

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

90-21-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

MITCHELL LUI

MITCHELL LUI

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. Lui, 2022 NBCA 28

R. c. Lui, 2022 NBCA 28

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

CORAM :

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

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
July 29, 2021

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 29 juillet 2021

**A Publication Ban in this matter was issued by
the Court of Queen's Bench on February 17,
2021. It remains in effect.**

**Le 17 février 2021, la Cour du Banc de la Reine
a rendu en l'espèce une ordonnance de non-
publication qui est toujours en vigueur.**

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
None

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appeal heard:
May 19, 2022

Appel entendu :
le 19 mai 2022

Judgment rendered:
May 19, 2022

Jugement rendu :
le 19 mai 2022

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Patrick McGuinty and Joanne Park

Pour l'appelante :
Patrick McGuinty et Joanne Park

For the respondent:
George E. Kalinowski and Brian Douglas Munro

Pour l'intimé :
George E. Kalinowski et Brian Douglas Munro

THE COURT

The appeal is allowed, the judge's order is vacated, and a new trial is ordered. Reasons to follow.

LA COUR

L'appel est accueilli, l'ordonnance du juge est annulée et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée. Les motifs suivront.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

(Orally)

[1] In the context of the trial of Mitchell Lui on a single count indictment charging him with the sexual assault of a two-year-old child, Mr. Lui sought disclosure of several cell phones belonging to various individuals, including the child's mother. During the underlying investigation leading to Mr. Lui being charged, the police were given access to some of these cell phones and took from them recordings and/or screenshots of, or photographed, certain exchanges between Mr. Lui and the owners of each phone. Another of the phones had recorded a conversation between the child's mother and Mr. Lui, which recording was uploaded to a cloud account and from which it was accessed by the police. The prosecution intended to submit for admission into evidence at trial some, if not all, of these recordings and reproductions of text exchanges. Before the evidentiary portion of the trial began, Mr. Lui sought an order to compel the prosecution to disclose these cell phones as part of its first party disclosure obligations derived from *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, [1991] S.C.J. No. 83 (QL). This, even though the phones had never been either in the possession of the Crown or seized by the police.

[2] At the culmination of a *voir dire* on July 29, 2021, the trial judge, a judge of the Court of Queen's Bench, gave a verbal decision through which he ordered the prosecution to "disclose and produce [six] cellular phones (including the SD or memory cards associated with those cellular phones)" belonging to six particular individuals, including that of not only the mother of the two-year-old but also those of complainants in totally unrelated criminal matters. He made the same order for all six phones despite evidence that one of the phones had been sold and another had been broken and replaced. In respect of four of the phones, the judge ordered that these be disclosed and produced as "used during all material times, specifically from [a specific date] until the present," whereas in the other two cases, the order was for the disclosure and production of the phones as used between two specific dates. Curiously, the judge concluded the Crown had control over these phones. This constitutes reversible error.

[3] On August 30, 2021, Crown counsel advised the trial judge the prosecution was legally incapable of complying with the Court's order and invited him to stay the proceedings against Mr. Lui. The judge did so and, on the same date, counsel for the Attorney General filed a Notice of Appeal.

[4] In our respectful view, the trial judge's decision regarding disclosure and production of the cell phones is patently wrong. This is one of those exceptional cases where the prosecution was justified to invite a stay of proceedings and then launch an appeal without this constituting an abuse of process: see *R. v. Tingley*, 2015 NBCA 51, 444 N.B.R. (2d) 1, at paras. 114-115. As a result, we allow the appeal, vacate the judge's order, and order a new trial. More detailed reasons for our decision will follow.

Version française de la décision rendue par

LA COUR
(Oralement)

[1] Dans le cadre du procès de Mitchell Lui à l'égard d'un acte d'accusation comportant un seul chef d'accusation d'agression sexuelle d'un enfant de deux ans, M. Lui a sollicité la communication de plusieurs téléphones cellulaires appartenant à diverses personnes, dont la mère de l'enfant. Au cours de l'enquête sous-jacente menant à l'inculpation de M. Lui, la police a eu accès à certains de ces téléphones cellulaires et en a retiré des enregistrements et des captures d'écran ou photos de certains échanges entre M. Lui et les propriétaires de chaque téléphone. Un autre téléphone avait enregistré une conversation entre la mère de l'enfant et M. Lui, et cet enregistrement a été téléchargé sur un compte infonuagique à partir duquel la police y a accédé. Le ministère public avait l'intention de présenter une partie, sinon la totalité, de ces enregistrements et reproductions d'échanges de textos en vue de leur admission en preuve au procès. Avant le début de la partie du procès consacrée à la présentation de la preuve, M. Lui a sollicité une ordonnance enjoignant au ministère public de communiquer ces téléphones cellulaires dans le cadre de ses obligations de communication de la preuve par la partie principale découlant de *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, [1991] A.C.S. n° 83 (QL). Il a sollicité cette ordonnance même si les téléphones n'avaient jamais été en la possession du ministère public ou saisis par la police.

[2] À l'issue d'un voir-dire le 29 juillet 2021, le juge de première instance, un juge de la Cour du Banc de la Reine, a rendu une décision verbale par laquelle il a ordonné au ministère public de [TRADUCTION] « communiquer et de produire [six] téléphones cellulaires (y compris les cartes SD ou cartes mémoire associées à ces téléphones cellulaires) » appartenant à six personnes précises, dont non seulement la mère de l'enfant de deux ans, mais aussi des plaignants dans des affaires criminelles complètement différentes. Il a rendu la même ordonnance pour les six téléphones, en dépit de la preuve que l'un des téléphones avait été vendu et qu'un autre avait été brisé et remplacé. En ce qui concerne quatre des téléphones, le juge a ordonné qu'ils soient communiqués et produits comme ils ont été [TRADUCTION] « utilisés pendant toutes

les époques déterminantes, plus précisément du [une date précise] jusqu'à présent », alors que dans les deux autres cas, l'ordonnance portait sur la communication et la production des téléphones comme ils ont été utilisés entre deux dates précises. Curieusement, le juge a conclu que le ministère public exerçait un contrôle sur ces téléphones. Cela constitue une erreur justifiant l'infirmité de la décision.

[3] Le 30 août 2021, les avocats du ministère public ont indiqué au juge de première instance que le ministère public était légalement incapable de se conformer à l'ordonnance de la Cour et ils lui ont demandé de suspendre l'instance contre M. Lui. Le juge a suspendu l'instance et les avocats du procureur général ont déposé un avis d'appel le même jour.

[4] Avec égards, nous sommes d'avis que la décision du juge de première instance concernant la communication et la production des téléphones cellulaires constitue une erreur manifeste. Il s'agit d'un de ces cas exceptionnels où la poursuite avait raison de demander la suspension de l'instance et d'interjeter appel sans que cela constitue un abus de procédure : voir *R. c. Tingley*, 2015 NBCA 51, 444 R.N.-B. (2^e) 1, par. 114 et 115. Par conséquent, nous accueillons l'appel, annulons l'ordonnance du juge et ordonnons la tenue d'un nouveau procès. Des motifs plus détaillés de notre décision suivront.