de l'auteur de la dénonciation

faisaient partie intégrante d'une même opération. La cour a néanmoins formulé l'observation suivante :

[TRADUCTION]

[...] un commissaire aux serments pose au moins deux actions différentes lorsqu'on lui remet un affidavit. Premièrement, il fait prêter serment. Deuxièmement, il remplit et signe le constat d'assermentation figurant à la fin. Le constat d'assermentation n'est pas le serment; c'est simplement un certificat attestant la prestation de serment. Les deux actions ne sont pas du tout la même chose, et le serment est valide avant que le constat d'assermentation n'ait été signé (*R. c. Dean* (1985), 57 AR 81, 17 CCC (3d) 410 (par. 30)). [par. 11]

[76] Dans *R. c. Chen*, 2016 BCCA 506, [2016] B.C.J. No. 2719 (QL), finalement, M. Chen a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité pour possession de cocaïne et de méthamphétamine en vue d'en faire le trafic et pour plusieurs infractions liées aux armes à feu. M. Chen avait consenti à vendre des amphétamines à un policier banalisé. La transaction a avorté après l'obtention par le policier de deux mandats de perquisition. La transaction a été reportée, son lieu prévu étant le domicile de M. Chen. Le policier a demandé deux autres mandats de perquisition, dont un visait le domicile de M. Chen. Il a laissé des documents à l'appui à l'intention de la juge de paix, puis on l'a informé que les mandats avaient été délivrés et pouvaient être récupérés. Les mandats ne portaient pas la signature de la juge de paix; son nom y figurait plutôt en caractères d'imprimerie. L'ordonnance de mise sous scellés qui accompagnait les mandats portait bien de son côté la signature manuscrite de la juge de paix. Ne relevant aucune irrégularité entachant les mandats à première vue, les policiers s'en sont servis pour perquisitionner au domicile de M. Chen. Après avoir identifié M. Chen comme propriétaire du domicile, on lui a présenté le mandat pertinent. On a trouvé dans le domicile la drogue et les armes qui ont donné lieu aux accusations. Lors d'un voir-dire, M. Chen a mis en question le caractère raisonnable de la perquisition, alléguant qu'elle avait été faite sans mandat, la signature de la juge de paix étant absente.

[77] Le juge de première instance a conclu que le mandat était valide, mais qu'en raison de l'absence de signature sur le mandat, M. Chen n'avait pas été dûment avisé de son autorisation. Il a estimé qu'à ce titre, il y avait eu violation du droit de M. Chen à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Le juge a ensuite admis la preuve obtenue en exécution du mandat, en fonction de ce cas particulier où la police n'avait pas fait preuve d'aveuglement volontaire, et en raison de l'intérêt pour la société que M. Chen soit jugé sur le fond de la preuve du ministère public. Le juge a conclu qu'une personne raisonnable n'estimerait pas le système de justice déconsidéré par l'admission de la preuve. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel. Elle a conclu que le juge de première instance avait qualifié à juste titre l'erreur de la police de rare et de compréhensible. L'erreur essentielle avait été commise par la juge de paix, à qui il incombait en premier lieu de veiller à ce que la police obtienne un mandat valide qui réponde aux objectifs. Si M. Chen avait remarqué l'absence de signature, il est vraisemblable qu'une copie signée du mandat aurait été obtenue et lui aurait été remise. La violation des droits de M. Chen était regrettable, mais de nature bénigne. La juge d'appel Newberry a déclaré :

[TRADUCTION]

Au paragraphe 86 de l'arrêt *Grant*, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que, lorsque le juge de première instance a examiné les bons facteurs, la cour d'appel devrait « faire preuve d'une retenue considérable à l'égard de la décision rendue ». S'il est exact que le mandat de perquisition a été valablement délivré, il n'existe aucun motif, à mon avis, pour que nous puissions ou devions écarter l'analyse découlant de l'arrêt *Grant* faite par le juge de première instance. L'appelant ne fait pas valoir l'absence de motifs raisonnables de délivrer le mandat. Les policiers ont agi de bonne foi et ils ont pris toutes les mesures nécessaires et habituelles pour l'obtenir. On leur avait dit qu'un mandat avait été délivré et était prêt à être récupéré. Ils ont récupéré le mandat, l'ont emporté avec eux au domicile de M. Chen et l'ont montré à ce dernier. Rien n'indique que les policiers avaient connaissance de l'absence de signature de la juge. Les éléments de preuve en cause sont extrêmement fiables et nécessaires pour décider sur le fond de la preuve du ministère public.

J'estime comme le juge de première instance qu'il s'agissait d'une erreur d'inattention rare et compréhensible — sinon totalement excusable — de la part des policiers. En réalité, toutefois, l'erreur essentielle avait été commise par la juge de paix, à qui il incombait en premier lieu de veiller à ce que la police obtienne un mandat valide qui réponde aux objectifs visés au par. 29(1). Le fait qu'on n'ait trouvé aucun autre cas au Canada où un juge de paix ait omis de signer le mandat porte à croire qu'en l'espèce, l'erreur de la juge de paix constituait une anomalie plutôt qu'elle ne s'inscrivait dans un schéma de négligence ou de manque de diligence continuel. Il convient aussi de noter que, si la police ou M. Chen avait remarqué l'absence de signature, il est vraisemblable qu'une copie signée du mandat aurait pu facilement être obtenue et remise à ce dernier.

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, bien que l'erreur commise ait été regrettable, il n'en est pas résulté, à mon avis, une violation figurant au haut de l'échelle. Je ne puis dire que la décision du juge de première instance était erronée. [par. 42 à 44]

[78] Dans la présente affaire, le juge de première instance a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Les accusés ont soutenu qu'en l'absence de constat d'assermentation, le juge saisi de la demande d'autorisation ne pouvait pas savoir où et quand le cap. Girard et la commissaire aux serments avaient signé le document. Je ne suis pas du même avis. Les juges doivent constamment tirer des inférences à partir d'éléments de preuve fiables. En l'espèce, le juge saisi de la demande d'autorisation pouvait tirer de la preuve une inférence manifeste, soit que le cap. Girard et Janet McLaughlin avaient signé le document à Fredericton, le 12 mai 2014.

En tenant compte de tous ces faits et en appliquant la présomption de régularité, je conclus que le juge saisi de la demande d'autorisation disposait de suffisamment de renseignements fiables, auxquels il était raisonnable de prêter foi, pour pouvoir conclure que le cap. Girard avait fait l'affidavit sous serment devant une commissaire aux serments, le 12 mai 2014, à Fredericton, au

Nouveau-Brunswick, même en l'absence de la preuve ou du certificat — le constat d'assermentation — qui aurait dû figurer sur le document. Je conclus en outre, compte tenu de toutes les circonstances, et en estimant que l'absence de constat d'assermentation n'a pas d'incidence sur le fond de la demande, que le juge aurait pu conclure que le défaut d'inclure un constat d'assermentation ne constituait qu'un vice de procédure et que, compte tenu de la règle 2.02, il était opportun d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré par la règle 4.05 et d'autoriser le dépôt du document à l'appui de la demande, assurant ainsi la conformité au par. 185(1) du *Code criminel*. Je rejette par conséquent la contestation par l'accusé de la validité apparente, vu l'absence de constat d'assermentation, de la dénonciation.

Quoique la motion présentait cette question comme une contestation de la validité apparente, l'accusé a sollicité et obtenu l'autorisation de contre-interroger le cap. Girard sur le constat d'assermentation, en faisant ainsi une contestation de la validité quant au fond. Il ressort clairement de cette preuve, que j'admets, que le cap. Girard s'est bien présenté devant Janet McLaughlin, le 12 mai 2014, et qu'à ce moment il lui a présenté la dénonciation, a attesté sous serment la véracité de son contenu et l'a signée, tout comme l'a fait la commissaire aux serments McLaughlin. Compte tenu de cette preuve élargie, par conséquent, la contestation de la validité quant au fond de l'autorisation du 12 mai 2014, pour absence de constat d'assermentation dans la dénonciation, est aussi rejetée (voir *R. c. Blizzard*, 2005 NBBR 402).

En résumé, je conclus que le document déposé auprès de la cour à l'appui de la demande d'autorisation visée à la partie VI, le 12 mai 2014, renfermait suffisamment de renseignements fiables, auxquels il était raisonnable de prêter foi, pour que le juge saisi de la demande d'autorisation puisse l'admettre comme affidavit prescrit par le par. 185(1) du *Code criminel*. Je rejette par conséquent la prétention de l'accusé selon laquelle cette demande ne reposait sur aucune preuve. [par. 44 à 47]

[79] Je suis du même avis. Le constat d'assermentation est un certificat, et non le serment lui-même; c'est un élément, et pas nécessairement le seul, prouvant la prestation de serment. Le document présenté au juge saisi de la demande d'autorisation à

l'appui de la demande du 12 mai 2014 ne renferme pas de constat d'assermentation, mais le témoignage du cap. Girard permettait au juge de première instance de tirer une inférence fondée sur une preuve fiable. Ce dernier a conclu qu'en l'espèce, le juge saisi de la demande d'autorisation pouvait tirer de la preuve une inférence manifeste : le cap. Girard avait signé le document devant une commissaire aux serments. Le juge de première instance a conclu, d'ailleurs, que le juge saisi de la demande d'autorisation disposait de suffisamment de renseignements fiables, auxquels il était raisonnable de prêter foi, pour pouvoir conclure que le cap. Girard avait signé l'affidavit devant une commissaire aux serments le 12 mai 2014, à Fredericton, même en l'absence du certificat — le constat d'assermentation — qui aurait dû figurer sur le document.

[80] Il a en outre conclu que, compte tenu de toutes les circonstances, l'absence de constat d'assermentation n'avait pas d'incidence sur le fond de la demande. Le juge de première instance a rejeté la contestation par M. Williams de la validité apparente, pour absence de constat d'assermentation, de la dénonciation.

[81] L'avocat de M. Williams est allé plus loin dans la motion : tout en présentant la question du constat d'assermentation comme une contestation de la validité apparente, il a sollicité et obtenu l'autorisation de contre-interroger le cap. Girard sur cette question; la contestation en est ainsi devenue une de la validité quant au fond. Il est ressorti clairement de ce témoignage, que le juge de première instance a admis, que le déposant s'était présenté devant la commissaire aux serments, le 12 mai 2014, et qu'à ce moment il lui avait présenté la dénonciation, avait attesté sous serment la véracité de son contenu et l'avait signée, tout comme l'a fait la commissaire.

[82] Le juge de première instance a conclu, compte tenu de cette preuve élargie, que la contestation de la validité quant au fond de l'autorisation du 12 mai 2014, pour absence de constat d'assermentation, devait être rejetée. Il n'existe aucun motif pour modifier la conclusion du juge de première instance concernant le constat d'assermentation manquant.

(2) Durée de l'autorisation

[83] M. Williams s'appuie sur le fait que le cap. Girard n'a pas précisé, au par. 604 de la dénonciation, les dates de début et de fin de l'autorisation proposée pour contester la validité apparente du document, qui ne se conformerait pas ainsi à l'al. 185(1)g) du *Code criminel*. L'alinéa 185(1)g) est ainsi rédigé :

Application for authorization

185 (1) An application for an authorization to be given under section 186 shall be made *ex parte* and in writing to a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 and shall be signed by the Attorney General of the province in which the application is made or the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness or an agent specially designated in writing for the purposes of this section by:

[...]

and shall be accompanied by an affidavit, which may be sworn on the information and belief of a peace officer or public officer deposing to the following matters:

[...]

(g) the period for which the authorization is requested[.]

Demande d'autorisation

185 (1) Pour l'obtention d'une autorisation visée à l'article 186, une demande est présentée *ex parte* et par écrit à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle, ou à un juge au sens de l'article 552, et est signée par le procureur général de la province ou par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ou par un mandataire spécialement désigné par écrit pour l'application du présent article par :

[...]

il doit y être joint un affidavit d'un agent de la paix ou d'un fonctionnaire public pouvant être fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques et indiquant ce qui suit :

[...]

g) la période pour laquelle l'autorisation est demandée[.]

[84] M. Williams ajoute que, ces dates n'ayant pas été inscrites, la période pour laquelle l'autorisation était demandée pouvait s'étendre du 1^{er} mai 2014 au 31 juillet 2014, soit une période de 92 jours. Le juge de première instance a conclu que l'al. 185(1)g), de formulation large, n'enjoignait pas au déposant de préciser les dates exactes du début et de la fin de l'autorisation, mais seulement la période pour laquelle elle était demandée. La dénonciation précisait que l'autorisation était demandée pour une période [TRADUCTION] « ne dépassant pas 60 jours », et ainsi, d'après le juge de première instance, ne pouvait pas induire en erreur. De plus, le juge saisi de la demande d'autorisation a inscrit une période dans l'autorisation. Le juge de première instance en a

inféré que le juge saisi de la demande d'autorisation entendait que la période soit de 60 jours. Il a aussi conclu que l'inscription de la période n'avait pas fait du juge saisi de la demande d'autorisation un [TRADUCTION] « membre de l'équipe présentant la demande ». Le juge saisi de la demande d'autorisation n'avait fait que son travail, en concentrant son attention sur les dates qu'il estimait opportunes lors de la signature de l'autorisation.

[85] Dans *R. c. R.K.C.*, 2004 BCCA 163, [2004] B.C.J. No. 554 (QL), la question s'est posée de savoir si des enregistrements audio et vidéo de conversations que l'appelant avait eues avec un agent d'infiltration de la GRC auraient dû être admis en preuve.

[86] Lors du voir-dire, un certain M. Hilderman et un certain serg. Gross ont donné leur témoignage sur la série d'événements qui avaient conduit à l'octroi de la deuxième autorisation. M. Hilderman était alors avocat du ministère public à Williams Lake et il avait été désigné mandataire, au sens de l'art. 185 du *Code criminel*, pour la présentation de demandes d'écoute électronique. Le 30 mars 2000, il a rencontré le serg. Gross au bureau de la GRC à Prince George et il a passé en revue un affidavit rédigé par ce dernier. Après discussion, M. Williams et le serg. Gross ont apporté certaines modifications à l'affidavit. Le serg. Gross a ensuite signé l'affidavit devant M. Hilderman, qui a aussi signé la pièce A — une copie de la précédente autorisation — jointe à l'affidavit. Le juge de première instance a conclu que, par mégarde, personne n'avait inscrit de dates au par. 57 de l'affidavit, alors qu'il était manifeste qu'on voulait définir les dates pour lesquelles l'autorisation était demandée.

[87] Le juge de première instance a aussi conclu que M. Hilderman avait apporté au palais de justice de Prince George l'affidavit fait sous serment, la demande d'autorisation et le projet d'autorisation. M. Hilderman a remis ces documents à une greffière et a demandé qu'ils soient transmis à un juge pour révision. Plus tard, il a rencontré le serg. Gross au palais de justice, où tous deux ont attendu que la juge soit prête à entendre la demande. On les a finalement fait entrer dans le cabinet de la juge qui,

de cinq à huit minutes plus tard, a signé l'autorisation. La juge a demandé pour quelle période de temps l'autorisation était demandée, puis, après avoir consulté le calendrier, le serg. Gross a inscrit des dates à l'endroit approprié dans la demande.

[88] Dans sa décision (*R. c. Calder*, 2001 BCSC 83, [2001] B.C.J. No. 2962), le juge de première instance a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

Dans le cabinet, M. Hilderman avait probablement avec lui une copie non signée de l'affidavit du serg. Gross, qu'il a posée sur le bureau de la juge parmi d'autres documents qui s'y trouvaient. La juge Loo a signé l'autorisation vers 15 h 32. Le serg. Gross et M. Hilderman l'ont aussi signée. Tous trois, en fait, ont signé deux copies de l'autorisation.

Le serg. Gross a pris l'une des autorisations signées avec lui et il a quitté avec M. Hilderman le cabinet de la juge. Le serg. Gross voulait une copie de l'affidavit qu'il avait fait sous serment; il croit avoir demandé à la greffière de lui en faire une copie, et que celle-ci en aurait fait une, qu'elle lui aurait remise avant qu'il ne quitte le palais de justice. Je suis d'avis qu'il se trompe sur ce point.

Lorsque les deux hommes ont quitté le palais de justice de Prince George, le serg. Gross avait avec lui une autorisation signée et la copie d'un projet d'affidavit non signé, qu'il croyait erronément être une copie de son affidavit fait sous serment.

Les deux hommes croyaient, dans le cabinet de la juge Loo, que celle-ci avait passé en revue l'affidavit fait sous serment du serg. Gross avant qu'ils n'entrent dans la pièce, et que cet affidavit se trouvait parmi les autres documents sur le bureau de la juge, mais ni l'un ni l'autre n'a pu affirmer formellement y avoir vu l'affidavit.

M. Hilderman, sans que lui-même ni le serg. Gross ne le sache, a quitté le palais de justice de Prince George pour revenir à Williams Lake en ayant avec lui l'original de l'affidavit fait sous serment du serg. Gross, y compris l'original de la pièce A. Je juge probable que la copie non signée de l'affidavit du serg. Gross, que M. Hilderman a laissée sur le bureau de la juge, le 30 mars 2000, a été

placée dans le paquet scellé, alors qu'on croyait à tort qu'il s'agissait de l'affidavit fait sous serment.

J'aurais dû dire, si je ne l'ai déjà fait, que M. Hilderman a involontairement laissé son projet de l'affidavit du serg. Gross sur le bureau de la juge et a pris avec lui la copie originale faite sous serment, y compris la pièce A. [par. 29 à 34]

[89] Le juge de première instance a ensuite tenu pour avéré que la juge saisie de la demande d'autorisation avait lu l'affidavit fait sous serment, y compris la pièce, et s'était fondée sur cet affidavit pour accorder l'autorisation. Il a dit que, même si la preuve [TRADUCTION] « prêtait à confusion et était insatisfaisante à bien des égards », elle ne réfutait pas la présomption de régularité et de validité.

[90] Le juge de première instance a ensuite entendu les arguments de la défense selon lesquels placer uniquement dans l'enveloppe de la cour un affidavit non signé enfreignait l'art. 187 du *Code criminel* et violait les droits garantis à l'appelant par les art. 7 et 8 de la *Charte*, et que le fait de ne pas inscrire les dates de début et de fin au par. 57 de l'affidavit du serg. Gross enfreignait l'al. 185(1)g) du *Code criminel* et constituait une nouvelle violation des droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*.

[91] Quant au premier point, le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait pas eu irrégularité, puisque l'affidavit fait sous serment et la pièce avaient été présentés à la juge saisie de la demande d'autorisation. Il a dit que, sinon, l'argument aurait été convaincant.

[92] Quant au deuxième point, le juge de première instance a qualifié l'omission des dates, au par. 57 de l'affidavit, d'erreur mineure, d'ordre technique, faite par inadvertance et sans mauvaise foi. La question a été clarifiée, de plus, lorsque la juge a demandé l'insertion des dates dans l'autorisation. À cet égard, la procédure devant la juge saisie de la demande d'autorisation, telle qu'elle avait été étoffée par la preuve présentée lors du voir-dire, était complète.

[93] En appel, l'appelant a soutenu que le juge de première instance avait tenu erronément pour avéré que la juge saisie de la demande d'autorisation avait lu l'affidavit fait sous serment de l'agent de la paix et s'était fondée sur cet affidavit. Il a fait valoir que le juge de première instance avait tiré des conclusions de fait déraisonnables et appliqué incorrectement la présomption de régularité, et qu'il était parvenu à sa conclusion selon la norme de la prépondérance des probabilités, plutôt que de la preuve hors de tout doute raisonnable. La cour est arrivée à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Je ne crois pas que la loi exige que le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'autorisation a été accordée en conformité avec l'art. 185 du *Code criminel*. L'autorisation elle-même ne peut apporter une preuve de culpabilité. Une telle preuve ne peut être découverte que par recours à des techniques d'enquête qui, en l'absence de l'autorisation, seraient illicites. Le ministère public devait démontrer que les interceptions de communications privées entre l'appelant et les agents d'infiltration étaient licites, et la preuve obtenue ainsi admissible. Nous n'avons pas à chercher au-delà de l'arrêt *R. c. Egger* (1993), 82 C.C.C. (3d) 193, dans lequel le juge Sopinka a déclaré (à la page 209) que « la preuve selon la prépondérance des probabilités [était] une norme acceptable pour trancher une question de fait préliminaire quant à la recevabilité de la preuve ».

Il ressort de l'autorisation, à première vue, que la juge l'a accordée après réception et examen de l'affidavit fait sous serment du serg. Gross. Un attendu du document est libellé en partie comme suit : « [...] APRÈS LECTURE [...] de l'affidavit du sergent Troy Duane GROSS, agent de la paix, fait sous serment le 30 mars 2000 et déposé [...] » (c'est moi qui souligne). La juge atteste ainsi qu'elle a reçu et lu le témoignage fait sous serment avant d'accorder l'autorisation. Rien ne permet de croire que la juge a commis une erreur à cet égard, ou n'a pas fait preuve du soin et de la diligence requis avant de donner son autorisation judiciaire à un moyen auxiliaire d'enquête sinon illicite.

La validité de l'argument de l'appelant, selon lequel le juge de première instance a tiré une conclusion indéfendable sur ce qu'on avait fait de la copie signée de l'affidavit, dépend

d'autres éléments de preuve. L'appelant affirme que M. Hilderman était hésitant sur certains points et que les témoignages de M. Hilderman et du serg. Gross étaient quelquefois incohérents. J'imagine que c'est à cela que le juge de première instance faisait allusion lorsqu'il a dit que certains éléments de preuve prêtaient à confusion et étaient insatisfaisants. Toutefois, M. Hilderman était certain d'avoir laissé à la greffière la copie signée de l'affidavit, et il était loisible au juge de première instance de conclure, compte tenu de l'ensemble de la preuve, que l'affidavit fait sous serment avait dûment été présenté à la juge saisie de la demande d'autorisation.

J'estime, comme le ministère public, que la présomption de régularité n'entre pas en ligne de compte. Nulle présomption légale n'était requise pour régler la question de fait. Des témoins oculaires ont témoigné sur les événements qui ont conduit à l'octroi de l'autorisation. Si la juge saisie de la demande d'autorisation a vu et lu la copie signée de l'affidavit, l'autorisation était valide. Sinon, comme le ministère public le concède, la preuve aurait été obtenue en violation des droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*, et il aurait fallu examiner si, en application du par. 24(2), il convenait d'exclure les enregistrements et les transcriptions.

À mon avis, la preuve présentée lors du voir-dire étayait la conclusion tirée par le juge de première instance au sujet de la validité de l'autorisation, et ce juge n'a pas commis d'erreur en admettant la preuve obtenue sur le fondement de celle-ci. [par. 34 à 38]

[94] Dans l'affaire *R. c. LeBlanc*, [1993] O.J. No. 4428 (C. J. Ont.) (QL), on avait aussi omis d'inscrire les dates demandées de l'autorisation. La demande visait une période ne devant pas dépasser 60 jours entre le ___ janvier et le ___ mars 1992. Dans cette affaire, le juge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je fais miens les propos suivants du juge d'appel MacFarlane dans l'arrêt *Regina c. Bicknell*, 41 C.C.C. (3d) 545, à la page 551 :

[TRADUCTION]

Le présent affidavit n'est pas parfait quant à la

forme, mais, quant au fond, il accomplit ce que la disposition exige, soit révéler des renseignements que le policier estime être véridiques.

L'accusé soutient aussi que les lacunes de l'affidavit sont fatales et que la preuve interceptée doit être déclarée inadmissible.

Dans *Regina c. Gill*, 56 C.C.C. (2d) 169, le juge d'appel Lambert déclare ce qui suit, à la page 175 :

Comme le *Code* le prévoit, une demande d'autorisation a été présentée *ex parte* et à huis clos. Il s'ensuit, à mon avis, que le requérant doit tenir compte rigoureusement, en agissant, des obligations du juge saisi de la demande ---. L'affidavit à l'appui doit se conformer à l'art. 178.12 (maintenant l'art. 185).

Il doit en outre s'y conformer franchement, pleinement et équitablement. Le requérant ne doit pas tenter de dissimuler ses intentions véritables au juge saisi de la demande d'autorisation. Ce n'est pas la conformité formelle qui est prescrite, c'est plutôt la conformité réelle que le *Code* requiert véritablement.

[par. 19 à 21]

[95] Il est manifeste, en appliquant cette jurisprudence, que la conclusion du juge de première instance sur la durée de l'autorisation n'est entachée d'aucune erreur.

(3) Erreur du juge saisi de la demande d'autorisation dans la clause relative à la durée

[96] Quand ils ont constaté qu'aucune date n'était inscrite dans les cases en blanc de l'autorisation antérieure, les policiers sont retournés voir le juge saisi de la demande d'autorisation pour qu'il en signe une nouvelle. M. Williams soutient que l'autorisation du 12 mai était invalide parce que la durée indiquée, une fois les dates de début et de fin insérées par le juge saisi de la demande d'autorisation, était de 61 jours. Cette erreur, affirme-t-il, a été corrigée incorrectement par le cap. Girard. Le cap. Girard

a déclaré dans son témoignage, lors du voir-dire, qu'une fois l'erreur découverte par le serg. Vachon, avant qu'aucune interception n'ait été faite, des consultations ont été menées auprès, notamment, de la mandataire désignée; ensuite, le cap. Girard est retourné immédiatement à la cour, à Moncton, et il a demandé que l'erreur soit portée à l'attention du juge saisi de la demande d'autorisation. Cela a été fait, et le juge saisi de la demande d'autorisation a modifié la date de fin de l'autorisation, pour que la période en soit de 60 jours, et il a paraphé cette modification.

[97] M. Williams soutient que le cap. Girard n'avait pas le pouvoir de faire ce qui aurait dû être, en réalité, une nouvelle demande. Le juge de première instance n'était pas d'accord. Premièrement, l'erreur n'avait pas été commise par le requérant. Si tel avait été le cas, il y aurait pu y avoir une bonne raison d'exiger que le requérant reprenne la demande, selon la nature de l'erreur et des circonstances. Le juge de première instance a toutefois conclu que, dans un tel cas où l'erreur provenait du juge saisi de la demande d'autorisation, il serait excessif d'imposer une obligation aussi lourde au requérant. Deuxièmement, de l'avis du juge de première instance, l'erreur relevait de ce que l'on appelle la « règle de lapsus », c'est-à-dire qu'elle était mineure et devait être corrigée avec un minimum de formalités. Troisièmement, a dit le juge de première instance, la police n'a pas tenté de rectifier elle-même l'erreur, mais a plutôt fait appel à la mandataire désignée, lui permettant ainsi d'exercer la fonction de surveillance que le *Code criminel* lui confère (voir *R. c. Ebanks*, 2009 ONCA 851, [2009] O.J. No. 5168 (QL)).

[98] Je suis d'accord avec le juge de première instance : une fois l'erreur portée à l'attention du juge saisi de la demande d'autorisation, ce dernier disposait du pouvoir discrétionnaire d'exiger que davantage d'éléments lui soient présentés avant de corriger l'erreur. Le juge a manifestement convenu que la règle du lapsus s'appliquait. Je suis donc d'avis que ce moyen d'appel n'est pas fondé.

(4) Admissibilité à la libération conditionnelle

[99] Une peine de 78,5 mois d'emprisonnement a été infligée à M. Williams. Elle était constituée de peines concurrentes pour les affaires de trafic de stupéfiants, puis de peines consécutives pour les actes de gangstérisme. Quant à un des actes de gangstérisme, le juge de première instance a ordonné que M. Williams purge, avant d'être admissible à la libération conditionnelle totale, au moins la moitié de sa peine (art. 743.6). Il s'agit là d'une erreur de droit, affirme M. Williams, puisque l'arrêt *R. c. Zinck*, 2003 CSC 6, [2003] 1 R.C.S. 41, prescrit le recours à une évaluation en deux étapes. Le paragraphe 743.6(1.2) du *Code criminel* prévoit ce qui suit :

Power of court to delay parole

(1.2) Notwithstanding section 120 of the *Corrections and Conditional Release Act*, where an offender receives a sentence of imprisonment of two years or more, including a sentence of imprisonment for life, on conviction for a terrorism offence or an offence under section 467.11, 467.111, 467.12 or 467.13, the court shall order that the portion of the sentence that must be served before the offender may be released on full parole is one half of the sentence or ten years, whichever is less, unless the court is satisfied, having regard to the circumstances of the commission of the offence and the character and circumstances of the offender, that the expression of society's denunciation of the offence and the objectives of specific and general deterrence would be adequately served by a period of parole ineligibility determined in accordance with the *Corrections and Conditional Release Act*.

Pouvoir judiciaire de retarder la libération conditionnelle

(1.2) Par dérogation à l'article 120 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, le tribunal est tenu, sauf s'il est convaincu, compte tenu des circonstances de l'infraction et du caractère et des particularités du délinquant, que la réprobation de la société à l'égard de l'infraction commise et l'effet dissuasif de l'ordonnance auraient la portée voulue si la période d'inadmissibilité était déterminée conformément à cette loi, d'ordonner que le délinquant condamné à une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans — y compris une peine d'emprisonnement à perpétuité — pour une infraction de terrorisme ou une infraction prévue aux articles 467.11, 467.111, 467.12 ou 467.13 purge, avant d'être admissible à la libération conditionnelle totale, la moitié de sa peine jusqu'à concurrence de dix ans.

[100] M. Williams a été condamné à une peine consécutive de deux ans, pour avoir chargé une personne de commettre des infractions pour une organisation criminelle, une infraction visée au par. 467.13(1) du *Code criminel*.

[101] L'ordonnance prévue au par. 743.6(1.2) est de caractère obligatoire. Lorsqu'elle a appliqué cette disposition dans l'arrêt *R. c. Smith*, 2008 SKCA 20, [2008] S.J. No. 97 (QL), la Cour d'appel de la Saskatchewan a établi une distinction d'avec l'arrêt *Zinck*, qui prescrivait le recours à un processus en deux étapes. La cour a arrêté que le processus en deux étapes visé dans *Zinck* ne s'appliquait pas à une ordonnance obligatoire. Voici ce qu'a dit la Cour :

[TRADUCTION]

Contrairement au libellé permissif utilisé dans les paragraphes précédents (« le tribunal peut ordonner [...] »), la terminologie employée au par. 743.6(1.2) appelle un résultat obligatoire si rien n'est fait pour convaincre le tribunal que la réprobation de la société et l'effet dissuasif auraient la portée voulue avec la période habituelle d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Dans un tel cas, le tribunal est tenu de rendre l'ordonnance de prolongation de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Dans leur argumentation devant nous, les deux parties semblent avoir tenu pour acquis que le libellé de l'art. 743.6 était toujours celui que la Cour suprême avait interprété dans *Zinck*, et nous ne disposons donc pas d'observations sur l'application du libellé actuel de cet article. On peut seulement supposer que le juge de première instance a subi le même inconvénient. [par. 65]

Après avoir conclu que le juge ayant déterminé la peine avait commis une erreur parce qu'on n'avait pas attiré son attention sur les modifications importantes apportées à ces dispositions depuis l'arrêt *Zinck* (voir le par. 62), la Cour d'appel a prolongé la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle ainsi que le prescrit le par. 743.6(1.2).

[102] Dans *R. c. Khalid*, 2010 ONCA 861, [2010] O.J. No. 5475 (QL), la Cour d'appel de l'Ontario a interprété le par. 743.6(1.2) comme étant présumé exiger la prolongation de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle et a imposé à

l'accusé le fardeau d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que l'exception lui était applicable.

[103] À mon avis, le juge ayant prononcé la peine n'a pas commis d'erreur en prolongeant la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de M. Williams pour le 6^e chef d'accusation et, par conséquent, je rejetterais ce moyen d'appel.

VI. Dispositif

[104] Pour les motifs exposés, je rejetterais l'appel interjeté à l'encontre de la déclaration de culpabilité et celui interjeté à l'encontre de l'ordonnance rendue en application de l'art. 743.6. Il s'ensuit que la mise en liberté sous caution de M. Williams est révoquée et que celui-ci doit se rendre aux autorités sur-le-champ.