

R. c. Boud reau- Fontaine			2010 QCCA 1108
CO UR D'AP PEL			
CANADA			
PROVI NCE DE QUÉBE C			
GREFFE DE	MONTREAL		

N° : 5 0 0 1 0 0 4 1 9 5 0 8 5			
5 0 0 0 0 0 5 1 9 5 0 8 5			

5 0 0 1 0 1 0 1 0 5 4 9 4 0 1 0 1 2 C C Q)			

DATE :	L E 9 J U N 2 0 1 0			
CORAM :	LE S H O N O R A B L E S		FRANÇOIS PELLETIER, J.C.A. FRANÇOIS DOYON, J.C.A. JACQUES A. LÉGER, J.C.A.	
SA MAJES TÉ LA REINE				

A P P E L A N T E - P o u r s u i v a n t e			
c.			
SIMÉON BOUD REAU- FONTAI NE			
IN TI M É - A c c u s é			
ARRÊT			

1. Statuant sur l'appel d'un jugement prononcé le 11 juillet 2008 par la Cour du Québec, chambre criminelle et pénale, district de Montréal (l'honorable Jean-Pierre Boyer) qui a acquitté l'intimé d'accusations de possession de pornographie juvénile et

500-10-004195-085

PAGE :

500-10-004195-085

PAGE :

d'omission de se conformer à une condition d'une ordonnance de probation;

2. Après avoir étudié le dossier, entendu les parties et délibéré;
3. Pour les motifs du juge Doyon, auxquels souscrivent les juges Pelletier et Léger;
4. **REJETTE** l'appel.

		FRANÇOIS PELLETIER, J.C.A.
		FRANÇOIS DOYON, J.C.A.
		JACQUES A. LÉGER, J.C.A.
M ^e Louis Bouthillier		
Procureur du directeur des poursuites criminelles et pénales		
Pour l'appelante		
M ^e Annie Émond		
Boro, Polnicky, Lighter		
Pour l'intimé		
Date d'audience :	Le 16 février 2010	

MOTIFS DU JUGE DOYON

5. L'appelante admet que, si les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables de croire que l'intimé naviguait sur Internet au moment de l'arrestation, celle-ci était illégale. Je suis d'accord. Or, selon le juge de première instance, les policiers n'avaient pas de tels motifs et il a conclu que l'arrestation était illégale et que la fouille qui a suivi était abusive. Je ne vois aucune erreur dans ces conclusions et j'estime qu'il a eu raison d'exclure les éléments de preuve obtenus par les policiers à la suite de cette fouille. Voyons ce qu'il en est.

LE CONTEXTE

6. À la suite de sa décision d'exclure la preuve, le juge de première instance a prononcé deux verdicts d'acquittement. Pour les fins de l'appel, les deux dossiers ont été réunis puisque la preuve, le jugement et les moyens d'appel sont les mêmes. Dans un dossier (500-01-015931-071), on reprochait à l'intimé d'avoir eu en sa possession de la pornographie juvénile (art. 163.1 (4) a) *C.cr.*) alors que dans l'autre (500-01-015940-072), on l'accusait de ne pas s'être conformé à une ordonnance de probation qui lui interdisait l'accès à Internet (art. 733.1 (1) b) *C.cr.*).

7. Vers 20h04, le 19 septembre 2007, un citoyen appelle le 9-1-1, craignant qu'un individu louche stationné près de chez lui et en possession d'un ordinateur portable soit connecté à un réseau sans fil pour subtiliser des données personnelles. L'individu est dans un véhicule *Mitsubishi* rouge garé sur la rue Berri.

8. À 20h40, les policiers patrouilleurs France Robitaille et Pascal Bouchard reçoivent cette information de leur répartiteur et se rendent sur la rue Berri. Vers 20h45, alors qu'ils s'approchent des lieux, une voiture *Mitsubishi* rouge attire leur attention : elle est stationnée en oblique et reculée de façon telle qu'ils ne peuvent lire la plaque d'immatriculation. Elle est stationnée pare-chocs à pare-chocs avec l'automobile qui est derrière.

9. Les policiers remarquent un homme (l'intimé) d'une vingtaine d'années en possession d'un ordinateur portable. Selon l'agente Robitaille, l'ordinateur est à ses côtés alors que, selon l'agent Bouchard, l'ordinateur est sur lui. L'agent Bouchard, qui conduit, dit avoir aperçu un écran bleu divisé en deux sections qui ressemblent à « des fenêtres de MSN », un service de clavardage.

10. L'agente Robitaille s'approche de la voiture de l'intimé et constate qu'il ferme les applications de son ordinateur en la regardant du coin de l'œil. L'intimé est en sueur, il

500-10-004195-085

PAGE :

500-10-004195-085

PAGE :

semble nerveux.

11. La policière lui demande ce qu'il fait là. Il répond qu'il s'en allait chez une amie à Longueuil et qu'il s'est arrêté pour se préparer. Elle lui demande des précisions et il répond qu'il regardait sur son ordinateur des fichiers se rapportant à des placements. Elle lui demande où il habite. Il demeure sur la rue Chateaubriand, située à quatre rues de la rue Berri. Voyant un appareil photo numérique à ses côtés, elle le questionne à ce sujet. Il dit prendre des photos de voitures sur la rue. Elle le questionne également sur sa façon singulière de stationner son véhicule. Surpris, il répond que sa voiture a peut-être reculé toute seule. Elle lui demande de s'identifier et il lui remet son permis de conduire.

12. En procédant à des vérifications au Centre de renseignements policiers du Québec (CRPQ) à partir de l'ordinateur du véhicule de patrouille, l'agente Robitaille apprend que l'intimé est en probation à la suite d'une condamnation pour production et distribution de pornographie juvénile et que l'une des conditions lui interdit d'accéder à Internet et de posséder une arme à feu. Dans un autre dossier, il est également astreint à une condition d'une ordonnance de probation lui interdisant d'accéder à Internet et d'être en présence de mineurs, sauf en compagnie d'adultes.

13. La policière en informe son collègue, retourne voir l'intimé, lui demande de descendre de son véhicule et le met en état d'arrestation pour bris de probation. Il est alors environ 21h10. L'intimé est amené menotté dans l'auto-patrouille après avoir été soumis à une fouille sommaire et l'agente Robitaille lui fait la lecture de ses droits.

14. Les policiers appellent ensuite leur superviseur pour l'informer de la situation. Il vient les rejoindre et appelle un enquêteur afin de savoir comment procéder : doivent-ils détenir l'intimé ou le libérer sur place? L'enquêteur leur dit de le libérer et de saisir le matériel informatique trouvé en sa possession.

15. Les policiers procèdent alors à une fouille du véhicule et trouvent notamment : dans l'appuie-bras central, une paire de jumelles, deux couteaux, des gants de latex, une bougie d'allumage enroulée d'un fil; dans le coffre à gants, des jumelles, une paire de lunettes de soleil et un rouleau de papier hygiénique; dans le coffre arrière, une carte des sentiers pédestres de Châteauguay annotée. L'agente Robitaille saisit un sac en cuirette noir, un téléphone portable, un clavier, un ordinateur portable, un appareil photographique numérique et un GPS.

16. Pendant la fouille, l'intimé est détenu dans l'auto-patrouille et ne se voit pas offrir la possibilité de communiquer avec un avocat, l'agent Bouchard expliquant qu'il n'en avait pas fait la demande expresse et que même si l'intimé avait un téléphone portable en sa possession, le véhicule de police n'offrait pas les garanties nécessaires de confidentialité.

17. Le citoyen qui a fait l'appel au 9-1-1 n'est pas rencontré par les policiers le soir des événements et ne le sera que le 17 janvier 2008.

18. Le 21 novembre 2007, un juge de paix lance un mandat de perquisition

autorisant la saisie, au poste de police, de l'ordinateur de l'intimé en vue d'en examiner le contenu pour démontrer que l'intimé a accédé à Internet. Le mandat comporte l'ordonnance qui suit, au chapitre des modalités de son exécution :

M. Boudreau-Fontaine, Siméon devra fournir à un policier du service de police de la ville de Montréal tous les mots de passe et modalités pour pouvoir accéder au contenu de l'ordinateur IBM Think Pad série : XXXX saisi le 19 septembre en sa possession.

Les spécialistes de la section des crimes technologiques du SPVM procéderont à l'expertise de l'ordinateur à l'aide des mots de passe et modalités recueillies afin de démontrer que l'ordinateur a été connecté à Internet par M. Boudreau-Fontaine, contrevenant ainsi aux conditions de sa probation (ne pas accéder à Internet).

19. Les parties ont fait les admissions qui suivent. Le 26 novembre 2007, le sergent-détective Cloutier donne rendez-vous à l'intimé au poste de police. L'intimé s'y rend et, conformément au mandat de perquisition, lui divulgue le mot de passe qui permet d'avoir accès à son ordinateur. Le policier avait également obtenu l'information d'un spécialiste des crimes technologiques qu'il était possible d'obtenir les renseignements contenus dans l'ordinateur de l'intimé sans que ce dernier révèle le mot de passe, en requérant les services d'une firme spécialisée.

20. Le témoignage du sergent-détective Campeau a également été admis. Selon ce témoin, le rapport d'expertise de la section des crimes technologiques confirme que l'ordinateur de l'intimé était bel et bien branché à Internet le 19 septembre 2007 entre 19h37 et 20h50 et qu'il a visité le site MSN à 20h45. Il a arrêté l'intimé le 30 novembre 2007. Lors de son interrogatoire, l'intimé a admis être en thérapie depuis un an en raison de délits sexuels et être le seul utilisateur de l'ordinateur saisi. Il a toutefois refusé de dire quoi que ce soit à propos des événements du 19 septembre 2007.

LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

21. Dès le début du procès, l'intimé a présenté une requête en exclusion de la preuve saisie en invoquant la violation de ses droits constitutionnels protégés par les articles 8 et 10 b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* («la Charte»).

22. Après avoir résumé la preuve, le juge de première instance rappelle les principes applicables lorsqu'un accusé demande l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du paragraphe 24 (2) de la *Charte*. Il expose les critères développés dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265 et dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607 sur la notion de fouille abusive et sur les règles d'exclusion d'éléments de preuves obtenus à la suite d'une fouille abusive.

23. En l'espèce, la fouille ayant été exécutée sans autorisation judiciaire préalable, elle est présumée abusive et il appartient à la poursuite de contrer cette présomption

par prépondérance de preuve. En faisant abstraction de la découverte du contenu de l'ordinateur, le juge analyse la suffisance des motifs invoqués par les policiers. Il rejette la version de l'agent Bouchard selon laquelle il prétend avoir vu l'intimé visiter le site MSN, car sa collègue, qui se trouvait plus près de l'accusé et avait une meilleure vue de l'intérieur du véhicule, n'est même pas en mesure de voir qu'il navigue sur Internet. Il estime que c'est plutôt le résultat de la vérification faite au CRPQ qui teinte l'intervention des policiers par la suite. Si l'agent Bouchard avait effectivement vu que l'intimé naviguait sur Internet, il aurait pu procéder immédiatement à son arrestation pour vol de données, ce qu'il n'a pas fait, ce qui permet de croire en l'absence totale de motifs raisonnables pour procéder à l'arrestation. Il conclut que la fouille et la saisie de l'ordinateur étaient abusives au sens de l'article 8 de la *Charte*.

24. Quant à savoir si l'utilisation de ces éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, conformément au paragraphe 24 (2) de la *Charte*, il rappelle que l'intimé a été forcé de fournir le mot de passe de son ordinateur au sergent-détective Cloutier et qu'il a donc été mobilisé contre lui-même. Pour cette raison, il ne s'agit pas d'une simple preuve matérielle. Il exclut également les éléments de preuve recueillis dans le véhicule de l'intimé et la déclaration extrajudiciaire du 30 novembre 2007. Vu ses conclusions, il ne se prononce pas sur la violation de l'article 10 b) de la *Charte*. En conséquence, il prononce l'acquittement.

LES MOYENS D'APPEL

25. L'appelante invoque divers moyens d'appel, mais ils portent essentiellement sur deux questions qu'il est plus commode de formuler comme suit :

1 – Le juge de première instance a-t-il conclu erronément et de manière déraisonnable que les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables de procéder à l'arrestation de l'intimé et, conséquemment, que la preuve a été recueillie dans des conditions qui portent atteinte à l'art. 8 de la *Charte*?

2 – Le juge de première instance a-t-il erré en droit en excluant ces éléments de preuve en vertu du paragr. 24 (2) de la *Charte*?

26. Il faut souligner que l'appelante n'a jamais invoqué les règles applicables à la détention aux fins d'enquête, ni au procès ni dans ses moyens d'appel. Je limite donc mon analyse aux règles applicables à l'arrestation, au sens de l'article 495 *C.cr.*

LE CARACTÈRE ABUSIF DE LA FOUILLE, DE LA PERQUISITION ET DE LA SAISIE

27. Comme la fouille du véhicule a été exécutée sans mandat, il appartenait à l'appelante de démontrer, par preuve prépondérante, qu'elle n'est pas abusive. Pour qu'une fouille ne soit pas abusive, elle doit être autorisée par la loi, la loi ne doit pas être elle-même abusive et la fouille ne doit pas avoir été exécutée d'une manière abusive (*R. c. Collins*, précité, paragr. 23). Pour qu'une fouille découle de l'exercice valable du pouvoir de *common law* d'exécuter une fouille accessoire à une arrestation, l'arrestation doit être légale, la fouille doit être accessoire à cette arrestation et elle doit avoir été exécutée de manière raisonnable (*R. c. Stillman*, précité, paragr. 27). Enfin, pour qu'une arrestation soit légale, l'agent de la paix doit croire, pour des motifs raisonnables, qu'un acte criminel a été commis et ses motifs doivent donc être objectivement justifiables (*R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, paragr. 17; article 495 *C.cr.*).

28. La question déterminante ici concerne la suffisance des motifs invoqués par les policiers. La poursuite a-t-elle démontré, par preuve prépondérante, que les policiers possédaient des renseignements suffisants pour justifier de procéder à l'arrestation de l'intimé pour bris de probation en rapport avec l'accès à Internet? Les motifs des

500-10-004195-085

PAGE :

500-10-004195-085

PAGE :

policiers doivent être examinés en faisant abstraction de la découverte postérieure du contenu de l'ordinateur, puisqu'il s'agit de renseignements qui n'étaient pas disponibles au moment où ils ont procédé à l'arrestation (*R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Bennett* (1996), 49 C.R. (4th) 206 (C.A. Qué.).

29. Le juge de première instance a retenu de la preuve que le seul motif reposait sur l'appel 9-1-1 d'un citoyen qu'ils n'ont rencontré que quatre mois plus tard. Il ne retient pas le témoignage de l'agent Bouchard qui dit avoir vu un écran bleu qu'il croyait être le système de clavardage MSN. Voici comment le juge s'exprime à cet égard :

Ce qu'ils [les policiers] constatent sur place ne leur permet pas de conclure que l'accusé navigue sur Internet, malgré l'assertion de l'agent Bouchard à l'effet qu'il voit un écran bleu, il croit reconnaître MSN, système de clavardage.

N'oublions pas que le véhicule de l'accusé est stationné du côté Ouest de Berri, rue à sens unique vers le Sud, et que l'agent Bouchard conduit le véhicule du Service de police, et conséquemment, n'est pas du même côté de la rue que l'accusé. Sa collègue, qui se trouve immédiatement près de l'accusé, a une meilleure vue sur le véhicule et n'est pas en mesure de dire que l'accusé est sur Internet. Elle parle d'applications. Ce qui est compatible d'ailleurs avec la réponse que l'accusé lui donne lorsqu'elle lui demande ce qu'il fait là, et concernant un programme de placement.

Ce n'est qu'après consultation auprès du CRPQ que les policiers se posent des questions sur la façon de procéder. Ils décident alors de procéder à l'arrestation de l'accusé pour bris de probation concernant un interdit d'accès à Internet.

S'il faut croire l'agent Bouchard quant à sa prétention que l'accusé se trouvait sur MSN, alors, pourquoi ne pas avoir immédiatement procédé à son arrestation pour vol de données via Internet? On attend plutôt le résultat du CRPQ parce qu'il y a absence totale de motifs raisonnables pour procéder à l'arrestation de l'accusé à ce moment-là.

[...] Les policiers n'avaient pas les motifs raisonnables pour procéder à l'arrestation de l'accusé. [...]

30. Bref, le juge ne croit pas l'agent Bouchard lorsqu'il dit avoir vu l'intimé naviguer sur Internet, plus particulièrement sur le réseau MSN. Le témoignage de sa collègue, qui est mieux placée pour observer la scène et qui voit plutôt des applications, donc sans nécessité d'accès à Internet, lui paraît plus vraisemblable, surtout qu'il correspond aux explications de l'intimé. De plus, selon le juge, le fait que les policiers n'aient pas immédiatement procédé à l'arrestation de l'intimé pour vol de données via Internet illustre l'absence de motifs raisonnables de croire qu'il naviguait effectivement sur Internet. Enfin, il est d'avis que la découverte de l'existence d'une ordonnance de probation interdisant l'accès à Internet à la suite de la consultation du CRPQ a « teinté » l'intervention policière. Il ne reste donc que l'appel au service 9-1-1, ce qui ne peut, en soi, constituer des motifs raisonnables de croire que l'intimé accédait à Internet. Il faut rappeler que l'appel téléphonique est loin d'être précis sur l'utilisation d'Internet et a été fait par une personne jusqu'alors inconnue des policiers.

31. Bref, au moment de l'arrestation, les policiers n'avaient pas de raisons de croire que l'intimé était branché à Internet, ni même qu'il était sous probation. Par conséquent, la conclusion du juge de première instance selon laquelle les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables de procéder à l'arrestation de l'intimé n'est pas déraisonnable. Sa conclusion est étayée par la preuve et n'est pas fondée sur une erreur de fait manifeste et dominante.

32. Il est vrai que l'on ne peut reprocher aux policiers de vouloir bonifier leurs motifs avant de procéder à une arrestation. Ce n'est cependant pas ce que le juge a fait. Il a plutôt constaté une conduite de leur part qui le confortait dans sa conclusion. Par ailleurs, et de toute façon, cet aspect de son jugement n'est au plus qu'accessoire.

33. L'on sait que l'on ne peut utiliser la découverte postérieure d'un élément de preuve pour conclure qu'il existait des motifs raisonnables au moment de l'intervention policière. Pourtant, à l'audience, l'avocat de l'appelante nous a invités à infirmer le jugement au motif que le juge de première instance aurait erronément refusé de tenir compte des résultats de l'enquête qui a démontré que, de fait, l'intimé naviguait sur Internet. Selon l'avocat, il ne s'agirait pas de conclure à l'existence de motifs raisonnables pour cette raison, mais bien d'évaluer la crédibilité du policier Bouchard et la fiabilité de sa version à la lumière de la découverte ultérieure d'une preuve qui confirmait son témoignage. J'estime que cet argument ne peut être retenu.

34. Premièrement, j'estime que la distinction proposée par l'avocat ne tient pas. Dans les deux cas, c'est la découverte ultérieure d'un élément de preuve qui améliore la preuve de la poursuite. Dans les deux cas, la preuve devient plus fiable parce qu'une preuve découverte ultérieurement la confirme. Dans les deux cas, les motifs invoqués par les policiers deviennent raisonnables uniquement parce qu'ils se sont avérés exacts, soit parce que le policier avait raison, soit parce que le hasard l'a voulu ainsi. Il me semble que le motif sous-jacent à la prohibition de tenir compte des résultats ultérieurs de l'enquête, qui veut que les citoyens et citoyennes ne soient pas assujettis à une intervention policière sans motifs raisonnables à ce moment, est pleinement applicable aux deux situations.

35. La seule distinction consiste à dire que ce n'est pas le caractère raisonnable des motifs qui serait ici démontré, mais seulement la fiabilité du témoignage d'un policier afin de démontrer qu'il avait des motifs raisonnables. Je suis incapable de faire cette distinction. Le résultat est le même et il devient impossible de démêler les deux concepts. En réalité, le résultat est identique. La preuve découverte par la suite pourra démontrer, par exemple, que l'intuition du policier était fondée ou qu'il disait vrai, soit parce qu'il avait raison, soit parce que, dans ce cas, le hasard ou la chance a voulu qu'il en soit ainsi. Le respect des droits constitutionnels ne peut être basé sur le hasard ou sur une autre forme d'incertitude.

36. Deuxièmement, l'on ne peut reprocher au juge de ne pas avoir fait cet exercice

puisque l'avocat de l'appelante en première instance ne l'a même pas suggéré au juge, malgré que la défense ait plaidé les arrêts *Garofoli* et *Bennett*, précités, en soulignant l'interdiction de tenir compte de la preuve découverte postérieurement. De même, l'exposé écrit de l'appelante aux fins de l'appel n'en fait pas davantage état. Il n'est donc pas surprenant que le juge de première instance n'ait pas tenu compte de cet élément de preuve.

37. Je conclus que l'arrestation de l'intimé était illégale et que la fouille du véhicule de même que la saisie qui en a découlé étaient abusives et ont porté atteinte aux droits protégés par l'article 8 de la *Charte*.

38. Quant à la preuve découverte à la suite du mandat de perquisition, il faut souligner le caractère singulier de ce mandat.

39. Je rappelle qu'il ordonne à l'intimé de divulguer son ou ses mots de passe « afin de démontrer que l'ordinateur a été connecté à Internet par M. Boudreau-Fontaine, contrevenant ainsi aux conditions de sa probation ». En d'autres termes, le juge de paix sommait l'appelant de donner une information essentielle spécifiquement en vue de l'amener à s'incriminer. Je ne peux voir comment le droit criminel pourrait permettre une telle ordonnance. Il faut rappeler que l'intimé s'est conformé à l'ordonnance, mais qu'il ne l'aurait sûrement pas fait sans cet ordre, la preuve étant qu'il a refusé de parler aux policiers des événements du 19 septembre lors de son arrestation. Comme l'écrit l'intimé dans son exposé, cette ordonnance met en cause le droit au silence, le droit à la présomption d'innocence, le droit de ne pas être mobilisé contre soi-même et la protection contre l'auto incrimination. Contraint de participer à l'enquête policière et de donner une information cruciale, contrairement à ses droits constitutionnels, l'intimé a fait une déclaration (l'identification de son mot de passe) qui est irrecevable et qui rend abusive la saisie des données qui a suivi. Bref, même si cette saisie a été précédée d'une autorisation judiciaire, la loi ne permettait pas d'y adjoindre une ordonnance forçant l'intimé à s'incriminer.

40. Dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, paragr. 47, la juge McLachlin écrit :

[...] la portée du droit de garder le silence réside dans l'idée qu'une personne dont la liberté est compromise par le processus criminel ne peut être tenue de témoigner contre elle-même mais qu'elle a plutôt le droit de choisir de s'exprimer ou de garder le silence.

41. Sans être nécessairement détenu, l'intimé était contraint de participer à sa propre incrimination et n'avait pas le choix : il devait aider les policiers à le faire condamner. Cette façon de faire ne peut être acceptée.

42. Je précise que, selon moi, pour les fins de l'analyse, l'information ainsi fournie était essentielle, et ce, malgré l'admission selon laquelle un policier avait obtenu l'information d'un spécialiste des crimes technologiques qu'il était possible de découvrir les données contenues dans l'ordinateur de l'intimé sans que ce dernier révèle le mot de passe en requérant les services d'une firme spécialisée. Dans *R. c. Marini*, [2000] O.J. No. 1363, la Cour d'appel d'Ontario fait les commentaires suivants :

11 The Crown also argues that the admission of this evidence would not render the trial unfair because it would have been discovered in the absence of the unlawful conscription of the appellant. The Crown says that it was open to the

police to obtain a search warrant under s. 487 of the Criminal Code to seize the tissue or other bodily substances from the appellant while he was in custody, or to obtain a DNA warrant after the new DNA warrant provisions were enacted in 1995 (the arrest was in September 1992).

12 In order to take advantage of the discoverability principle, the Crown must establish on a balance of probabilities that the police would have availed themselves of the alternative lawful or non-conscriptive means: Stillman, supra, p. 360. There was no evidence on the application to establish that the police would have taken the steps that the Crown now urges were open to them. On the facts of this case we are not prepared to draw that inference.

[Je souligne.]

43. Il est vrai que ces commentaires ont été tenus dans le cadre de l'analyse du paragr. 24 (2) de la *Charte*. Ils demeurent néanmoins pertinents lorsqu'il s'agit de savoir si l'information obtenue contre le gré de l'intimé peut être qualifiée d'essentielle, autrement dit si elle peut établir une violation qui a eu un impact grave et important sur ses droits. J'estime que c'est le cas.

44. Il est loin d'être certain, en tout cas la preuve ne le démontre pas, que la poursuite aurait, de fait, eu accès aux données contenues dans l'ordinateur sans l'information que l'intimé a été forcé de divulguer. L'admission à ce sujet n'est tout au plus que théorique et ne démontre pas, pour paraphraser l'arrêt *Marini*, précité, que les policiers auraient véritablement entrepris cette démarche. La preuve ne permet même pas de savoir si la moindre tentative a été faite auprès d'une firme spécialisée. Si tel est le cas, cette firme était-elle en mesure d'avoir accès à l'ordinateur spécifique de l'intimé? Qui a donné cette information au policier? D'où provient-elle? Quelles sont les chances de réussite? En somme, il s'agit tout au plus, toujours selon la preuve, d'une simple possibilité. Et si les données étaient si aisément accessibles, l'on serait en droit de s'interroger sur la raison d'être d'une telle ordonnance. Dans ces circonstances, il faut conclure que les droits de l'intimé ont été brimés et que cette entorse a eu un impact significatif en le forçant à fournir aux policiers une information essentielle à la preuve de la poursuite.

45. Le mandat de perquisition renvoie aux paragr. 487 (2.1) et (2.2) *C.cr.* qui édictent ce qui suit :

(2.1) **Usage d'un système informatique** — La personne autorisée à perquisitionner des données contenues dans un ordinateur se trouvant dans un lieu ou un bâtiment peut :

- a) utiliser ou faire utiliser tout ordinateur s'y trouvant pour vérifier les données que celui-ci contient ou auxquelles il donne accès;
- b) reproduire ou faire reproduire des données sous forme d'imprimé ou

toute autre forme intelligible;

c) saisir tout imprimé ou sortie de données pour examen ou reproduction;

d) utiliser ou faire utiliser le matériel s'y trouvant pour reproduire des données.

(2.2) **Obligation de responsable du lieu** — Sur présentation du mandat, le responsable du lieu qui fait l'objet de la perquisition doit faire en sorte que la personne qui procède à celle-ci puisse procéder aux opérations mentionnées au paragraphe (2.1).

46. Ces dispositions ne peuvent autoriser un juge de paix à ordonner à un suspect de s'incriminer de la sorte. D'une part, le paragr. 2.1 permet à la personne autorisée à faire la perquisition d'avoir accès aux données que contient l'ordinateur. Pour ce faire, cette personne doit évidemment pouvoir utiliser l'ordinateur, ce qui n'autorise pas un juge de paix à forcer un suspect à s'incriminer. D'autre part, le paragr. 2.2 oblige le responsable du lieu de la perquisition à laisser les agents accéder à l'ordinateur et procéder aux opérations permises par le paragr. 2.1. Là encore, je ne peux voir comment cette disposition pourrait autoriser l'État à contrevenir à des droits aussi fondamentaux que le droit au silence et à la présomption d'innocence. Je rappelle qu'ici le responsable du lieu était le responsable du poste de police, situation pour le moins saugrenue.

47. Un autre aspect de la saisie mérite d'être analysé. Le mandat limite de la façon suivante la portée de la perquisition :

Données informatisées se trouvant dans l'ordinateur IBM Think Pad série : XXXX
prouvant que Boudeau-Fontaine, Siméon a accédé à Internet.

48. Il n'y a évidemment aucune mention de matériel pornographique, puisque l'enquête ne portait alors que sur le non-respect d'une condition d'une ordonnance de probation. L'on est alors en droit de se demander comment les policiers ont découvert ce matériel.

49. L'art. 489 C.cr. édicte que :

489. (1) Saisie de choses non spécifiées — Quiconque exécute un mandat peut saisir, outre ce qui est mentionné dans le mandat, toute chose qu'il croit, pour des motifs raisonnables :

a) avoir été obtenue au moyen d'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale;

b) avoir été employée à la perpétration d'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale;

c) pouvoir servir de preuve touchant la perpétration d'une infraction à la

présente loi ou à toute autre loi fédérale.

(2) **Saisie sans mandat** — L'agent de la paix ou le fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'application ou l'exécution d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale qui se trouve légalement en un endroit en vertu d'un mandat ou pour l'accomplissement de ses fonctions peut, sans mandat, saisir toute chose qu'il croit, pour des motifs raisonnables :

- a) avoir été obtenue au moyen d'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale;
- b) avoir été employée à la perpétration d'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale;
- c) pouvoir servir de preuve touchant la perpétration d'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale.

50. Il s'agit essentiellement de la codification d'une règle de *common law*, la doctrine de l'objet bien en vue (*plain view doctrine*). Pour que la saisie soit alors conforme à la loi, il faut que l'on soit encore, au moment de la saisie, dans le cadre de l'exécution du mandat, autrement dit, à la recherche de la chose spécifiquement décrite dans ce mandat. Lorsque la personne qui exécute le mandat a trouvé et saisi cette chose, l'exécution du mandat est terminée.

51. Les auteurs Béliveau et Vauclair donnent l'exemple suivant dans *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 16^e éd., 2009, Éd. Yvon Blais, Cowansville, paragr 818 :

Par ailleurs, le saisissant n'est pas autorisé à effectuer une fouille supplémentaire, par exemple aller dans le sous-sol d'une résidence alors qu'il n'avait eu que l'autorisation de pénétrer dans l'entrée.

52. Dans *R. v. Fawthrop* (2002), 166 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), le juge Borins écrit, aux paragr. 32-33 :

32 Whatever may be the precise definition of the plain view doctrine, as in Law, for the pedophile collection to be subject to lawful seizure on the basis of that doctrine it must have been immediately obvious to, and discovered inadvertently by, the officers executing the lawful portion of the search warrant. As I have explained, there was no evidence before the trial judge that supported either of these findings. If the trial judge was applying the plain view doctrine in finding that the seizure was lawful because the "police would have found the impugned items while searching" for the photographs of A.Y., this conclusion is incorrect. As the authorities indicate, the test in applying the plain view doctrine to justify a seizure of evidence is not whether the police would have found the items in plain view while searching for the photographs as the trial judge believed, but

whether they did find the items in plain view while executing a valid warrant or while lawfully present in the appellant's residence.

33 Moreover, Det. Const. Pulkki was unable to provide any evidence that would support the conclusion that the police discovered the pedophile collection while searching for the photographs of A.Y. In fact, she was unable to provide any evidence of the location of any of the items on the list of items seized or of the circumstances that led to the discovery and seizure of any of those items. As the evidence of the execution of the warrant was sparse, it is not possible to determine whether the officers were engaged in the execution of the valid or the invalid portion of the warrant when the items were located.

[Je souligne.]

53. En l'espèce, la poursuite n'a présenté aucune preuve permettant de savoir si les agents étaient toujours dans le cadre de l'exécution du mandat lorsqu'ils ont découvert le matériel pornographique, donc qu'ils étaient toujours à la recherche des données démontrant que l'ordinateur était branché à Internet. Ainsi, rien n'établit que cette saisie a été faite légalement.

54. En conclusion, l'appelante ne me convainc pas que le juge de première instance a commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour lorsqu'il a conclu que la fouille, la perquisition et la saisie étaient abusives.

L'EXCLUSION DE LA PREUVE

55. Les éléments de preuve dont il est question sont principalement l'ordinateur saisi dans l'automobile et les données de cet ordinateur auxquelles les policiers ont eu accès grâce au mandat de perquisition. Ces données ont démontré que l'intimé était branché sur Internet au moment de l'intervention policière et que l'ordinateur contenait neuf photographies qualifiées de pornographie juvénile.

56. Je précise qu'au moment du procès, le juge de première instance n'avait pas le bénéfice des enseignements de la Cour suprême que l'on retrouve dans les arrêts *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Harrison*, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Suberu*, [2009] 2 R.C.S. 460 et *R. c. Shepherd*, [2009] 2 R.C.S. 527. Son schéma d'analyse est fondé essentiellement sur les arrêts *R. c. Collins* et *R. c. Stillman*, précités. J'aborderai donc les trois facteurs retenus par la Cour suprême dans *R. c. Grant* avant de procéder ensuite à l'exercice de pondération requis. Avant de ce faire, il convient toutefois de qualifier le type de preuve auquel nous sommes confrontés.

57. L'ordinateur est une preuve matérielle qui existait sans la violation des droits de l'intimé. Par contre, son contenu est une preuve dérivée, c'est-à-dire « une preuve matérielle découverte à la suite d'une déclaration obtenue illégalement » : *R. c. Grant*, précité, paragr. 116. Or, sans le contenu de l'ordinateur, la poursuite est privée de toute

preuve pouvant supporter un verdict de culpabilité. C'est donc dans le contexte de la découverte à la fois d'une preuve matérielle et d'une preuve dérivée que l'analyse doit se faire en l'espèce.

La gravité de la conduite attentatoire de l'État

58. Plus les gestes à l'origine de la violation du droit constitutionnel sont graves ou délibérés, plus les tribunaux doivent s'en dissocier en excluant les éléments de preuve pour préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et pour faire en sorte que l'État s'y conforme. C'est donc la gravité de la conduite attentatoire qui est en cause.

59. En l'espèce, ce ne sont pas des violations mineures. Elles sont graves. Les policiers ont arrêté l'intimé sans motifs raisonnables, contrairement aux exigences du *Code criminel*, et ont enfreint le droit d'être protégé contre la détention arbitraire (art. 9 de la *Charte*). Ils ont procédé à une fouille et une saisie abusives (art. 8 de la *Charte*). L'État a ensuite procédé en violation du droit au silence et du droit d'être protégé contre l'auto-incrimination (art. 7 de la *Charte*), sans même que j'aie à me prononcer sur le droit à l'avocat (art. 10 b) de la *Charte*). On ne parle donc pas de violations mineures qui ébranlent peu la confiance du public. On parle plutôt de violations répétées de plusieurs droits garantis par la *Charte*. Les policiers savaient, ou auraient dû savoir, que leur intervention était contraire à la *Charte*. Pour reprendre les propos de la juge en chef dans *R. c. Harrison*, précité, au paragr. 24

En l'espèce, le juge de première instance a manifestement estimé que les violations de la *Charte* se situaient à l'extrémité du spectre où l'on trouve les atteintes graves. D'après les faits qu'il a constatés, cette conclusion était raisonnable. La volonté tenace du policier de découvrir des éléments de preuve incriminants lui a fait perdre de vue les exigences constitutionnelles relatives aux motifs raisonnables. Bien qu'il soit possible que les violations n'aient pas été « délibérées » — au sens où elles n'ont pas été commises dans le but de contrevenir à la *Charte* —, elles relevaient de l'imprudence et témoignaient d'un manque de respect à l'égard des droits garantis par la *Charte*. Qui plus est, la dérogation aux normes prescrites par la *Charte* était flagrante, puisqu'absolument aucun motif raisonnable ne permettait au policier d'intercepter initialement le véhicule de l'appelant.

60. Par ailleurs, on ne retrouve aucune des circonstances atténuantes qui pourraient justifier l'intervention. Il n'y avait ni urgence ni nécessité de conserver un élément de preuve. J'ajoute que le juge de première instance n'a pas retenu le témoignage du policier à propos de ce qu'il pouvait voir dans le véhicule de l'intimé. Ce constat est pertinent à l'analyse : *R. c. Harrison*, précité, paragr. 26.

61. Ce premier facteur milite donc en faveur de l'exclusion de la preuve.

L'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la Charte

62. Plus l'effet de la violation est marqué, plus l'utilisation de la preuve pourrait laisser à penser que les droits garantis par la *Charte* n'ont pas de réelle utilité, ce qui réduirait sensiblement l'étendue du respect qui doit être dévolu à ces droits.

63. Une fouille dans une automobile, contrairement à une résidence, ne constitue pas une saisie dans des circonstances où l'attente en matière de vie privée est la plus élevée et elle ne porte pas vraiment atteinte à la dignité individuelle. Par contre, la violation demeure importante vu l'absence de tout motif raisonnable, comme le rappelle la juge en chef, toujours dans *R. c. Harrison*, précité :

[31] Cela étant dit, le fait pour un automobiliste d'être intercepté et fouillé par la police sans justification a une incidence plus qu'anodine sur ses attentes légitimes en matière de liberté et de vie privée. Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer dans l'arrêt *Mann*, la nature relativement peu intrusive de la détention et de la fouille « doit être mise en balance avec l'absence de tout motif raisonnable la justifiant » (par. 56 (souligné dans l'original)). Toute personne dans la position de l'appelant est en droit de s'attendre à ne pas être importunée — sous réserve, comme nous l'avons déjà mentionné, d'un contrôle routier valable.

[Souligné dans l'original.]

64. De plus, l'intervention policière a entraîné la détention de l'intimé pendant près d'une heure trente minutes avant qu'il soit libéré.

65. Par ailleurs, comme je l'ai mentionné précédemment, la saisie des données informatiques a aussi causé de graves violations à plusieurs droits de l'intimé. À cela, il faut ajouter le caractère éminemment privé du contenu d'un ordinateur personnel. Le juge Fish le souligne d'ailleurs dans *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8 :

[2] Il est difficile d'imaginer une perquisition, une fouille et une saisie plus envahissantes, d'une plus grande ampleur ou plus attentatoires à la vie privée que celles d'un ordinateur personnel.

66. Le fait que les autorités auraient pu, de toute façon, découvrir la preuve dérivée sans enfreindre les droits de l'accusé demeure pertinent. Cependant, comme l'écrivent la juge en chef et la juge Charron dans *R. c. Grant*, précité, paragr. 122, une simple possibilité ne saurait suffire pour justifier l'utilisation de la preuve :

[...] Par ailleurs, lorsqu'il est impossible d'établir avec certitude si les éléments de preuve auraient été découverts sans la déclaration, la possibilité de découvrir n'influera pas sur l'analyse requise par le par. 24(2).

67. En somme, la violation est grave et ce deuxième facteur tend lui aussi à exiger l'exclusion de la preuve.

L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond

68. L'infraction est sérieuse, la preuve est fiable et elle est essentielle à la poursuite. L'objectif du système de justice qu'est la recherche de la vérité ne serait pas compromis par cette preuve, au contraire, de sorte que ce facteur milite en faveur de l'utilisation de la preuve.

L'exercice de pondération

69. Il revient normalement au juge de première instance de mettre en balance tous les facteurs pertinents. Ici le juge ne l'a pas fait et a arrêté l'analyse après avoir constaté que l'intimé avait été mobilisé contre lui-même.

70. Il ne s'agit pas d'un exercice quantitatif, comme le rappelle la juge en chef dans *R. c. Harrison*, précité :

[36] L'exercice de mise en balance que commande le par. 24(2) est de nature qualitative et il ne peut être effectué avec une précision mathématique. Il ne s'agit pas simplement de savoir si, dans un cas en particulier, la majorité des facteurs pertinents milite en faveur de l'exclusion. La preuve à l'égard de chacune de ces questions doit être soupesée afin de déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La nécessité pour le système de justice de se dissocier de l'inconduite de la police ne l'emporte pas toujours sur les intérêts de recherche de la vérité du système de justice pénale. L'inverse est tout aussi vrai. Dans tous les cas, c'est la considération à long terme pour l'administration de la justice qui doit être examinée.

71. Les premier et deuxième facteurs favorisent nettement l'exclusion de la preuve. Plusieurs droits ont été enfreints, l'intimé a été détenu pendant une assez longue période, il y avait absence de motifs raisonnables, il n'y avait pas de circonstances atténuantes, le juge de première instance a rejeté la version du policier sur un aspect important de son témoignage, on accorde un niveau élevé d'attente en matière de vie privée aux données informatiques et l'intimé a été forcé de s'incriminer par ordonnance judiciaire. Dans ces circonstances, l'importance pour l'État de respecter les protections garanties par la *Charte* l'emporte clairement sur le prix à payer par la société pour un acquittement, et ce, malgré la grande fiabilité de la preuve qui est exclue.

CONCLUSION

72. Quoique le juge de première instance n'ait pas eu le bénéfice des arrêts *Grant*, *Harrison*, *Suberu* et *Shepherd*, précités, le résultat doit ici être le même. Pour reprendre le propos de la juge Charron dans *R. c. Beaulieu*, 2010 CSC 7, au parag. 6 :

[...] L'application du raisonnement adopté dans *Grant* n'influe pas en l'espèce sur la décision fondée sur le par. 24(2).

73. Pour ces motifs, il n'est pas nécessaire d'aborder la question du droit à l'avocat. Les éléments de preuve saisis par les autorités étant exclus, il ne peut y avoir de verdict de culpabilité et la déclaration faite à la police ne pourrait en aucun cas supporter à elle seule un tel verdict.

74. Je propose donc de rejeter le pourvoi.

	FRANÇOIS DOYON, J.C.A.