

R. v. Wright, 2014 CMAC 4

CMAC 562

**Her Majesty the Queen**

*Appellant,*

v.

**Captain J.T. Wright**

*Respondent.*

Heard: Halifax, Nova Scotia, December 13, 2013.

Judgment: Ottawa, Ontario, March 19, 2014.

Present: Saunders, Deschênes and Robertson JJ.A.

Appeal from an acquittal by Standing Court Martial (2012 CM 3002) on January 22, 2013, at 14 Wing Greenwood, Nova Scotia.

*Search and seizure s. 8 of the Charter — Accused allegedly fabricated emails as evidence in a previous court martial proceeding — S. 8 applies to personal use on DND computers although the expectation of privacy may be diminished — No error in exclusion of evidence by Military Judge for problems with the ITO and Production Order.*

The respondent was acquitted of two counts of obstructing justice and two counts acting to the prejudice of good order and discipline under sections 129 and 130 of the *National Defence Act*, respectively. The charges stem from two concurrent incidents where the respondent was found to be absent without official leave. After his acquittal on those charges, questions arose as to whether the respondent had fabricated evidence in relation to the charges.

An investigation of the evidence ensued, during which an Information to Obtain and amended Information to Obtain were filed resulting in a Production Order for emails on the Defence Email System. A Military Judge acquitted the respondent on the charges relating to fabrication of evidence due to breaches of section 8 of the Charter during the search resulting from the Production Order. The Crown appeals the decision of the Military Judge.

R. c. Wright, 2014 CACM 4

CMAC 562

**Sa Majesté la Reine**

*Appelante,*

c.

**Capitaine J.T. Wright**

*Intimé.*

Audience : Halifax (Nouvelle-Écosse), le 13 décembre 2013.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 19 mars 2014.

Devant : Les juges Saunders, Deschênes et Robertson, J.C.A.

Appel d'un acquittement de la cour martiale permanente (2012 CM 3002) rendu le 22 janvier 2013 à la 14<sup>e</sup> Escadre Greenwood (Nouvelle-Écosse).

*Fouille, perquisition et saisie, art. 8 de la Charte — L'accusé aurait prétendument forgé des courriels pour valoir preuve dans un recours antérieur devant la cour martiale — L'art. 8 s'applique à l'usage personnel des ordinateurs du ministère de la Défense nationale, bien que l'attente en matière de vie privée puisse être réduite — Le juge militaire n'a pas commis d'erreur en excluant la preuve au motif que la dénonciation et l'ordonnance de communication soulevaient plusieurs problèmes.*

L'intimé a été acquitté de deux chefs d'entrave à la justice et de deux chefs de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline, aux termes respectivement des articles 129 et 130 de la *Loi sur la défense nationale*. Les accusations découlent de deux incidents concurrents où l'intimé s'est absenté sans avoir reçu de congé officiel. Après que l'intimé a été acquitté de ces accusations, des questions ont été soulevées quant à la possibilité que l'intimé ait fabriqué de la preuve relative aux accusations.

Une enquête sur la preuve s'en est suivie, pendant laquelle une dénonciation et une dénonciation modifiée ont été déposées, menant à l'obtention d'une ordonnance de communication des courriels se trouvant dans le Système de courriel de la Défense nationale. Le juge militaire a acquitté l'intimé des accusations relatives à la fabrication de preuve en raison de la violation de l'article 8 de la Charte pendant les perquisitions résultant de l'ordonnance de communication. La Couronne interjette appel de la décision du juge militaire.

*Held:* Appeal dismissed.

*Per* Saunders J.A. (Deschênes J.A. concurring): The Military Judge conducted a thorough analysis of the evidence and reached conclusions leaving no room for review with regard to the constitutionality of the Production Order or subsequent search. There were troubling errors in the Information to Obtain and Production Order authorizing the search of the respondent's computer. *Grant* was correctly applied to find the administration of justice required the exclusion of the evidence in question.

*Per* Robertson J.A. (dissenting): It was unnecessary for the Information to Obtain to specify the date on which the emails were supposedly fabricated as the information is not an essential element of the offence, nor is there a limitation period in play. Further, interpreting section 487.012(3)(c) of the *Criminal Code* to require the person named to have unfettered or unrestricted access to the information is too strict. The extra emails produced by the production order could have been excluded without an impact on the constitutionality if necessary. The search for the emails in evidence was also not an infringement on the respondent's rights, as they did not contain any information over which the respondent should have expected privacy.

*Arrêt* : Appel rejeté.

Motifs rendus par la juge Saunders (le juge Deschênes y ayant souscrit.) Le juge militaire a effectué une analyse exhaustive de la preuve et est venu à des conclusions ne laissant pas place à un contrôle à l'égard de la constitutionnalité de l'ordonnance de communication ou des perquisitions subséquentes. Des erreurs troublantes se retrouvent dans la dénonciation et l'ordonnance de communication autorisant la perquisition de l'ordinateur de l'intimé. L'application de l'arrêt *Grant*, qui permet d'arriver à la conclusion que l'administration de la justice exigeait l'exclusion de la preuve en question, était adéquate.

Motifs rendus par le juge Robertson (dissident) La dénonciation n'avait pas à préciser la date à laquelle les courriels avaient supposément été fabriqués puisque cette information ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction et qu'il n'y a pas de prescription en jeu. En outre, l'interprétation de l'alinéa 487.012(3)c) du *Code criminel* selon laquelle la personne nommée doit avoir un accès absolu à l'information est trop stricte. Les courriels supplémentaires communiqués à la suite de l'ordonnance auraient pu être exclus au besoin sans avoir d'incidence sur la constitutionnalité. La perquisition des courriels en preuve ne contrevenait pas aux droits de l'intimé puisqu'ils ne comportaient pas de renseignements pour lesquels l'intimé pouvait avoir une attente en matière de vie privée.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 137, 139(2), 487.012(3).  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 130.  
*Court Martial Appeal Court Rules*, SOR/86-959, r. 35(4.1).

#### CASES CITED

*Picot v. R.*, 2013 NBCA 26, 106 W.C.B. (2d) 519; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, 111 N.R. 31; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Campbell*, 2011 SCC 32, [2011] 2 S.C.R. 549; *R. v. Chan*, 40 W.C.B. (2d) 143, 1998 CanLII 5765 (ON CA); *R. v. Christie*, 2013 NBCA 64, 110 W.C.B. (2d) 381; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, 116 N.R. 241; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Sanchez*, 20 O.R. (3d) 468, 93 C.C.C. (3d) 357, 1994 CanLII 5271 (ON SC); *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *United States of America v. Fafalios*, 2012 ONCA 365, 292 O.A.C. 152.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 137, 139(2), 487.012(3).  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 12.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 130.  
*Règles de la Cour d'appel de la cour martiale*, DORS/86-959, r. 35(4.1).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*Picot c. R.*, 2013 NBCA 26, 106 W.C.B. (2<sup>d</sup>) 519; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, 111 N.R. 31; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Campbell*, 2011 CSC 32, [2011] 2 R.C.S. 549; *R. v. Chan*, 40 W.C.B. (2<sup>d</sup>) 143, 1998 CanLII 5765 (ON CA); *R. c. Christie*, 2013 NBCA 64, 110 W.C.B. (2<sup>d</sup>) 381; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, 116 N.R. 241; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. v. Sanchez*, 20 O.R. (3<sup>d</sup>) 468, 93 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 357, 1994 CanLII 5271 (ON SC); *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *United States of America v. Fafalios*, 2012 ONCA 365, 292 O.A.C. 152.

## COUNSEL

*Major A.M. Tanburro, Lieutenant-Commander Darren Reid, for the appellant.  
Lieutenant-Commander Mark Letourneau, for the respondent.*

*The following are the reasons for judgment delivered in English by*

[1] SAUNDERS J.A.: The Crown appeals the respondent Captain J.T. Wright's (Capt Wright) acquittal on four offences under the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (NDA), all of which related to an allegation that he had obstructed justice by submitting fabricated evidence in an earlier proceeding.

[2] At the opening of his trial by Standing Court Martial, Capt Wright moved to exclude certain evidence on the basis that his right to be secure against unreasonable search or seizure under section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) had been violated.

[3] After hearing the evidence and considering counsels' submissions, Lieutenant Colonel d'Auteuil (LCol d'Auteuil), the Military Judge assigned to preside at the Standing Court Martial, allowed Capt Wright's application, found that there had been a serious breach of Capt Wright's section 8 Charter rights, and ordered that the impugned evidence be excluded because its admission would bring into disrepute the administration of justice.

[4] When the trial resumed, about three months later, the Crown announced that in light of the judge's decision, the prosecution would not be calling any evidence. The defence then moved for dismissal on the basis that there was no evidence to support a *prima facie* case against Capt Wright. The motion was granted. Capt Wright was found not guilty on all four charges.

[5] In a Notice of Appeal filed May 15, 2013, the Crown appealed Capt Wright's acquittal alleging two errors on

## AVOCATS

*Major A.M. Tanburro, Capitaine de corvette Darren Reid, pour l'appelante.  
Capitaine de corvette Mark Létourneau, pour l'intimé.*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés par*

[1] LE JUGE SAUNDERS, J.C.A. : La Couronne interjette appel de l'acquittement prononcé (en faveur du capitaine J.T. Wright (Capt Wright) relativement à quatre infractions dont il était accusé sous le régime de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la LDN), et qui étaient toutes liées à une allégation selon laquelle il aurait entravé le cours de la justice en produisant des éléments de preuve fabriqués dans une instance antérieure.

[2] À l'ouverture de son procès devant la cour martiale permanente, le Capt Wright a demandé l'exclusion de certains éléments de preuve au motif qu'il y avait eu atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives que lui garantit l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

[3] Après avoir entendu les témoins et examiné les observations des avocats, le lieutenant-colonel d'Auteuil (Lcol d'Auteuil), le juge militaire chargé de présider le procès devant la cour martiale permanente, a fait droit à la demande du Capt Wright, concluant à une atteinte grave aux droits garantis par l'article 8 de la Charte, et a ordonné que les éléments de preuve attaqués soient exclus, parce que leur admission serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[4] À la reprise du procès, environ trois mois plus tard, la Couronne a annoncé que, compte tenu de la décision du juge, la poursuite ne présenterait pas de preuve. La défense a alors demandé le rejet des quatre accusations, au motif qu'il n'y avait aucun élément de preuve étayant à première vue les allégations formulées contre le Capt Wright. La requête a été accueillie et le Capt Wright a été déclaré non coupable des quatre accusations.

[5] Dans un avis d'appel déposé le 15 mai 2013, la Couronne a interjeté appel de l'acquittement prononcé

the part of the presiding judge: first, in deciding that Capt Wright's section 8 Charter rights had been breached; and second, in excluding the evidence pursuant to section 24 of the Charter.

[6] Notwithstanding the able and comprehensive submissions by counsel for the appellant, I am not persuaded that the trial judge erred in finding a Charter breach, or in deciding that the impugned evidence ought to be excluded. I would dismiss the appeal.

[7] Before undertaking an analysis of the issues I will begin with a brief summary of the circumstances which led to these proceedings. Further elaboration of the material facts may be found in the analysis that follows.

#### I. Background

[8] The respondent, Capt Wright, is a member of the Regular Forces, 14 Software Engineering Squadron, stationed at Canadian Forces Base Greenwood, Nova Scotia.

[9] To follow the chronology it is important to understand that there were two separate proceedings taken against Capt Wright. While those proceedings are linked and provide the catalyst to the issues on appeal, the offences for which he was charged in the two proceedings are different. In these reasons I will refer to the first proceeding as Capt Wright's "summary trial" and the second proceeding as his "Standing Court Martial".

[10] I will start by describing the circumstances which led to his summary trial. On November 22, 2011, Capt Wright was charged with three offences contrary to the NDA. Two charges alleged that he had absented himself without leave during the period October 27 to 28, 2011. The third charge alleged that during the period October 26 to 28, 2011, Capt Wright had failed to comply with a direction issued by another officer and had therefore conducted himself to the prejudice of good order and discipline. A summary trial was conducted on January 31, 2012, by

en faveur du Capt Wright, au motif que le juge qui avait présidé le procès aurait commis deux erreurs, d'abord en décidant qu'il y avait eu atteinte aux droits que l'article 8 de la Charte garantit au Capt Wright, puis en excluant les éléments de preuve en vertu de l'article 24 de la Charte.

[6] Malgré les arguments sérieux et détaillés qu'a fait valoir l'avocat de l'appelante, je ne suis pas convaincu que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu violation de la Charte ou en décidant que les éléments de preuve attaqués devaient être exclus. Je rejeterais l'appel.

[7] Avant d'entreprendre une analyse des questions en litige, je résumerai brièvement les circonstances qui ont donné lieu aux procédures en l'espèce. D'autres détails sur les faits pertinents figurent également dans l'analyse qui suit.

#### I. Les faits à l'origine du litige

[8] L'intimé, le Capt Wright, est membre du 14<sup>e</sup> Escadron de génie logiciel des Forces régulières, stationné à la Base des Forces canadiennes Greenwood, en Nouvelle-Écosse.

[9] Pour bien comprendre la chronologie des événements, il faut savoir que deux poursuites distinctes ont été engagées contre le Capt Wright. Bien que ces poursuites soient liées entre elles et aient donné lieu aux questions en litige en appel, les infractions dont il a été accusé dans les deux poursuites sont différentes. Dans les présents motifs, j'utiliserai l'expression « procès sommaire » pour désigner la première poursuite et l'expression « procès devant la cour martiale permanente » pour désigner la seconde.

[10] Je commencerai par décrire les circonstances qui ont mené au procès sommaire du Capt Wright. Le 22 novembre 2011, celui-ci a été accusé de trois infractions visées par la LDN. Selon deux des trois chefs d'accusation, il se serait absenté sans permission les 27 et 28 octobre 2011. Selon le troisième, au cours de la période allant du 26 au 28 octobre 2011, le Capt Wright aurait désobéi à un ordre donné par un autre officier, ce qui constituerait une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline. Un procès sommaire a été tenu le 31 janvier 2012 devant le

the Commanding Officer of Capt Wright's unit, Colonel J.A. Irvine (Col Irvine). No recording or transcript of the proceedings was undertaken, but there is a 2½ page typed Record of Disciplinary Proceedings (RDP) wherein Col Irvine listed the several factors which prompted him to say that "Reasonable Doubt exists" and conclude that:

Based on the above factors, I elected to find the mbr not guilty of all charges...

[11] After Capt Wright's acquittal on those three charges under the NDA, questions arose as to whether he may have fabricated evidence submitted in his defence. Warrant Officer M.D. Way [WO Way] was tasked to investigate.

[12] WO Way was not a police officer. He was a member of the respondent's unit. WO Way had conducted the original investigation into Capt Wright's summary trial. It was WO Way who had concluded that the respondent was absent without official leave (AWOL). He had laid the charges which led to the summary trial. Now he was asked to investigate whether Capt Wright had fabricated evidence at that trial.

[13] On February 6, 2012, WO Way attended at the Military Police Wing in Greenwood to report that Capt Wright had fabricated evidence while being prosecuted at his summary trial. Later that same day WO Way was interviewed by Master Corporal Ferris [MCpl Ferris], a member of the military police. During the interview WO Way provided the following information to MCpl Ferris:

- a. at his summary trial, the Respondent produced two pieces of evidence, both of which were e-mails;
- b. the first e-mail, purportedly sent on 17 October 2011, appeared to inform a number of individuals, including a certain Captain MacKinnon, that the Respondent would be absent on 27 October (i.e., the day he was allegedly absent without leave);

commandant de l'unité du Capt Wright, le colonel J.A. Irvine (Col Irvine). Il n'existe ni enregistrement ni transcription de l'audience; cependant, il y a un procès-verbal de procédure disciplinaire (le PVPD) de deux pages et demie, dans lequel le Col Irvine a énuméré les différents facteurs qui l'ont incité à affirmer qu'un doute raisonnable existait et à en arriver à la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Compte tenu des facteurs susmentionnés, j'en suis arrivé à la conclusion que le militaire n'est coupable d'aucune des accusations [...]

[11] Après que le Capt Wright ait été acquitté des trois accusations en question déposées en vertu de la LDN, des doutes ont surgi quant à la possibilité qu'il ait fabriqué des éléments de preuve qu'il a produits en défense. L'adjudant M.D. Way (Adj Way) a été chargé de mener une enquête à ce sujet.

[12] L'Adj Way n'était pas un policier, mais plutôt un membre de l'unité de l'intimé. C'est lui qui avait mené l'enquête initiale sur les faits visés par le procès sommaire du Capt Wright et qui avait conclu que celui-ci s'était absenté sans permission. C'est lui qui avait déposé les accusations ayant mené au procès sommaire, et il devait maintenant enquêter sur la question de savoir si le Capt Wright avait fabriqué des éléments de preuve présentés au cours de ce procès.

[13] Le 6 février 2012, l'Adj Way s'est rendu à l'aile de la police militaire à Greenwood afin de signaler que le Capt Wright avait fabriqué des éléments de preuve dans le cadre de son procès sommaire. Plus tard le même jour, il a été interrogé par la caporale-chef Ferris (Cplc Ferris), un membre de la police militaire. Au cours de l'entrevue, l'Adj Way a fourni les renseignements suivants :

- a. au cours de son procès sommaire, l'intimé a produit deux éléments de preuve, soit deux courriels;
- b. le premier courriel, qui aurait été envoyé le 17 octobre 2011, semblait informer un certain nombre de personnes, dont un certain capitaine MacKinnon, que l'intimé serait absent le 27 octobre (soit la date à laquelle il se serait absenté sans permission);

- c. the second e-mail, purportedly sent by the Respondent to his wife on 27 October, 2011, suggested that he was actually at work that day and would be arriving at home late;
- d. WO Way contacted Captain MacKinnon and asked if he had received an e-mail from the Respondent on 17 October. Captain MacKinnon had such an e-mail and forwarded it to WO Way. The wording of that e-mail was very similar to the wording of the e-mail that the Respondent had introduced as evidence at his summary trial. There were, however, two notable differences:
- (1) some of the addressees were different, and
  - (2) the e-mail that Captain MacKinnon had received indicated that the Respondent would be working from home on 17 October 2011 as opposed to 27 October 2011; and
- e. this led to the conclusion that the Respondent had fabricated evidence used in his summary trial.
- c. le deuxième courriel, que l'intimé aurait envoyé à son épouse le 27 octobre 2011, indiquerait qu'il était effectivement au travail ce jour-là et qu'il arriverait tard à la maison;
- d. l'Adj Way a communiqué avec le capitaine MacKinnon et lui a demandé s'il avait reçu un courriel de l'intimé le 17 octobre. Le capitaine MacKinnon avait effectivement reçu ce courriel et il l'a acheminé à l'Adj Way. Le texte de ce courriel était très semblable à celui du courriel que l'intimé avait présenté en preuve au cours de son procès sommaire. Il y avait cependant deux différences majeures :
- 1) certains des destinataires étaient différents; et
  - 2) le courriel que le capitaine MacKinnon avait reçu indiquait que l'intimé travaillerait de chez lui le 17 octobre 2011 plutôt que le 27 octobre 2011; et
- e. ces éléments ont mené à la conclusion que l'intimé avait fabriqué des éléments de preuve qu'il a utilisés au cours de son procès sommaire.

[14] MCpl Ferris also met with Mr. Engelberts, the Information Systems Security Officer for 14 Wing Greenwood. Mr. Engelberts said he could access any Canadian Forces (CF) member's Department of National Defence (DND) e-mail account if he were served with a Production Order.

[14] La Cplc Ferris a également rencontré M. Engelberts, un officier de la sécurité des systèmes d'information de la 14<sup>e</sup> Escadre Greenwood, qui lui a dit qu'il pouvait avoir accès au compte de courriel fourni par le ministère de la Défense nationale (MDN) de tout membre des Forces canadiennes (FC) si on lui signifiait une ordonnance de communication.

[15] On February 13, 2012, based in the information provided by Mr. Engelberts and WO Way, MCpl Ferris prepared an Information to Obtain (ITO) for a Production Order and presented it to Nova Scotia Provincial Court Judge Claudine MacDonald. The judge refused to grant the order, as MCpl Ferris had worded the alleged offence as being the fabrication of evidence to be used in a "concluded judicial proceeding". Judge MacDonald correctly pointed out that section 137 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 contemplates that the fabrication of evidence be used in an "existing or proposed" judicial proceeding.

[15] Le 13 février 2012, sur la foi des renseignements fournis par M. Engelberts et par l'Adj Way, la Cplc Ferris a préparé une dénonciation en vue d'obtenir une ordonnance de communication et l'a présentée à la juge Claudine MacDonald, de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse. La juge a refusé de rendre l'ordonnance, parce que la caporale-chef Ferris avait décrit l'infraction alléguée comme étant la fabrication d'éléments de preuve dans le dessein de faire servir ceux-ci comme preuve [TRADUCTION] « dans une procédure judiciaire terminée ». La juge MacDonald a souligné à juste titre que l'article 137 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoit que les éléments de preuve en question doivent être destinés à servir dans une « procédure judiciaire existante ou projetée ».

[16] Based on the judge’s endorsement, MCpl Ferris concluded that the only issue with her first ITO had been the use of the word “concluded”. On February 14, 2012, she prepared a second ITO. In the second version the officer amended the word “concluded” to read “existing” and added a paragraph at the end of the ITO in which she noted that her previous attempt to obtain a Production Order had been denied. She obtained legal advice before submitting the second ITO. This time Judge MacDonald granted the order.

[17] The information obtained following execution of the Production Order led to Capt Wright being formally charged on August 3, 2012, with four offences under the NDA. The text of the Charge Sheet signed by the authorized officer, Lieutenant Commander D. Reeves alleged that Capt Wright, on January 31, 2012, at Canadian Forces Base Greenwood:

- i. obstructed justice contrary to s. 139(2) of the *Criminal Code* by:

“... wilfully attempt to defeat the course of justice in a judicial proceeding by submitting as evidence in a Summary Trial a false email dated 27 October 2011 titled “Update”” and

- ii. (as an alternative to the first charge)

committed an act to the prejudice of good order and discipline when he:

“... submitted as evidence in a Summary Trial a false email dated 27 October, 2011 titled “Update””

- iii. (as an alternative to the fourth charge)

obstructed justice contrary to s. 139(2) of the *Criminal Code* when he:

“... wilfully attempt to defeat the course of justice in a judicial proceeding by submitting as evidence in a

[16] En se fondant sur la décision de la juge MacDonald, la Cplc Ferris a conclu que le seul problème lié à la première dénonciation concernait l’emploi du mot [TRADUCTION] « terminée ». Le 14 février 2012, elle a préparé une deuxième dénonciation dans laquelle elle a remplacé le mot [TRADUCTION] « terminée » par le mot [TRADUCTION] « existante » et a ajouté, à la fin de la dénonciation, un paragraphe dans lequel elle a souligné que sa demande précédente en vue d’obtenir une ordonnance de communication avait été rejetée. Elle a obtenu un avis juridique avant de présenter la deuxième dénonciation. Cette fois-ci, la juge MacDonald a prononcé l’ordonnance demandée.

[17] Au vu des renseignements obtenus à la suite de l’exécution de l’ordonnance de communication, le Capt Wright a été accusé formellement de quatre infractions sous le régime de la LDN le 3 août 2012. Selon l’acte d’accusation signé par l’officier autorisé, le capitaine de corvette D. Reeves, le 31 janvier 2012, à la Base des Forces canadiennes Greenwood, le Capt Wright :

[TRADUCTION]

- i. a entravé le cours de la justice, en violation du paragraphe 139(2) du *Code criminel*, lorsqu’il :

[...] a tenté volontairement de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire en présentant en preuve dans un procès sommaire un faux courriel daté du 27 octobre 2011 et intitulé « Mise à jour » et

- ii. (à titre d’accusation subsidiaire au premier chef d’accusation)

a commis un acte préjudiciable au bon ordre et à la discipline lorsqu’il :

[...] a présenté en preuve dans un procès sommaire un faux courriel daté du 27 octobre 2011 et intitulé « Mise à jour »

- iii. (à titre d’accusation subsidiaire au quatrième chef d’accusation)

a entravé le cours de la justice, en violation du paragraphe 139(2) du *Code criminel*, lorsqu’il :

[...] a tenté volontairement de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire en présentant

Summary Trial a false email dated 17 October, 2011 titled “Re: DND Learn automated e-mails””

en preuve dans un procès sommaire un faux courriel daté du 17 octobre 2011 et intitulé « Re : Courriels automatisés MDN Apprentissage »;

iv. (as an alternative to the third charge)

iv. (à titre d'accusation subsidiaire au troisième chef d'accusation)

committed an act to the prejudice of good order and discipline when he:

a commis un acte préjudiciable au bon ordre et à la discipline lorsqu'il :

“... submitted as evidence in a Summary Trial a false email dated 17 October, 2011 titled “RE: DND Learn automated e-mails””

[...] a présenté en preuve dans un procès sommaire un faux courriel daté du 17 octobre 2011 et intitulé « Re : Courriels automatisés MDN Apprentissage ».

[18] It was the prosecution of these four offences which led to the second proceeding taken against Capt Wright, that being the Standing Court Martial in December, 2012. It was there that six pieces of e-mail correspondence became the focus of the respondent's Charter challenge and now form the basis of this appeal.

[18] C'est la poursuite relative à ces quatre infractions qui a mené à la deuxième procédure contre le Capt Wright, soit le procès devant la cour martiale permanente en décembre 2012. C'est dans le cadre de ce procès que six courriels ont fait l'objet de la contestation fondée sur la Charte de l'intimé, lesquels courriels constituent aujourd'hui le fondement du présent appel.

[19] At the start of his court martial on December 10, 2012, but before a plea was entered, Capt Wright made an application (supported by prior, proper notice) seeking the court's Order under subsection 24(2) of the Charter to exclude the evidence on the basis that it had been obtained in violation of his right to be secure against unreasonable search or seizure guaranteed by section 8 of the Charter.

[19] Au début de son procès devant la cour martiale permanente le 10 décembre 2012, mais avant l'inscription d'un plaidoyer, le Capt Wright a présenté une demande (qui avait été précédée du préavis approprié) en vue d'obtenir de la Cour une ordonnance excluant les éléments de preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte, au motif qu'ils avaient été obtenus en violation du droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives que lui garantit l'article 8 de la Charte.

[20] The Military Judge, LCol d'Auteuil, granted Capt Wright's application. He began his reasons by identifying the impugned evidence which consisted of six pieces of e-mail correspondence (Appeal Book, Vol. 2, at page 292):

[20] Le juge militaire, le Lcol d'Auteuil, a fait droit à la demande du Capt Wright. Il a commencé ses motifs en énumérant les éléments de preuve attaqués, qui se composaient des six courriels suivants (dossier d'appel, vol. 2, à la page 292) :

Exhibit VD1-10, an email from Captain Wright dated 27 October, 2011;

Pièce VD1-10, courriel du capitaine Wright daté du 27 octobre 2011;

Exhibit VD1-11, a chain of email for which the last one is from Major Wosnitza and dated 17 October 2011;

Pièce VD1-11, chaîne de courriels dont le dernier provient du major Wosnitza et est daté du 17 octobre 2011;

Exhibit VD1-12, a chain of email for which the last one is from Captain Wright and dated 17 October 2011;

Pièce VD1-12, chaîne de courriels dont le dernier provient du capitaine Wright et est daté du 17 octobre 2011;

Exhibit VD1-13, a chain of email for which the last one is from Captain Wright and dated 28 October 2011;

Pièce VD1-13, chaîne de courriels dont le dernier provient du capitaine Wright et est daté du 28 octobre 2011;



Exhibit VD1-14, a chain of email for which the last one is from Major Wosnitza and dated 28 October 2011;

Exhibit VD1-15, a chain of email for which the last one is from Major Wosnitza and dated 17 October 2011.

[21] In a comprehensive and well-reasoned decision LCol d'Auteuil based his conclusion that the respondent's section 8 Charter rights had been breached on three principal findings. First, the judge found that the Production Order was invalid. I will describe his reasons for coming to that conclusion in the analysis section of my decision.

[22] Second, apart from several flaws which invalidated the Production Order, the judge said that the manner in which the evidence had been seized was abusive because its execution went beyond the scope of the Production Order. As a result, the search was over broad and violated the respondent's constitutional protections guaranteed under the Charter.

[23] Finally, for a variety of reasons, the judge found that the state's misconduct was serious. So too was the impact of the breach upon the respondent's Charter-protected interests. Balancing those findings against society's interest in having the case heard on its merits, LCol d'Auteuil determined, after considering all of the circumstances, that the admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute.

[24] The decision to exclude the evidence was delivered at the conclusion of the *voir dire* on January 22, 2013. The case was then set over to April 15, 2013, to resume Capt Wright's trial. On that date Capt Wright was arraigned and entered pleas of not guilty to all four charges. The Crown then declared its position. We see this exchange:

PROSECUTOR: Yes, good morning, Your Honour. As discussed with Your Honour and my friend, the prosecution in light of the decision with regards to evidence in this matter will not be providing any evidence — will not be calling a case, Your Honour.

Pièce VD1-14, chaîne de courriels dont le dernier provient du major Wosnitza et est daté du 28 octobre 2011;

Pièce VD1-15, chaîne de courriels dont le dernier provient du major Wosnitza et est daté du 17 octobre 2011.

[21] Dans une décision détaillée et bien motivée, le Lcol d'Auteuil s'est fondé sur trois grandes conclusions pour décider qu'il y avait eu atteinte aux droits que l'article 8 de la Charte garantit à l'intimé. D'abord, il a conclu que l'ordonnance de communication était invalide. Je décrirai les motifs pour lesquels il en est arrivé à cette conclusion dans la section de ma décision consacrée à l'analyse.

[22] En deuxième lieu, en plus de relever plusieurs lacunes qui ont eu pour effet d'invalider l'ordonnance de communication, le juge a affirmé que la façon dont la preuve avait été saisie était abusive, parce que l'exécution de la saisie dépassait la portée de l'ordonnance de communication. En conséquence, la fouille avait une portée trop large et contrevenait aux protections constitutionnelles garanties à l'intimé par la Charte.

[23] Enfin, pour divers motifs, le juge a conclu que la faute de l'État était grave, de même que ses répercussions sur les droits de l'intimé qui sont protégés par la Charte. Mettant en balance ces conclusions avec l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond, le Lcol d'Auteuil a conclu, après avoir examiné l'ensemble des circonstances, que l'admission de cette preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[24] La décision d'exclure la preuve a été rendue à l'issue du *voir-dire* le 22 janvier 2013. L'affaire a ensuite été inscrite au rôle du 15 avril 2013, pour la reprise du procès du Capt Wright. À cette même date, le Capt Wright a comparu et a inscrit des plaidoyers de non-culpabilité aux quatre accusations. La Couronne a ensuite fait connaître sa position, de la manière suivante :

[TRADUCTION]

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : Oui, bonjour, Monsieur le juge. Tel qu'il a été mentionné au cours de la discussion avec mon collègue et vous-même, compte tenu de la décision rendue au sujet de la preuve en l'espèce, la poursuite ne présentera aucun élément de preuve — elle n'appellera aucun témoin, Monsieur le juge.

MILITARY JUDGE: So you're not calling any evidence?

LE JUGE MILITAIRE : Alors, vous ne présentez pas de preuve?

PROSECUTOR: That is correct, Your Honour.

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : C'est exact, Monsieur le juge.

MILITARY JUDGE: That is correct. Okay. So consequently you expect this court to provide the finding of not guilty on the four charges?

LE JUGE MILITAIRE : D'accord. Par conséquent, vous vous attendez à ce que la Cour prononce un verdict de non-culpabilité pour les quatre accusations?

PROSECUTOR: That is absolutely correct, Your Honour.

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : Absolument, Monsieur le juge.

MILITARY JUDGE: Major Boutin.

LE JUGE MILITAIRE : Major Boutin.

DEFENCE COUNSEL: Your Honour, obviously defence moves for a *no-prima facie* case; there's no evidence before this court.

L'AVOCAT DE LA DÉFENSE : Monsieur le juge, bien entendu, la défense présente une requête en rejet des accusations pour absence de preuve à première vue; la Cour n'est saisie d'aucun élément de preuve en l'espèce.

MILITARY JUDGE: Yeah. So-okay. So consequently, I will make it short, Captain Wright, please stand up.

LE JUGE MILITAIRE : Oui, d'accord. En conséquence, je serai bref. Capitaine Wright, veuillez vous lever.

So considering that the prosecution made the decision not to call any evidence concerning the charges before this court, then the court finds Captain Wright not guilty of the first, second, third and fourth charge. Please be seated.

Étant donné que la poursuite a décidé de ne présenter aucun élément de preuve concernant les accusations portées devant la Cour en l'espèce, la Cour déclare le capitaine Wright non coupable des premier, deuxième, troisième et quatrième chefs d'accusation. Veuillez vous asseoir.

So at this time the proceedings of this court martial in respect of Captain Wright are terminated. Thank you very much.

C'est ainsi que prennent fin les procédures engagées devant la cour martiale à l'égard du capitaine Wright. Merci beaucoup.

AT 850 HOURS, 15 APRIL 2013, THE TRIAL IS TERMINATED.

À 8 H 50, LE 15 AVRIL 2013, LE PROCÈS EST CLOS.

## II. Issues

[25] On appeal to this Court Martial Appeal Court (the CMAC, or this Court) the parties have confined their submissions to three principal issues, they being whether the Military Judge erred in:

- i. concluding that the Production Order was invalid;
- ii. finding that the seizure was abusive; and
- iii. excluding the impugned evidence pursuant to subsection 24(2) of the Charter.

## II. Les questions en litige

[25] En appel devant la présente Cour d'appel de la cour martiale (la CACM ou notre Cour), les parties ont limité leurs observations à trois grandes questions à trancher, soit celles de savoir si le juge militaire a commis une erreur :

- i. en concluant que l'ordonnance de communication était invalide;
- ii. en concluant que la saisie était abusive; et
- iii. en excluant les éléments de preuve attaqués au titre du paragraphe 24(2) de la Charte.

[26] Before addressing these issues I must consider the appropriate standard of review, first in terms of the Military Judge presiding over the respondent's court martial whom we characterize in such circumstances as the "reviewing judge", and then from our perspective as a CMAC.

### III. Standard of review

#### A. *The standard of review by the Military Judge*

[27] In *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421 (*Garofoli*), the Supreme Court of Canada described the judge's role when reviewing a wiretap authorization:

[56] The reviewing judge does not substitute his or her view for that of the authorizing judge. If, based on the record which was before the authorizing judge as amplified on the review, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he or she should not interfere. In this process, the existence of fraud, non-disclosure, misleading evidence and new evidence are all relevant, but, rather than being a prerequisite to review, their sole impact is to determine whether there continues to be any basis for the decision of the authorizing judge.

[28] While *Garofoli*, above, involved a wiretap authorization, the same test has been found to apply to the review of Production Orders. As such, the law obliged LCol d'Auteuil to give considerable deference to the earlier decision of Judge MacDonald who had authorized the Production Order.

[29] The Military Judge clearly understood his role and the legal principles which applied to the exercise of that mandate. He explained in his reasons:

It must be noted that when a court conducts a review of the issuance of a search warrant, it is conducting a judicial review of this decision. Consequently, there is no question here of proceeding *de novo*. Instead, the question to be determined is whether, when the warrant was issued, the judicial authority had the necessary evidence to be satisfied

[26] Avant de répondre à ces questions, je dois déterminer la norme de contrôle applicable, d'abord en ce qui concerne le juge militaire ayant présidé le procès de l'intimé devant la cour martiale, que j'appellerai dans ces circonstances le « juge siégeant en révision », puis en ce qui concerne la CACM.

### III. La norme de contrôle

#### A. *La norme de contrôle applicable au juge militaire*

[27] Dans l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421 (*Garofoli*), la Cour suprême du Canada a décrit le rôle du juge appelé à réviser une autorisation d'écoute électronique :

[56] Le juge qui siège en révision ne substitue pas son opinion à celle du juge qui a accordé l'autorisation. Si, compte tenu du dossier dont disposait le juge qui a accordé l'autorisation et complété lors de la révision, le juge siégeant en révision conclut que le juge qui a accordé l'autorisation pouvait le faire, il ne devrait pas intervenir. Dans ce processus, la fraude, la non-divulgaration, la déclaration trompeuse et les nouveaux éléments de preuve sont tous des aspects pertinents, mais au lieu d'être nécessaires à la révision leur seul effet est d'aider à décider s'il existe encore un fondement quelconque à la décision du juge qui a accordé l'autorisation.

[28] Même si l'affaire *Garofoli*, précitée, concernait une autorisation d'écoute électronique, il a été décidé que le même critère s'appliquait au contrôle judiciaire des ordonnances de communication. En conséquence, le droit obligeait le Lcol d'Auteuil à faire preuve d'une grande retenue à l'égard de la décision précédente de la juge MacDonald, qui avait prononcé l'ordonnance de communication.

[29] Le juge militaire a manifestement bien compris son rôle et les principes juridiques qui s'appliquaient à l'exercice de cette fonction. Voici les explications qu'il a données dans ses motifs :

Il convient de souligner que lorsque la cour révisé la délivrance d'un mandat de perquisition, elle procède à un contrôle judiciaire de cette question. En conséquence, il ne s'agit pas ici de procéder *de novo*, mais plutôt de chercher à savoir si, lors de la délivrance du mandat, le juge disposait ou non des éléments susceptibles de le

that the prerequisite conditions existed. If the answer is that there was no such evidence, the court's intervention is warranted.

As stated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, at paragraph 40:

[40] In reviewing the sufficiency of a warrant application, however, “the test is whether there was reliable evidence that might reasonably be believed on the basis of which the authorization could have issued” (*R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at paragraph 54 (emphasis in original)). The question is not whether the reviewing court would itself have issued the warrant, but whether there was sufficient credible and reliable evidence to permit a justice of the peace to find reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed and that evidence of that offence would be found at the specified time and place. [Emphasis added.]

B. *The standard of review by this Court sitting as a CMAC*

[30] Two standards of review are engaged at the secondary appellate level. On the one hand, the articulation and application of the proper legal test by the reviewing judge is a question of law and will be reviewed by this Court on a correctness standard. On the other hand, if the reviewing judge applied the correct legal principles and made findings of fact or drew inferences from those facts, then those findings are reviewable by this Court on a more deferential standard and we are bound not to intervene unless we are satisfied that they are the product of palpable and overriding error.

[31] With these standards of review in mind I will now address the issues on appeal.

IV. Analysis

[32] From his assessment of the record and the testimony he heard during the *voir dire*, LCol d'Auteuil found several crucial flaws in the process surrounding the search of the respondent's e-mail account. These findings

convaincre que les conditions préalables à l'autorisation existaient. Si la réponse à cette question est négative, l'intervention de la cour sera justifiée.

Comme l'a souligné la Cour suprême du Canada dans *R c Morelli*, 2010 CSC 8, au paragraphe 40 :

[40] Toutefois, pour réviser le fondement d'une demande de mandat, « le critère consiste à déterminer s'il existait quelque élément de preuve fiable auquel le juge aurait pu raisonnablement ajouter foi pour accorder l'autorisation » (*R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] R.C.S. 992, au paragraphe 54 (souligné dans l'original)). Il ne s'agit pas de savoir si le tribunal siégeant en révision aurait lui-même délivré le mandat, mais s'il existait suffisamment d'éléments de preuve crédibles et fiables pour permettre au juge de paix de conclure à l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise et que des éléments de preuve touchant la commission de cette infraction seraient découverts aux moment et lieu précisés. [Je souligne.]

B. *La norme de contrôle que doit appliquer notre Cour siégeant à titre de CACM*

[30] Au deuxième palier d'appel, deux normes de contrôle peuvent s'appliquer. D'une part, l'énonciation et l'application du critère juridique approprié par le juge siégeant en révision constituent une question de droit que la CACM révisera selon la norme de la décision correcte. D'autre part, si le juge siégeant en révision a appliqué les principes juridiques appropriés et a tiré des conclusions de fait ou des inférences à partir de ces faits, ces conclusions seront susceptibles de contrôle par la CACM selon une norme plus déférente et nous devons nous abstenir d'intervenir à moins que nous ne soyons convaincus qu'elles découlent d'une erreur manifeste et dominante.

[31] En conservant ces normes de contrôle à l'esprit, j'examine maintenant les questions à trancher dans le présent appel.

IV. Analyse

[32] Après avoir examiné le dossier et le témoignage qu'il a entendu pendant le voir-dire, le Lcol d'Auteuil a conclu à l'existence de plusieurs failles cruciales touchant le processus qui a été suivi pendant la vérification du

were essentially fact-driven and in my respectful opinion did not result from any palpable and overriding error.

[33] As noted earlier, LCol d'Auteuil's decision that Capt Wright's section 8 Charter rights had been violated was based on three principal findings. The first of these was that the Production Order issued by the provincial court judge was invalid. He gave four reasons for that determination. First, he found that the ITO did not disclose an offence, as it described the alleged fabrication as occurring *before* a judicial proceeding existed. Second, he found that the ITO contained no reliable evidence that the person subject to the Production Order had possession or control of the data. Third, the judge found that the ITO contained neither specifics as to where the data could be found, nor any indication of the retention period for the data. Fourth, the date of the alleged offence noted in the ITO was different from that stated in the Production Order.

[34] To understand the importance of the e-mails from the prosecution's perspective it will be helpful to recall the particulars of the charges against the respondent at his summary trial and reference some of the detail from Col Irvine's reasons for acquitting Capt Wright. Again I would emphasize the lack of a transcript of the proceedings as well as an actual decision. All we have as a record of what transpired are the clipped, abbreviated notes presumably prepared by Col Irvine and set out in the RDP.

[35] The two AWOL offences were said to have occurred on the same date and time. The only difference was the place or event from which Capt Wright was said to have been absent without authority. In the first he was said to have been AWOL from his unit between 1300 hours on Thursday, October 27 and 0900 hours on Friday, October 28. The second charge stipulated that during that exact same timeframe he was AWOL from

compte de courriel de l'intimé. Ces conclusions étaient essentiellement de nature factuelle et, à mon humble avis, ne découlaient pas d'une erreur manifeste et dominante.

[33] Comme je l'ai déjà mentionné, la décision du Lcol d'Auteuil selon laquelle les droits que l'article 8 garantit au Capt Wright avaient été violés reposait sur trois grandes conclusions. Le Lcol d'Auteuil a d'abord conclu que l'ordonnance de communication rendue par la juge de la Cour provinciale était invalide et a invoqué quatre motifs au soutien de sa décision. Premièrement, il a constaté que la dénonciation ne faisait pas état d'une infraction, puisqu'il y était précisé que la fabrication alléguée aurait eu lieu *avant* l'introduction d'une procédure judiciaire. Deuxièmement, il a conclu que la dénonciation ne comportait aucun élément de preuve fiable établissant que les données étaient en la possession de la personne visée par l'ordonnance de production ou à sa disposition. Troisièmement, le juge a conclu que la dénonciation ne comportait aucun renseignement précis au sujet de l'endroit où les données pouvaient être découvertes, ni de la période de rétention s'y rapportant. Quatrièmement, la date mentionnée dans la dénonciation comme date à laquelle l'infraction alléguée aurait été commise était différente de celle qui figurait dans l'ordonnance de communication.

[34] Afin de bien saisir l'importance des courriels pour la poursuite, il convient de rappeler les détails des accusations portées contre l'intimé à son procès sommaire et de préciser quelques-uns des motifs pour lesquels le Col Irvine a acquitté le Capt Wright. J'insiste encore une fois sur le fait qu'il n'y a aucune transcription de l'audience, ni même de décision proprement dite. Les seuls renseignements dont nous disposons sur ce qui s'est passé se limitent aux notes rédigées sous forme abrégée qui ont probablement été préparées par le Col Irvine et qui figurent dans le PVPD.

[35] Les deux infractions d'absence sans permission auraient été commises à la même date et à la même heure. La seule différence concerne l'endroit ou l'événement dont le Capt Wright se serait absenté sans autorisation. Dans le premier cas, il se serait absenté sans permission de son unité entre 13 h, le jeudi 27 octobre, et 9 h, le vendredi du 28 octobre. Selon la deuxième accusation, pendant exactement la même période, il se

an equipment training course. The third offence was for a different charge during a different time period. There, Capt Wright was charged with failing to follow directions from the Major in charge of the course by failing to check e-mails and the Operations board for changes in the schedule between October 26 and 28, 2011.

[36] From the content of Col Irvine's typed notes we get a good appreciation for his reasons in acquitting Capt Wright. His report begins:

... Summary Trial for 290 Capt. J. Wright

Factors effecting judgement of Not Guilty as rendered by Col. J.A. Irvine, Presiding Officer.

In deciding to acquit Capt Wright on the first AWOL charge it is obvious that Col Irvine based his decision on "evidence" which led him to conclude that Capt Wright's chain of command was aware that he would be writing exams at home and had been excused from duties at work during those hours. Other indicators favouring Capt Wright in the eyes of Col Irvine were the fact that Capt Wright's name had not been placed on a distribution list in a "warning e-mail" and two supervisors present during the training session had not made any effort to contact Capt Wright to have him report for training. As for that part of the infraction said to have occurred in the early morning hours of Friday, October 28 Col Irvine described how the respondent had been given a flexible work schedule to care for his children and that no one could verify whether on October 28 Capt Wright was subject to a work day or "an excused period" whereby he would not be required at work until 09:00.

[37] At this point I want to elaborate on my deliberate reference to the "evidence" before Col Irvine. I have intentionally put the word "evidence" in quotation marks.

serait absenté sans permission d'un cours de formation relatif à l'usage de certains articles d'équipement. La troisième accusation concernait une infraction différente commise au cours d'une période différente. Selon ce troisième chef d'accusation, le Capt Wright n'aurait pas suivi les directives données par le major responsable du cours en omettant de vérifier ses courriels et le tableau des opérations pour savoir si des changements avaient été apportés à l'horaire entre le 26 et le 28 octobre 2011.

[36] Une lecture des notes dactylographiées du Col Irvine nous permet de bien saisir les motifs pour lesquels il a acquitté le Capt Wright. Son rapport débute ainsi :

[TRADUCTION]

[...] Procès sommaire du capitaine J. Wright (290)

Facteurs touchant le verdict de non-culpabilité prononcé par le colonel J.A. Irvine, officier président le procès.

Lorsqu'il a décidé d'acquitter le Capt Wright de la première accusation d'absence sans permission, il est évident que le Col Irvine s'est fondé sur des « éléments de preuve » qui l'ont incité à conclure que la chaîne de commandement du Capt Wright savait que celui-ci passerait des examens à domicile et avait été dispensé de l'obligation de se présenter au travail pendant ces heures-là. D'autres facteurs faisaient pencher la balance en faveur du Capt Wright aux yeux du Col Irvine, notamment le fait que le nom du Capt Wright n'avait pas été inscrit sur la liste de distribution d'un [TRADUCTION] « courriel d'avertissement » et le fait que deux superviseurs présents pendant la séance de formation n'avaient aucunement tenté de joindre le Capt Wright pour lui demander d'assister à la formation. En ce qui a trait à la partie de l'infraction qui aurait été commise au petit matin le vendredi 28 octobre, le Col Irvine a expliqué que l'intimé avait obtenu un horaire souple afin de pouvoir s'occuper de ses enfants et que personne ne pouvait confirmer si la journée du 28 octobre était un jour de travail pour le Capt Wright ou une « période de dispense », de sorte il n'aurait pas été tenu de se présenter au travail avant 9 h.

[37] À ce moment-ci, j'aimerais revenir sur le renvoi délibéré que j'ai fait aux « éléments de preuve » dont le Col Irvine était saisi. J'ai mis intentionnellement les

Without a verbatim transcript of the proceeding, or even a list of “witnesses” who appeared at the summary trial, it is impossible to say in fact, or with any confidence who appeared; whether any “evidence” was actually proffered (and if so by whom); what exactly was declared by Col Irvine to be admissible; or whether any individuals actually gave evidence under oath.

[38] Col Irvine uses phrases like “He had advised his chain of command ...” or “... he advised his instructor of his whereabouts ...”, but it is not clear to me whether such a “fact” was simply inferred by Col Irvine from the materials before him, or whether Capt Wright had in fact testified at his summary trial.

[39] The RDP is replete with many such examples where “neutral” language makes it impossible to discern how and through whom the “evidence” cited by Col Irvine came to be.

[40] I simply mention that fact now because it lends supports to one of the respondent’s main arguments for attacking the merits of the Crown’s appeal. I will have more to say about that later.

[41] As for the second charge of being AWOL from his course, Col Irvine repeated the same factors which led him to acquit but added:

2) Reasonable Doubt exists because

a) This had exactly the same conditions as Charge 1 above, except that the case for reasonable doubt is even stronger since the language of the charge is more specific WRT the duties required of the mbr.

b) As discussed, the mbr was conducting military duties from his home during the trg and he had advised a mbr of his chain of command that he would be doing

mots « éléments de preuve » entre guillemets. Faute de transcription textuelle de l’audience ou même d’une liste de « témoins » qui ont comparu au procès sommaire, il est impossible de dire avec certitude ou confiance qui a comparu, quels sont les « éléments de preuve » qui ont réellement été présentés (et par qui), quels sont exactement les éléments que le Col Irvine a déclarés admissibles ou si des personnes ont témoigné sous serment.

[38] Le Col Irvine emploie des expressions comme [TRADUCTION] « il avait avisé sa chaîne de commandement [...] » ou [TRADUCTION] « [...] il avait informé son instructeur de l’endroit où il se trouvait [...] », mais je ne puis dire avec certitude si le Col Irvine a simplement déduit ces « faits » à partir des documents portés à sa connaissance ou si le Capt Wright a effectivement témoigné lors de son procès sommaire.

[39] Le PVPD regorge d’exemples d’expressions de cette nature dont le langage « neutre » ne permet pas de savoir comment ni par qui les « éléments de preuve » dont parle Col Irvine ont été portés à sa connaissance.

[40] Je mentionne ce fait maintenant simplement parce qu’il tend à étayer un des principaux arguments que l’intimé a invoqués pour contester le bien-fondé de l’appel de la Couronne. Je reviendrai plus loin sur cette question.

[41] En ce qui concerne la deuxième accusation selon laquelle le Capt Wright se serait absenté sans permission de son cours, le Col Irvine a répété les mêmes facteurs qui l’ont incité à acquitter l’intimé, mais a ajouté les commentaires suivants :

[TRADUCTION]

2) Un doute raisonnable existe, pour les raisons suivantes :

a) la situation est identique à celle de la première accusation susmentionnée, mais les arguments militant en faveur d’un doute raisonnable sont encore plus impérieux, puisque l’accusation est encore plus précise en ce qui concerne les tâches exigées du militaire;

b) tel qu’il est mentionné plus haut, le militaire accomplissait des tâches militaires de son domicile au cours de la formation et il avait informé un membre de sa chaîne

this. He had at least implicit permission to be at home during this period.

de commandement qu'il travaillerait de la maison. Il avait, à tout le moins, une permission implicite de rester à la maison pendant la période en question.

(I will assume that "WRT" is code for "with respect to" and "mbr" is obviously "member").

[42] In acquitting Capt Wright on the third charge, of conducting himself to the prejudice of good order and discipline by failing to follow the direction of Major Larsen, Director of the Training Course, Col Irvine noted that Capt Wright's name was not on the distribution list sent out at 16:50 on Wednesday October 26 reminding people to report for training the next day. From this I infer that in the mind of Col Irvine, Capt Wright could hardly be blamed for "missing" a change in schedule if he had never been informed in the first place, and no supervisor had made any effort to contact him to either confirm his whereabouts or his work schedule. Additionally, Col Irvine noted that the respondent would be taking his exams from home during the afternoon of October 27, had been excused by his chain of command from duties at work during this time and that the same uncertainty prevailed as to whether Capt Wright was on a fixed, or flexible work schedule that day.

[42] Lorsqu'il a acquitté le Capt Wright de la troisième accusation, selon laquelle celui-ci aurait eu une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline en ne suivant pas les directives du major Larsen, directeur du cours de formation, le Col Irvine a fait observer que le nom du Capt Wright ne figurait pas sur la liste de distribution du courriel envoyé à 16 h 50 le mercredi 26 octobre pour rappeler aux personnes de se présenter à la formation le lendemain. J'en déduis que, aux yeux du Col Irvine, il était difficile de reprocher au Capt Wright d'avoir « raté » un changement d'horaire alors qu'il n'avait jamais été informé du changement en question et qu'aucun superviseur n'avait tenté de le joindre pour vérifier l'endroit où il se trouvait ou son horaire de travail. De plus, le Col Irvine a fait observer que l'intimé passerait ses examens à domicile au cours de l'après-midi du 27 octobre, qu'il avait été dispensé par sa chaîne de commandement de l'obligation de se présenter au travail pendant cette période-là et que la même incertitude existait quant à la question de savoir si le Capt Wright était assujéti à un horaire de travail fixe ou souple ce jour-là.

[43] From all of this it is obvious that there were many factors which led Col Irvine to conclude that Capt Wright ought to be acquitted on all charges. From my review of this record, only one such "factor" related to any e-mail created by or coming from the respondent's account. On the first charge of being AWOL we see this comment by Col Irvine in the RDP:

[43] À la lumière de tout ce qui précède, il apparaît évident que de nombreux facteurs ont amené le Col Irvine à conclure que le Capt Wright devait être acquitté de toutes les accusations. Après avoir examiné ce dossier, je suis d'avis qu'un seul de ces « facteurs » concernait un courriel qui provenait du compte de l'intimé ou qui avait été créé à partir de celui-ci. Le PVPD comporte les observations suivantes du Col Irvine au sujet de la première accusation d'absence sans permission :

... Reasonable Doubt exists because:

[TRADUCTION]

[...] Un doute raisonnable existe, pour les raisons suivantes :

a) He had advised his chain of command that he would be conducting AFOD exams from his home during the PM of 27 Oct 11 (an AFOD testing coordination email that was cc'd to Captain Dunwoody

a) il avait avisé sa chaîne de commandement qu'il resterait à domicile pour passer des examens du Programme de perfectionnement des officiers de la Force aérienne (le PPOFA) au cours de l'après-midi du 27 octobre 2011



was presented as evidence during summary trial) ...  
[Emphasis added.]

(un courriel concernant la coordination des tests du PPOFA, dont une copie a été envoyée au capitaine Dunwoody, a été présenté en preuve au cours du procès sommaire) [...] [Je souligne.]

[44] As to the third charge of failing to follow orders, Col Irvine writes in the RDP:

[44] En ce qui concerne la troisième accusation, selon laquelle le Capt Wright aurait désobéi aux ordres, le Col Irvine écrit ce qui suit dans le PVPD :

[TRADUCTION]

3) Significant reasonable doubt existed WRT this charge.

3) Un doute raisonnable important existait au sujet de cette accusation.

a) The mbr was not on the dist list of the email, sent at ~1650 hrs on 26 Oct 11, tasking pers to be present for trg at 0900 the next morning. He as [sic] at work that afternoon, and had sent an email from his account (copy presented into evidence at the summary trial). Given this evidence, it is reasonable to expect that he would have seen the email with the change in sched had he been on the dist list. [Emphasis added.]

a) Le nom du militaire ne figurait pas sur la liste de distribution du courriel, qui avait été envoyé à 16 h 50 le 26 octobre 2011 pour rappeler aux personnes d'être présentes à la formation devant être donnée à 9 h le lendemain matin. Il était au travail cet après-midi-là et avait envoyé un courriel de son compte (copie présentée en preuve au procès sommaire). Eu égard à cet élément de preuve, il est raisonnable de penser qu'il aurait vu le courriel faisant état du changement d'horaire si son nom avait figuré sur la liste de distribution. [Je souligne.]

[45] Again, from this record, one cannot divine how this e-mail said to have been copied to Captain Dunwoody was "introduced" or "presented" at the trial, whether through the prosecution or the defence, or some other means. This too will become an important point when I come to address one of the respondent's main arguments on appeal.

[45] Encore là, vu le dossier, il est impossible de dire comment ce courriel, dont une copie aurait été envoyée au capitaine Dunwoody, a été « produit » ou « présenté » au procès, que ce soit par la poursuite ou la défense ou d'une autre façon. Cet aspect deviendra lui aussi un point important lorsque je me pencherai sur un des principaux arguments de l'intimé au sujet de l'appel.

[46] I have mentioned the particulars of the three charges facing Capt Wright at his summary trial as well as Col Irvine's reasons for acquitting him in considerable detail because a clear appreciation of these surrounding circumstances is required in order to understand the various challenges advanced by Capt Wright when attacking the validity of the Production Order during the *voir dire* at his court martial. I will turn to that now.

[46] J'ai exposé en détail les trois accusations auxquelles le Capt Wright a fait face à son procès sommaire ainsi que les motifs que le Col Irvine a invoqués pour l'acquitter, parce qu'il est nécessaire de bien connaître ces circonstances connexes afin de comprendre les différents arguments que le Capt Wright a invoqués pour contester la validité de l'ordonnance de communication pendant le *voir-dire* tenu à son procès devant la cour martiale. J'examine maintenant cette question.

[47] While acknowledging that the Military Judge stated the law correctly, the appellant complains that he improperly applied it. Respectfully, I disagree. In a thoughtful and carefully worded decision LCol d'Auteuil recognized that the first point he had to address was whether Capt Wright enjoyed the protection of section 8

[47] Tout en reconnaissant que le juge militaire a énoncé correctement le droit applicable, l'appelante soutient qu'il l'a mal appliqué. Je ne partage pas l'avis de l'appelante. Dans une décision réfléchie et rédigée avec soin, le Lcol d'Auteuil a reconnu que la première question qu'il devait trancher était celle de savoir si le Capt Wright bénéficiait

of the Charter while serving as a member of the CF. He accepted the submissions of both counsel that in light of the Supreme Court of Canada's recent decision in *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, while, as here, a CF member might have a diminished expectation of privacy when accessing DND computers for their own personal use, they were nonetheless entitled to the protections afforded by section 8 to be secure against unreasonable search or seizure. No objection has been taken in this appeal to that conclusion on the part of the Military Judge.

[48] He then turned his attention to the defects in the ITO which counsel for Capt Wright argued invalidated the Production Order.

[49] The Military Judge recognized that in considering the merits of the attack on the ITO and the resulting Production Order he was bound to apply the test enunciated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253. Put simply, his inquiry and mandate as the reviewing judge was to determine whether there was sufficient credible and reliable evidence before Judge MacDonald (the authorizing judge) which would permit her to find grounds to believe that an offence had been committed and that evidence of that offence would be found at the time and place specified.

[50] The Military Judge went on to refer to the statutory basis for granting a Production Order found in subsection 487.012(3) of the *Criminal Code* and then went on to explain in detail the six reasons which led him to conclude that the evidence presented to Judge MacDonald by MCpl Ferris in her (second) ITO dated February 14, 2012, was not sufficient to establish reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed.

[51] After carefully considering the record as well as the testimony of witnesses who were cross-examined during the *voir dire*, LCol d'Auteuil identified a variety

de la protection de l'article 8 de la Charte lorsqu'il exerçait ses fonctions comme membre des FC. Le Lcol d'Auteuil a accepté les arguments des deux avocats selon lesquels, eu égard au récent jugement que la Cour suprême du Canada a rendu dans *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, même si les membres des FC ont peut-être une attente réduite en matière de vie privée, comme c'est le cas en l'espèce, lorsqu'ils utilisent les ordinateurs du MDN à des fins personnelles, ils ont quand même le droit, en vertu de l'article 8 de la Charte, d'être protégés contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Aucune objection n'a été formulée dans le présent appel à l'égard de cette conclusion du juge militaire.

[48] Le Lcol d'Auteuil a ensuite porté son attention sur les failles de la dénonciation qui, selon l'avocat du Capt Wright, avaient pour effet d'invalider l'ordonnance de communication.

[49] Le juge militaire a reconnu que, dans l'examen du fondement de la contestation relative à la dénonciation et à l'ordonnance de communication en découlant, il était tenu d'appliquer le critère que la Cour suprême du Canada a énoncé dans *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253. En termes simples, en qualité de juge siégeant en révision, il avait pour mandat de déterminer si la juge MacDonald (la juge qui a accordé l'autorisation) était saisie de suffisamment d'éléments de preuve crédibles et fiables qui lui permettaient de conclure à l'existence de motifs de croire qu'une infraction avait été commise et que des éléments de preuve touchant la commission de cette infraction seraient découverts au moment et au lieu précisés.

[50] Le juge militaire a ensuite cité le paragraphe 487.012(3) du *Code criminel*, qui constitue le fondement de l'octroi de l'ordonnance de communication, et a exposé en détail les six motifs qui l'ont amené à conclure que les renseignements présentés à la juge MacDonald dans la deuxième dénonciation de la Cplc Ferris datée du 14 février 2012 n'étaient pas suffisants pour établir des motifs raisonnables de croire qu'une infraction avait été commise.

[51] Après avoir examiné attentivement le dossier ainsi que le témoignage des personnes qui ont été contre-interrogées au cours du voir-dire, le Lcol d'Auteuil a

of mistakes which in his opinion constituted crucial defects in the process and invalidated the Production Order. In my respectful view, all of the Military Judge's reasons are sound and find ample support in the record. They are largely findings of fact or inferences drawn from the facts and do not reflect any palpable and overriding error that would cause me to intervene.

[52] The first defect noted by the Military Judge can be seen in the ITO sworn by MCpl Ferris. She declared that she had reasonable grounds to believe that on October 27, 2011, Capt Wright had, with intent to mislead, fabricated e-mails to be used in an existing judicial proceeding contrary to section 137 of the *Criminal Code*. However, the fact is that on October 27, 2011, there was no "existing" proceeding implicating Capt Wright. The only "proceeding" was the summary trial over which Col Irvine presided, but that did not take place until January 31, 2012. Further, the fact is that Capt Wright was not charged with the three offences which led to his summary trial until November 22, 2011. Thus, MCpl Ferris was clearly wrong when she deposed in her ITO that on October 27, 2011, Capt Wright had broken the law by intentionally fabricating e-mails to be used as evidence in an existing proceeding. Rather, the truth was — as found by LCol d'Auteuil—there were no existing judicial proceedings involving or implicating Capt Wright on October 27, 2011.

[53] On cross-examination at the *voir dire*, MCpl Ferris said that based on the information she had received she really did not know when the alleged fabrication had occurred. She acknowledged that she had failed to declare that uncertainty in her ITO. She said she never met with the authorizing judge in person. She admitted that she had since come to realize that the alleged offence could have occurred much later; in other words, at least in her mind, anytime during the period from October 27, 2011 and the date of the summary trial on January 31, 2012. When asked why she had not included that declaration in her ITO, MCpl Ferris acknowledged that this was another mistake on her part.

relevé différentes erreurs qui, selon lui, constituaient des failles majeures du processus et avaient pour effet d'invalider l'ordonnance de communication. À mon humble avis, tous les motifs du juge militaire sont logiques et sont amplement étayés par les éléments du dossier. Elles constituent en grande partie des conclusions de fait ou des inférences tirées des faits et ne traduisent aucune erreur manifeste et dominante qui m'inciterait à intervenir.

[52] La première faille que le juge militaire a relevée réside dans la dénonciation signée par la Cplc Ferris, qui avait déclaré avoir des motifs raisonnables de croire que, le 27 octobre 2011, le Capt Wright avait, avec l'intention de tromper, fabriqué des courriels dans le dessein de faire servir ceux-ci comme preuve dans une procédure judiciaire existante, en violation de l'article 137 du *Code criminel*. Cependant, le 27 octobre 2011, il n'y avait aucune procédure « existante » mettant en cause le Capt Wright. La seule « procédure » était le procès sommaire que le Col Irvine a présidé, mais qui n'a eu lieu que le 31 janvier 2012. De plus, ce n'est que le 22 novembre 2011 que le Capt Wright a été accusé des trois infractions qui ont mené à son procès sommaire. Par conséquent, la Cplc Ferris a manifestement commis une erreur lorsqu'elle a affirmé dans sa dénonciation que, le 27 octobre 2011, le Capt Wright avait enfreint la loi en fabriquant intentionnellement des courriels dans le dessein de faire servir ceux-ci comme preuve dans une procédure existante. En réalité, comme l'a constaté le Lcol d'Auteuil, il n'y avait aucune procédure judiciaire existante mettant en cause le Capt Wright le 27 octobre 2011.

[53] Lorsqu'elle a été contre-interrogée pendant le *voir-dire*, la Cplc Ferris a affirmé que, d'après les renseignements qu'elle avait obtenus, elle ne savait pas vraiment à quel moment la fabrication alléguée avait eu lieu. Elle a reconnu avoir omis de déclarer cette incertitude dans sa dénonciation. Elle a affirmé n'avoir jamais rencontré en personne la juge qui a accordé l'autorisation. Elle a admis avoir compris par la suite qu'il était possible que l'infraction alléguée ait été commise beaucoup plus tard, c'est-à-dire, du moins selon elle, à n'importe quelle date entre le 27 octobre 2011 et la date du procès sommaire, le 31 janvier 2012. Lorsqu'elle s'est fait demander pourquoi elle n'avait pas inclus cette déclaration dans sa dénonciation, la Cplc Ferris a reconnu qu'il s'agissait-là d'une autre erreur de sa part.

[54] MCpl Ferris also prepared the Production Order that was issued by Judge MacDonald. But, the date of the alleged offence she inserted in the Production Order was different than the date in the ITO. The operative recital in the Production Order states:

Whereas it appears on the oath of Corporal Ashley FERRIS, a Peace Officer THAT THERE ARE REASONABLE GROUNDS FOR BELIEVING THAT the Informant does believe ... THAT Captain Jonathan WRIGHT on October 17<sup>th</sup> 2011 ... did:

With intent to mislead fabricate emails with intent that they should be used as evidence in an existing judicial proceeding ... [Emphasis added]

[55] Under cross-examination at the *voir dire* MCpl Ferris admitted that her reference to Capt Wright breaking the law on October 17 was another mistake on her part.

[56] These significant errors obviously troubled LCol d'Auteuil. For example, he specifically noted the serious discrepancy between the date of the alleged offence in the ITO as compared to the date stipulated in the Production Order. He allowed counsel to explore the matter in cross-examination. As he explained in his reasons:

Finally, the date alleged of the commission of the offence in the ITO and the one in the production order is not the same. I authorized the applicant to cross-examine MCpl. Ferris on this very specific issue and the latter indicated that she did not notice the discrepancy on this matter before being in court and that, as a matter of reality, she did not know when the alleged offence was committed. She admitted that it could have been any time after the 17<sup>th</sup> of October, 2011.

[57] From all of this, we now have four conflicting reference points which apparently, in the mind of the police officer, constituted an “existing” proceeding. October 17;

[54] La Cplc Ferris a également préparé l’ordonnance de communication qu’a prononcée la juge MacDonald. Cependant, la date qu’elle a inscrite dans cette ordonnance comme date à laquelle l’infraction alléguée aurait été commise était différente de celle qui figurait dans la dénonciation. L’extrait pertinent du préambule de l’ordonnance de communication est rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

Attendu qu’il appert de la dénonciation sous serment de la caporale Ashley FERRIS, agente de la paix, QU’IL EXISTE DES MOTIFS RAISONNABLES DE CROIRE QUE le dénonciateur croit [...] QUE, le 17 octobre 2011, le capitaine Jonathan WRIGHT [...] a commis l’infraction suivante :

a fabriqué, avec l’intention de tromper, des courriels dans le dessein de faire servir ceux-ci comme preuve dans une procédure judiciaire existante [...] [Je souligne.]

[55] Lorsqu’elle a été contre-interrogée au cours du voir-dire, la Cplc Ferris a admis avoir commis une autre erreur en inscrivant le 17 octobre comme étant la date à laquelle le Capt Wright avait enfreint la loi.

[56] Ces erreurs majeures ont manifestement troublé le Lcol d’Auteuil. Ainsi, celui-ci a relevé explicitement la différence importante entre la date inscrite dans la dénonciation comme date à laquelle l’infraction aurait été commise et la date figurant dans l’ordonnance de communication. Le Lcol d’Auteuil a permis aux avocats d’explorer la question en contre-interrogatoire. Comme il l’a expliqué dans ses motifs :

Enfin, la date à laquelle l’infraction aurait été commise n’est pas la même selon la dénonciation et l’ordonnance de [communication]. J’ai autorisé le demandeur à contre-interroger la caporale-chef sur cet aspect précis et celle-ci a mentionné que ce n’est que lorsqu’elle s’est présentée devant la cour qu’elle a constaté la divergence et que, en réalité, elle ignorait la date à laquelle l’infraction reprochée avait été commise. Elle a admis que l’infraction pourrait avoir été commise à n’importe quel moment après le 17 octobre 2011.

[57] Il ressort de ce qui précède que nous disposons de quatre renvois chronologiques différents lors desquels il y aurait eu, de l’avis de l’agente de police, une procédure

or October 27; or the period between October 27, 2011 and January 31, 2012; or the period between October 17, 2011 and January 31, 2012.

[58] I mention these as examples of the serious errors LCol d'Auteuil identified which led him to conclude that there was insufficient credible and reliable evidence to support the issuance of the Production Order in this case. These were not the only crucial flaws. His reasons describe the other serious mistakes made by the investigating officer in gathering and presenting the information to the authorizing judge.

[59] I agree with LCol d'Auteuil that these were not trifling technicalities. On the contrary, these were technical matters where precision is expected, rigor is demanded and complete and accurate disclosure is required. Evidently this was the first time the officer had been involved in the preparation of an ITO and Production Order. Clearly inexperience played a role in the flawed process that came to taint this case.

[60] Of course there are cases where minor errors can be excised by the reviewing judge and the remaining parts of the ITO still form a sustainable whole, often buttressed by amplification evidence at the hearing. But this case is not one of those. Here one assumes that in the mind of LCol d'Auteuil no amount of cutting would save the host of pervasive and insurmountable flaws which characterized this investigation. Obviously there was nothing in the testimony of MCpl Ferris or Mr. Engelberts which would help the Crown shore up its case. On the contrary, their evidence added further support to Capt Wright's complaint that his Charter rights had been trampled. See for example *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Campbell*, 2011 SCC 32, [2011] 2 S.C.R. 549.

[61] The Military Judge then turned his attention to the significant flaws that surrounded Mr. Engelberts' search of the respondent's e-mail account.

« existante » : le 17 octobre, le 27 octobre, la période allant du 27 octobre 2011 au 31 janvier 2012 et la période allant du 17 octobre 2011 au 31 janvier 2012.

[58] Je mentionne ces renvois à titre d'exemples d'erreurs graves que le Lcol d'Auteuil a relevées et qui l'ont amené à conclure qu'il n'existait pas suffisamment d'éléments de preuve crédibles et fiables justifiant le prononcé de l'ordonnance de communication en l'espèce. Or, ces failles n'étaient pas les seules erreurs majeures. Dans ses motifs, le Lcol d'Auteuil décrit d'autres erreurs graves que l'enquêteuse a commises lorsqu'elle a recueilli et présenté les renseignements à la juge qui a accordé l'autorisation.

[59] Je souscris à la conclusion du Lcol d'Auteuil qu'il ne s'agissait pas de formalités sans importance. Bien au contraire, ces erreurs concernaient des aspects techniques où la précision et la rigueur sont de mise et où la divulgation complète et exacte est obligatoire. De toute évidence, c'était la première fois que l'agente participait à la préparation d'une dénonciation et d'une ordonnance de communication. Il est indéniable que le manque d'expérience a joué un rôle dans les irrégularités qui ont entaché le processus suivi en l'espèce.

[60] Bien entendu, il y a des cas où le juge siégeant en révision peut supprimer les éléments de la dénonciation qui comportent des erreurs mineures et où les parties qui restent de celle-ci forment malgré tout un document qui se tient, souvent étoffé par d'autres éléments de preuve présentés à l'audience. Cependant, tel n'est pas le cas en l'espèce. Dans la présente affaire, il est permis de présumer qu'aux yeux du Lcol d'Auteuil, aucune suppression, si importante soit-elle, ne pourrait compenser le grand nombre de failles généralisées et insurmontables qui caractérisent l'enquête. De toute évidence, aucun élément du témoignage de la caporale-chef Ferris ou de M. Engelberts ne pouvait aider la Couronne à renforcer sa cause. Au contraire, leur témoignage a étayé la plainte du Capt Wright selon laquelle il y avait eu atteinte à ses droits garantis par la Charte. Voir, par exemple, *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Campbell*, 2011 CSC 32, [2011] 2 R.C.S. 549.

[61] Le juge militaire a ensuite porté son attention sur les failles importantes entourant la perquisition dans le compte de courriel de l'intimé effectuée par M. Engelberts.

[62] Paragraph 487.012(3)(c) of the *Criminal Code* requires the authorizing judge to be satisfied on Information on Oath that there are reasonable grounds to believe that the person specified in the Production Order has possession or control of the data. In my opinion LCol d'Auteuil applied the correct standard of review in concluding that the evidence could not support a finding that Mr. Engelberts possessed or controlled the data. His conclusion finds ample support in the record.

[63] The evidence of Mr. Engelberts revealed that he had no possession or control of the data. As the Military Judge found, Mr. Engelberts:

... clearly indicated to the court that while he had such access, he did not possess and control any email account.

[64] Defence Email System (DEMS), not Mr. Engelberts, controlled and possessed the server on which the e-mails were kept. All Mr. Engelberts had was restricted access, because he required further authorizations from DEMS. As LCol d'Auteuil explained in his reasons:

The testimony of Mr. Engelberts clearly indicated to the court that while he had such access, he did not possess and control any email account. Reality is that the server on which were kept emails was under the possession and control of a different entity and he had to request permission in order to get access. He had to request permission twice because such access could be given only by those who possess and control the email account on behalf of the Department of National Defence. Permission was requested for emails that were created for less than 30 days and another one was necessary for emails that were created for more than 30 days. [Emphasis added.]

[65] In summary, Mr. Engelberts testified that he did not possess or control the data. He required authorization from DEMS to access the data. Mr. Engelberts' responsibility

[62] Selon l'alinéa 487.012(3)c du *Code criminel*, le juge saisi de la demande d'autorisation doit être convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les données sont en la possession de la personne nommée dans l'ordonnance de communication ou à sa disposition. À mon avis, le Lcol d'Auteuil a appliqué la norme de contrôle qui convenait en décidant que la preuve ne permettait pas de conclure que les données étaient en la possession de M. Engelberts ou à sa disposition. Sa conclusion est amplement étayée par le contenu du dossier.

[63] Il ressort du témoignage de M. Engelberts que les données n'étaient nullement en la possession de celui-ci ou à sa disposition. Comme l'a conclu le juge militaire, M. Engelberts :

[...] a mentionné en toutes lettres à la cour que, même s'il pouvait avoir accès aux comptes de courriel, aucun d'eux n'était en sa possession ou à sa disposition.

[64] Le serveur sur lequel les courriels étaient conservés était en la possession ou à la disposition, non pas de M. Engelberts, mais du Système de courriel de la Défense (le SCD). M. Engelberts avait simplement un accès restreint à ce serveur, parce qu'il devait obtenir une autorisation du SCD. Comme l'a expliqué le Lcol d'Auteuil dans ses motifs :

M. Engelberts a mentionné en toutes lettres à la cour que, même s'il pouvait avoir accès aux comptes de courriel, aucun d'eux n'était en sa possession ou à sa disposition. En réalité, le serveur dans lequel les courriels étaient conservés était en la possession et à la disposition d'une entité différente et M. Engelberts devait demander l'autorisation à cette entité pour obtenir l'accès aux courriels en question. Il a dû demander l'autorisation à deux reprises, parce que cet accès ne pouvait être accordé que par les personnes en la possession ou à la disposition desquelles se trouvait le compte de courriel au nom du ministère de la Défense nationale. L'autorisation a été demandée dans le cas des courriels créés depuis moins de 30 jours, et une autre autorisation a été nécessaire pour les courriels remontant à plus de 30 jours. [Je souligne.]

[65] En résumé, M. Engelberts a expliqué au cours de son témoignage que les données ne se trouvaient pas en sa possession ou à sa disposition. Il devait obtenir

was limited to running the hardware; whereas DEMS was the organization responsible for the data.

[66] Moreover, MCpl Ferris' unqualified statements were misleading. She affirmed that Mr. Engelberts could "access" the respondent's e-mail account and that he "held" it. She did not disclose that Mr. Engelberts required authorization, despite her knowledge of that fact. She also failed to inform the authorizing judge that the e-mails could have been irretrievable in certain circumstances as explained to her by Mr. Engelberts. She understood that the e-mails could not be retrieved if the respondent had deleted them. This was a material fact because, in the alleged circumstances of this case, there would logically be a clear incentive to delete alleged three-month old incriminating e-mails.

[67] From this and other evidence I am satisfied the Military Judge was correct in finding that the police officer had not fulfilled her obligation to make full and frank disclosure of the material facts. The material facts failed to disclose that Mr. Engelberts required further authorization despite the fact MCpl Ferris was well aware of the restrictions on Mr. Engelberts' access. Accordingly, the authorizing judge would not have concluded that Mr. Engelberts had possession or control of the data if she had been told that Mr. Engelberts required further authorization from higher authority and that much of the data they were searching for was probably irretrievable.

[68] The Military Judge then turned his attention to the second principal issue raised by the defence that the search was conducted in an abusive manner and amounted to a violation of Capt Wright's section 8 Charter rights.

[69] On this record there was ample support for the Military Judge's finding that the search and production of the respondent's personal data was abusive because

l'autorisation du SCD pour avoir accès aux données. La responsabilité de M. Engelberts se limitait à exploiter le matériel, tandis que le SCD était l'entité responsable des données.

[66] De plus, les déclarations sans réserve que la Cplc Ferris a formulées étaient trompeuses. La Cplc Ferris a en effet affirmé que M. Engelberts pouvait avoir [TRADUCTION] « accès » au compte de courriel de l'intimé et qu'il [TRADUCTION] « l'avait en main ». Elle n'a pas précisé que M. Engelberts devait obtenir une autorisation, alors qu'elle était au courant de ce fait. De plus, elle a omis d'informer la juge qui a accordé l'autorisation que les courriels pouvaient être irrécupérables dans certaines circonstances, comme M. Engelberts le lui avait expliqué. Elle savait que les courriels ne pourraient être récupérés si l'intimé les avait supprimés. Il s'agissait là d'un fait important car, dans les circonstances de la présente affaire, il y aurait logiquement eu de bonnes raisons de supprimer des courriels apparemment incriminants qui avaient été créés trois mois plus tôt.

[67] Eu égard à ces faits et à d'autres éléments de preuve, je suis d'avis que le juge militaire a eu raison de conclure que l'agente de police ne s'était pas acquittée de son obligation de faire une divulgation franche et complète des faits importants. Elle a omis de préciser que M. Engelberts devait obtenir une autorisation supplémentaire alors qu'elle était parfaitement au courant des restrictions touchant l'accès dont il disposait. En conséquence, la juge qui a accordé l'autorisation n'aurait pas conclu que les données étaient en la possession ou à la disposition de M. Engelberts si elle avait été informée du fait que celui-ci devait obtenir une autorisation supplémentaire d'une autorité supérieure et qu'une bonne partie des données recherchées étaient probablement irrécupérables.

[68] Le juge militaire a ensuite porté son attention sur le deuxième grand argument que la défense a soulevé, selon lequel la perquisition avait été menée de manière abusive et constituait une violation des droits que l'article 8 de la Charte garantit au Capt Wright.

[69] À ce sujet, le dossier comportait de nombreux éléments étayant la conclusion du juge militaire selon laquelle la perquisition et la communication des données

its execution went beyond the scope of the Production Order. These critical flaws are canvassed very well in the respondent's factum, which I accept and will reproduce here verbatim (omitting the footnote citations):

(1) The PO Limited the Search and Production to Specific Emails

38. The PO authorized the search and production of specific emails: only emails "outgoing" and/or "incoming" at specified dates linked to a specified account — nothing more. The PO did not authorize the search and production of any email drafted at anytime.

39. The PO authorized the production of the following emails:

(i) All outgoing emails addressed to Captain McKinnon [sic], on October 17<sup>th</sup>, 2011, in relation to the Department of National Defence account (DWAN) [Jonathan.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathan.Wright@forces.gc.ca);

(ii) All incoming and outgoing emails addressed to and from email address [s22825@yahoo.ca](mailto:s22825@yahoo.ca) on October 28<sup>th</sup>, 2011, in relation to DWAN account [Jonathan.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathan.Wright@forces.gc.ca);

(iii) All outgoing emails addressed to Major Wosnitza on October 17<sup>th</sup>, 2011, in relation to DWAN account [Jonathan.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathan.Wright@forces.gc.ca);

(iv) All outgoing emails on October 27<sup>th</sup>, 2001 in relation to DWAN account [Jonathan.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathan.Wright@forces.gc.ca);

(v) All outgoing emails addressed to Captain Dunwoody on October 17<sup>th</sup>, 2011, in relation to DWAN account [Jonathan.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathan.Wright@forces.gc.ca);

(vi) All incoming and outgoing emails addressed to and from address [s687i@unb.ca](mailto:s687i@unb.ca) on October 27<sup>th</sup>, 2011, in

personnelles de l'intimé étaient abusives, parce qu'elles allaient au-delà de la portée de l'ordonnance de communication. Ces failles majeures sont très bien décrites dans le mémoire de l'intimé, que je retiens et dont je reproduis intégralement ci-dessous les passages pertinents (à l'exception des références figurant dans les notes de bas page) :

[TRADUCTION]

(1) L'ordonnance de communication limitait la perquisition et la communication à des courriels précis.

38. L'ordonnance de communication autorisait la perquisition et la communication de certains courriels, soit uniquement les courriels « sortants » ou « entrants » portant des dates précises et se rapportant à un compte précis — rien de plus. L'ordonnance de communication n'autorisait pas la perquisition et la communication de tout courriel rédigé à n'importe quelle date.

39. L'ordonnance de communication autorisait la communication des courriels suivants :

(i) tous les courriels sortants adressés au capitaine McKinnon [sic] le 17 octobre 2011 à l'égard du compte [Jonathan.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathan.Wright@forces.gc.ca) du ministère de la Défense nationale;

(ii) tous les courriels entrants et sortants en provenance ou à destination de l'adresse [s22825@yahoo.ca](mailto:s22825@yahoo.ca) adressés le 28 octobre 2011 à l'égard du compte [Jonathan.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathan.Wright@forces.gc.ca) du ministère de la Défense nationale;

(iii) tous les courriels sortants adressés au major Wosnitza le 17 octobre 2011 à l'égard du compte [Jonathan.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathan.Wright@forces.gc.ca) du ministère de la Défense nationale;

(iv) tous les courriels sortants adressés le 27 octobre 2011 au sujet du compte [Jonathan.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathan.Wright@forces.gc.ca) du ministère de la Défense nationale;

(v) tous les courriels sortants adressés au capitaine Dunwoody le 17 octobre 2011 à l'égard du compte [Jonathan.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathan.Wright@forces.gc.ca) du ministère de la Défense nationale;

(vi) tous les courriels entrants et sortants en provenance et à destination de l'adresse [s687i@unb.ca](mailto:s687i@unb.ca) adressés le



relation to DWAN account [Jonathon.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathon.Wright@forces.gc.ca)

(2) The Search and Production Went Beyond those Specific Emails

40. The military judge found that in an attempt to be thorough, Mr. Engelberts had conducted a search wider than that provided for in the PO. He did not confine his search and production to the emails requested. Mr. Engelberts accessed an email account that did not match the email address as stated in the PO [Jonathon.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathon.Wright@forces.gc.ca)). For this reason alone, all data provided by Mr. Engelberts were not in compliance with the PO.

41. On his own initiative he used “fairly broad criteria when trying to find the emails listed in” the PO although he knew the PO was very specific. In spite of his difficulties, he never thought to ask the police officer for any guidance or ask that another PO be requested. He used “a lot of different methods to try and find” what he was looking for. His search went deep into unrequested metadata information. Canvassing all this information took him between 10 to 12 hours.

42. In particular, he produced the following emails which fell outside the scope of the PO:

**VD1-10.** VD1-10 was a printout of data representing an email that was neither incoming nor outgoing. It was located in the respondent’s “Drafts folder” and was never sent. The search and production of this email was not authorized under paragraphs (iv), (vi) or any other paragraph of the PO.

**VD1-11.** VD1-11 was a printout of data representing one incoming email from Major Wosnitza. It was incoming because it was located in the respondent’s inbox, not his “Sent Items folder”. Mr. Engelberts agreed that VD1-11 itself was not an email authorized under paragraph (iii), or any other paragraph of the PO, even though an email addressed to Major Wosnitza could be found within its content. Simply put, any information within VD1-11 (which represents one single email record) cannot change the fact that it was incoming data, not ongoing.

27 octobre 2011 à l’égard du compte [Jonathon.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathon.Wright@forces.gc.ca) du ministère de la Défense nationale.

(2) La perquisition et la communication sont allées au-delà des courriels précis susmentionnés.

40. Le juge militaire a conclu que, pour tenter de faire la perquisition la plus complète possible, M. Engelberts avait mené une recherche plus large que celle qui était prévue dans l’ordonnance de communication. Il n’a pas limité sa perquisition et la communication aux courriels demandés. M. Engelberts a consulté un compte de courriel qui ne correspondait pas à l’adresse de courriel précisée dans l’ordonnance de communication, soit [Jonathon.Wright@forces.gc.ca](mailto:Jonathon.Wright@forces.gc.ca). Pour cette seule raison, les données que M. Engelberts a fournies n’étaient pas conformes à l’ordonnance.

41. De sa propre initiative, il a utilisé « des critères relativement larges pour tenter de trouver les courriels mentionnés » dans l’ordonnance de communication, même s’il savait que celle-ci était très précise. Malgré les difficultés qu’il a éprouvées, il n’a jamais pensé à demander des éclaircissements à l’agente de police ou à proposer qu’une autre ordonnance de communication soit sollicitée. Il a utilisé « de nombreuses méthodes différentes pour tenter de trouver » ce qu’il cherchait. Sa recherche a couvert des métadonnées qui n’étaient pas demandées. Il lui a fallu de 10 à 12 heures pour recueillir toutes ces données.

42. Plus précisément, il a produit les courriels suivants qui dépassaient la portée de l’ordonnance de communication :

**VD1-10.** La pièce VD1-10 était une copie d’écran d’un document représentant un courriel qui n’était pas un courriel entrant ou sortant. Il se trouvait dans le fichier des brouillons de l’intimé et n’a jamais été envoyé. La recherche et la communication de ce courriel n’étaient pas autorisées au titre de l’alinéa (iv) ou (vi) ou d’un autre alinéa de l’ordonnance de communication.

**VD1-11.** La pièce VD1-11 était une copie d’écran d’un document représentant un courriel entrant du major Wosnitza. Il s’agissait d’un courriel entrant, parce qu’il se trouvait dans la boîte de réception de l’intimé, et non dans le fichier des éléments envoyés de celui-ci. M. Engelberts a convenu que la pièce VD1-11 elle-même n’était pas un courriel autorisé au titre de l’alinéa (iii) ou d’un autre alinéa de l’ordonnance de communication, même si un courriel adressé au major Wosnitza s’y trouvait. En termes simples, aucun élément de la pièce VD1-11 (qui représente un seul message électronique) ne peut modifier le fait qu’il s’agissait d’un document entrant, et non sortant.

**VD1-13.** VD1-13 was a printout of data representing one email sent from the respondent to Major Wosnitza on October 28<sup>th</sup>, 2011. VD1-13 itself was not authorized under paragraph (iii), or any other paragraph of the PO, because it was sent on October 28<sup>th</sup>, 2011. As in the case of VD1-11, any information within VD1-13 (which represents one single email record) cannot change the fact that it was sent on October 28<sup>th</sup>, 2011.

**VD1-15.** VD1-15 was a printout of data representing one incoming email from Captain McKinnon [sic]. It was located in the respondent's "Inbox". It also was not authorized under paragraph (i), or any other paragraph of the PO, because it was incoming, not outgoing.

43. The military judge was alive to the need to guard against overproduction of electronic media searches. For the above reasons, he correctly found the execution of the PO was abusive and contrary to s. 8 of the *Charter*.

[70] From all of this I would endorse the Military Judge's conclusion that:

Considering that a production order is a search warrant from a judicial authority to seize specific data in a specific location, by providing more than requested by the production order, Mr. Engelberts when (sic) beyond what he was told to do, and then made that seizure abusive.

It is my conclusion that the applicant established on a preponderance of probabilities that the evidence, Exhibits VD1-10 to VD1-15, was obtained in a manner that infringed his right to be secure against unreasonable seizures as specified in section 8 of the *Charter*.

[71] LCol d'Auteuil then turned his mind to the final issue, that being whether the admission of the impugned evidence would bring the administration of justice into disrepute. Once again I see no error in his analysis or conclusion. He articulated and applied the correct legal test enunciated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] S.C.R. 353 (*Grant*). He explained, after a thoughtful review of the evidence, how he came to view and weigh the seriousness of the breach,

**VD1-13.** La pièce VD1-13 était une copie d'écran d'un document représentant un courriel envoyé par l'intimé au major Wosnitza le 28 octobre 2011. La pièce VD1-13 elle-même n'était pas autorisée au titre de l'alinéa (iii) ou d'un autre alinéa de l'ordonnance de communication, parce qu'elle a été envoyée le 28 octobre 2011. Comme dans le cas de la pièce VD1-11, aucun élément de la pièce VD1-13 (qui représente un seul message électronique) ne peut modifier le fait que le document a été envoyé le 28 octobre 2011.

**VD1-15.** La pièce VD1-15 était une copie d'écran d'un document représentant un courriel entrant du capitaine McKinnon [sic]. Il se trouvait dans la boîte de réception de l'intimé. Il n'était pas autorisé non plus au titre de l'alinéa (i) ou d'un autre alinéa de l'ordonnance de communication, parce qu'il s'agissait d'un courriel entrant et non sortant.

43. Le juge militaire était conscient de la nécessité d'éviter la communication excessive de documents découlant de recherches dans les médias électroniques. C'est pourquoi il a conclu à juste titre que l'exécution de l'ordonnance de communication était abusive et allait à l'encontre de l'article 8 de la *Charte*.

[70] Eu égard à l'ensemble de ce qui précède, je sous-crirais à la conclusion suivante du juge militaire :

Étant donné qu'une ordonnance de [communication] est un mandat de perquisition qui émane d'une autorité judiciaire et qui autorise la saisie de données précises à un endroit précis, en fournissant davantage que ce qui était demandé dans l'ordonnance de [communication], M. Engelberts est allé plus loin que ce qu'il devait faire, ce qui a rendu la saisie abusive.

Je conclus que le demandeur a établi selon la prépondérance des probabilités que la preuve (pièces VD1-10 à VD1-15) a été obtenue d'une manière qui a porté atteinte au droit à la protection contre les saisies abusives que lui reconnaît l'article 8 de la *Charte*.

[71] Le Lcol d'Auteuil est ensuite passé à la dernière question à trancher, soit celle de savoir si l'admission des éléments de preuve attaqués était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Encore là, je ne vois aucune erreur dans son analyse ou sa conclusion. Il a énoncé et appliqué le critère juridique qui convenait et que la Cour suprême du Canada a énoncé dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] R.C.S. 353 (*Grant*). Après avoir examiné la preuve avec soin, il a expliqué

its impact, and the importance of having the case heard on its merits. After referring to the Court's three-part test in *Grant*, LCol d'Auteuil explained:

This specific set of circumstances demonstrated that MCpl. Ferris was not very familiar with the search warrant topic. She sought legal advice on this matter but it was not very helpful. She presented to the judge facts that were not supporting the alleged offence and she did not provide to the judge the full and necessary disclosure that would allow this judicial authority to assess properly who was in possession and control of the data she was looking for. Even though it appears clearly to me that she did not do that with any bad faith, her conduct was somewhat reprehensible because her lack of knowledge and care while doing such thing could not make her honestly and reasonably believe that she was respecting the applicant's right under section 8 of the *Charter*. She could have done better in the circumstances, first by identifying the correct offence for justifying the presentation of the ITO, and also by making herself and the judge better understand who had possession and control of the data.

Also, I am of the opinion that this constitutional infringement is serious. Despite the fact that the context is about an offence in a work environment, an expectation of privacy still exist in the meaning of section 8 of the *Charter*. Essentially, it belongs to the state to respect minimal requirements, such as identifying the right reason for looking for evidence, by providing full information of those who possess and control the information and by making sure that the seizure is conducted within the parameter imposed by the production order, such as just providing the data identified and not more than that. Any Canadian citizen, including Canadian Forces members, expects that the state will respect those minimal requirements that are articulated in the *Criminal Code*.

I am of the opinion that the truth-seeking function of the court martial process would be better served by the exclusion of the evidence. The importance of this evidence is not very high. It is possible for the prosecution to establish its case by bringing to court those who attended the Summary Trial and received the emails and those who were sending or receiving the emails. Essentially, the exclusion of the evidence seized does not preclude the

comment il avait évalué et soupesé la gravité de la violation, les répercussions de celle-ci et l'importance que l'affaire soit jugée au fond. Il a ensuite cité le critère à trois volets que la Cour suprême du Canada avait énoncé dans l'arrêt *Grant* et donné les explications suivantes :

D'après les circonstances mises en preuve en l'espèce, la caporale-chef Ferris ne connaissait pas très bien le sujet des mandats de perquisition. Elle a sollicité un avis juridique à cet égard, mais l'avis n'a pas été très utile. Elle a présenté à la juge des faits qui n'appuyaient pas l'infraction reprochée et elle ne lui a pas fourni toutes les données qui lui auraient permis de déterminer en bonne et due forme l'identité de la personne en la possession ou à la disposition de laquelle les données qu'elle recherchait se trouvaient. Même s'il m'apparaît indéniable qu'elle n'a pas agi de mauvaise foi, sa conduite était plutôt répréhensible car, en raison du manque de connaissance et de prudence dont elle a fait preuve, elle ne pouvait croire honnêtement et raisonnablement qu'elle respectait le droit garanti au demandeur par l'article 8 de la *Charte*. Elle aurait pu faire mieux dans les circonstances, d'abord en désignant correctement l'infraction justifiant la présentation de la dénonciation, puis en comprenant elle-même et en permettant à la juge de mieux comprendre qui avait la possession des données ou les avait à sa disposition.

Je suis également d'avis que cette atteinte constitutionnelle est grave. Même si l'infraction semble avoir été commise dans un environnement de travail, une attente en matière de vie privée existe encore au sens de l'article 8 de la *Charte*. Essentiellement, il appartient à l'État de respecter les exigences minimales, par exemple, en précisant la véritable raison pour laquelle la preuve est recherchée, en fournissant des renseignements détaillés au sujet des personnes en la possession ou à la disposition desquelles les données se trouvent et en s'assurant que la saisie est effectuée à l'intérieur des paramètres imposés par l'ordonnance de [communication], c'est-à-dire en se limitant à fournir les données précisées dans celle-ci. Tous les citoyens canadiens, y compris les membres des Forces canadiennes, s'attendent à ce que l'État respecte ces exigences minimales qui sont énoncées dans le *Code criminel*.

Je suis d'avis que la fonction de recherche de la vérité que remplit la procédure de la cour martiale serait mieux servie par l'exclusion de la preuve, laquelle n'a pas une très grande importance. Il est possible pour la poursuite d'établir sa cause en faisant témoigner les personnes qui étaient présentes au procès sommaire et qui ont reçu les courriels, de même que celles qui les envoyaient ou les recevaient. Essentiellement, l'exclusion de la preuve

prosecution to try to introduce it by witnesses who saw it at any other place.

In the context of trying to avoid condemnation by a Summary Trial of being absent of work without leave, proving an offence such as obstructing justice with evidence obtained in a manner that infringed the right of the applicant to be secure against unreasonable seizures as specified in section 8 of the *Charter* would impact on the long term perception of the public of the Military Justice system.

In the context of this case, allowing a misleading justice offence being proved with evidence obtained through a deficient process, which did not respect the *Charter*'s right of the applicant could impact on the perception that the public would have of the Military Justice system.

This weighing process and the balancing of these concerns lead me to conclude that the evidence must be excluded.

Then, I conclude that having regard to all the circumstances the admission of this evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

For these reasons, the court grants the application.

[72] In my respectful opinion, LCol d'Auteuil correctly applied the law, considered the proper factors, and made reasonable findings amply supported in the record. I would therefore, as the law requires, defer to his determination under subsection 24(2) of the *Charter*. See for example *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657. As my colleague, Justice Deschênes aptly observed in *R. v. Christie*, 2013 NBCA 64:

[59] A consideration of all the circumstances leads me to conclude that admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The main reason relates to the seriousness of the conduct of the officer in clear violation of the appellant's ss. 8 and 9 rights. ... the Court must dissociate itself from this conduct. ... concern is more on the impact over time of admitting evidence

saisie n'empêche pas la poursuite de tenter de la présenter par l'entremise de témoins qui ont vu les documents en question à d'autres endroits.

L'établissement d'une infraction comme l'entrave à la justice au moyen d'éléments de preuve obtenus d'une façon qui a porté atteinte au droit du demandeur à la protection contre les saisies abusives que lui reconnaît l'article 8 de la *Charte*, dans des circonstances où le demandeur cherche à éviter une condamnation d'absence sans permission à l'issue d'un procès sommaire, nuirait à la perception à long terme du public au sujet du système de justice militaire.

Dans le contexte de la présente affaire, le fait de permettre l'établissement d'une infraction d'entrave à la justice au moyen d'éléments de preuve obtenus dans le cadre d'une procédure défectueuse qui ne respectait pas le droit que la *Charte* garantit au demandeur pourrait nuire à la perception que le public aurait du système de justice militaire.

Cette pondération et la mise en balance de ces questions m'incitent à conclure que la preuve doit être exclue.

En conclusion, je suis d'avis que, eu égard aux circonstances, l'admission de ces éléments de preuve dans l'instance est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice,

Pour ces motifs, la Cour fait droit à la demande.

[72] À mon humble avis, le Lcol d'Auteuil a bien appliqué le droit, a examiné les facteurs pertinents et a tiré des conclusions raisonnables amplement étayées par le dossier. En conséquence, je m'en remettrais à la décision qu'il a prise au titre du paragraphe 24(2) la *Charte*, comme l'exige le droit. Voir, par exemple, les arrêts *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657. Comme mon collègue le juge Deschênes l'a fait observer à juste titre dans l'arrêt *R. c. Christie*, 2013 NBCA 64 :

[59] L'ensemble des circonstances m'amène à conclure qu'utiliser les éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La raison première tient à la gravité de la conduite de l'agent, qui a certainement agi en violation des droits que les art. 8 et 9 garantissent à l'appelant. [...] la Cour doit se dissocier de cette conduite. [...] le regard se porte davantage sur

obtained in violation of protected rights and less with the particular case.

[73] Before concluding these reasons I wish to deal with two miscellaneous, but nonetheless important points.

[74] On appeal to this Court, as an initial argument, the respondent cited the case of *United States of America v. Fafalios*, 2012 ONCA 365 (*Fafalios*), as authority for the proposition that because the Crown in this case had decided not to call evidence at Capt Wright’s court martial after receiving an unfavourable ruling during the *voir dire*, that the Crown was now barred from challenging Capt Wright’s acquittal, on appeal. This proposition, according to the respondent, is especially true in this case because as part of his decision the Military Judge included a direct and important reminder to the prosecution team:

I am of the opinion that the truth-seeking function of the court martial process would be better served by the exclusion of the evidence. The importance of this evidence is not very high. It is possible for the prosecution to establish its case by bringing to court those who attended the Summary Trial and received the emails and those who were sending or receiving the emails. Essentially, the exclusion of the evidence seized does not preclude the prosecution to try to introduce it by witnesses who saw it at any other place...

[75] Capt Wright’s counsel says that because the Crown did nothing to “perfect” its case against the respondent in the intervening three months, it should now be denied any chance to appeal this “interlocutory” ruling.

[76] With respect, I am not persuaded by the respondent’s argument. I do not understand the Ontario Court of Appeal’s decision in *Fafalios*, above, to stand for any such general, sweeping authority. In any event, the circumstances in that case are entirely different from what occurred here. *Fafalios* was a case that involved extradition proceedings between Canada and the United States. There, the Crown had ignored previous court orders compelling production. The Ontario Court of Appeal obviously considered such conduct to be egregious and

l’incidence future que risque d’avoir l’admission de la preuve obtenue en violation de droits protégés, que sur l’affaire en cause.

[73] Avant de conclure les présents motifs, j’aimerais formuler des observations sur deux points divers qui m’apparaissent néanmoins importants.

[74] En appel devant la CACM, à titre d’argument initial, l’intimé a invoqué l’arrêt *United States of America v. Fafalios*, 2012 ONCA 365 (*Fafalios*), pour soutenir que, étant donné que la Couronne en l’espèce avait décidé de ne pas présenter de preuve au procès du Capt Wright devant la cour martiale après avoir reçu une décision défavorable après le voir-dire, elle ne pouvait plus contester, en appel, l’acquittement prononcé en faveur de celui-ci. De l’avis de l’intimé, il en est ainsi d’autant plus que, dans le cadre de sa décision, le juge militaire a donné un avertissement direct et important à l’équipe de la poursuite :

Je suis d’avis que la fonction de recherche de la vérité que remplit la procédure de la cour martiale serait mieux servie par l’exclusion de la preuve, laquelle n’a pas une très grande importance. Il est possible pour la poursuite d’établir sa cause en faisant témoigner les personnes qui étaient présentes au procès sommaire et qui ont reçu les courriels, de même que celles qui les envoyaient ou les recevaient. Essentiellement, l’exclusion de la preuve saisie n’empêche pas la poursuite de tenter de la présenter par l’entremise de témoins qui ont vu les documents en question à d’autres endroits.

[75] L’avocat du Capt Wright affirme que, étant donné que la Couronne n’a rien fait pour mettre en état son dossier contre l’intimé pendant l’intervalle de trois mois, elle devrait se voir refuser maintenant la possibilité d’interjeter appel de cette décision « interlocutoire ».

[76] Cependant, je ne suis pas convaincu du bien-fondé de l’argument de l’intimé. Je ne crois pas que l’arrêt que la Cour d’appel de l’Ontario a rendu dans *Fafalios*, précité, permette de formuler une affirmation aussi générale. En tout état de cause, les circonstances examinées dans cette affaire sont entièrement différentes de celles de la présente affaire. L’affaire *Fafalios* concernait une procédure d’extradition entre le Canada et les États-Unis. La Couronne avait alors fait fi d’ordonnances judiciaires antérieures exigeant la communication. La Cour d’appel

so serious an abuse of process as to invoke the court's inherent jurisdiction to dismiss the appeal without considering its merits. Respectfully that factual scenario and disposition have nothing to do with this case.

[77] The next point concerns the “credibility” and “reliability” of the evidence presented by the police officer to the authorizing judge. While not figuring prominently in LCol d’Auteuil’s reasons, it is worth noting that MCpl Ferris did little if anything to independently verify or corroborate the reliability of the information relayed to her by WO Way which, after all, formed the very foundation of the ITO she presented to the authorizing judge. She relied entirely on WO Way who had laid the charges which led to the respondent’s summary trial. Whatever “evidence” WO Way had, was never sworn to in an affidavit, or tested under cross-examination. When questioned at the *voir dire*, MCpl Ferris admitted that she never inquired as to how WO Way had obtained the e-mails or came to be in possession of them. She said she took him at his word. From this I would agree with Capt Wright’s counsel’s argument to this Court that there was no evidence the impugned e-mails had ever been “fabricated” or introduced, proffered or otherwise “used as evidence” at his summary trial. Such an allegation was of course an essential element of the offence as charged.

## V. Conclusion

[78] After a thorough and careful consideration of all of the evidence the Military Judge concluded that the process surrounding the search of Capt Wright’s personal data was seriously flawed and that the execution of the Production Order was abusive and amounted to a violation of the respondent’s Charter rights. He correctly applied the legal test established by the Supreme Court of Canada in *Grant*, above, before concluding that the administration of justice would be better served by the exclusion of the impugned evidence in this case. He specifically reminded the prosecution of other means

de l’Ontario a manifestement considéré cette conduite comme un comportement répréhensible et un abus de procédure grave au point de justifier qu’elle exerce sa compétence inhérente de rejeter l’appel sans en examiner le fond. À mon humble avis, ce scénario factuel et cette décision n’ont rien à voir avec la présente affaire.

[77] Le point suivant concerne la « crédibilité » et la « fiabilité » de la preuve que l’agente de police a présentée à la juge saisie de la demande d’autorisation. Bien que le Lcol d’Auteuil en fasse peu de cas dans ses motifs, il convient de souligner que la caporale-chef Ferris n’a pas vraiment pris de mesures pour vérifier ou corroborer de manière indépendante la fiabilité des renseignements qu’elle avait reçus de l’Adj Way et qui, après tout, constituaient le fondement de la dénonciation qu’elle a présentée à la juge. Elle s’est fondée entièrement sur l’Adj Way, qui avait déposé les accusations ayant mené au procès sommaire de l’intimé. La « preuve » que l’Adj Way possédait, quelle qu’elle soit, n’a jamais été consignée sous serment dans un affidavit ni fait l’objet d’un contre-interrogatoire. Lorsqu’elle a été interrogée pendant le voir-dire, la Cplc Ferris a admis qu’elle n’avait jamais cherché à savoir comment l’Adj Way avait obtenu les courriels ou en avait eu la possession. Elle a dit qu’elle l’avait cru sur parole. En conséquence, je serais enclin à affirmer, comme l’a soutenu l’avocat du Capt Wright devant la CACM, qu’il n’y avait aucun élément de preuve établissant que les courriels attaqués avaient été « fabriqués », qu’ils avaient été présentés ou produits ou avaient autrement servi « comme preuve » au procès sommaire de l’intimé. Or, cette allégation constituait indéniablement un élément essentiel de l’infraction alléguée.

## V. Conclusion

[78] Après avoir examiné à fond et soigneusement l’ensemble de la preuve, le juge militaire a conclu que le processus entourant la recherche de données personnelles du Capt Wright comportait des failles majeures et que l’exécution de l’ordonnance de communication était abusive et constituait une violation des droits que la Charte garantit à l’intimé. Il a appliqué correctement le critère juridique que la Cour suprême du Canada avait énoncé dans l’arrêt *Grant*, précité, avant de conclure que l’administration de la justice serait mieux servie par l’exclusion des éléments de preuve attaqués en l’espèce.

at its disposal in pursuing these charges against the respondent if so advised. Ultimately the Crown chose not to call evidence and the charges against Capt Wright were dismissed.

[79] For all of these reasons I see nothing in this case to warrant our intervention. I would dismiss the appeal. I conclude by stating again for the record our appreciation to all counsel for the quality of their advocacy.

ALEXANDRE DESCHÊNES J.A.: I agree.

[80] ROBERTSON J.A. (DISSENTING REASONS): In my respectful opinion, the Military Judge [the “reviewing judge”] erred in finding a breach of section 8 of the Charter. Accordingly, I would allow the appeal. While my colleagues conclude otherwise, I share their views with respect to the reasons offered for dismissing the respondent’s argument based on *Fafalios*, above. This leaves for consideration the appellant’s submissions and the validity of the grounds upon which the reviewing judge set aside the Production Order.

[81] The essential facts are as follows. On November 22, 2011, Capt Wright was charged with several offences under the NDA, including a charge of being “absent without leave” on October 27, 2011. On January 31, 2012, he was tried by “summary trial” and found not guilty. The trial was presided over by Capt Wright’s Commanding Officer, Col Irvine.

[82] At trial, Capt Wright produced two e-mails in support of the defence he was not absent without leave on the day in question. The first was dated October 17, 2011, and was sent from Capt Wright to Capt MacKinnon, with copies to Major Wosnitza and Capt Dunwoody (the October 17 e-mail). That e-mail indicated Capt Wright would be working from home on October 27, 2011. The second e-mail was sent from Capt Wright to his wife on October 27, 2011, but is not material to the present appeal.

Il a rappelé explicitement à la poursuite que celle-ci disposait d’autres moyens de prouver les accusations en question contre l’intimé, si elle le souhaitait. En fin de compte, la Couronne a décidé de ne pas présenter de preuve et les accusations portées contre le capitaine Wright ont été rejetées.

[79] Pour tous les motifs exposés ci-dessus, je ne vois aucun élément dans la présente affaire qui justifierait notre intervention. Je rejeterais l’appel. Je termine en remerciant à nouveau les avocats, qui ont plaidé l’affaire avec beaucoup de compétence.

ALEXANDRE DESCHÊNES, J.C.A. : Je suis d’accord.

[80] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (motifs dissidents) : À mon humble avis, le juge militaire (le juge siégeant en révision) a commis une erreur en concluant à une violation de l’article 8 de la Charte. En conséquence, j’accueillerais l’appel. Bien que mes collègues en soient arrivés à une autre conclusion, je partage leur avis en ce qui concerne les motifs qu’ils ont invoqués pour rejeter l’argument de l’intimé fondé sur l’arrêt *Fafalios*, précité. Il reste à examiner les arguments de l’appelante et la validité des motifs que le juge siégeant en révision a invoqués pour annuler l’ordonnance de communication.

[81] Les faits essentiels sont les suivants. Le 22 novembre 2011, le Capt Wright a été accusé de plusieurs infractions sous le régime de la LDN, notamment une infraction « d’absence sans permission » le 27 octobre 2011. Le 31 janvier 2012, il a subi son procès sommaire et a été déclaré non coupable. Le procès était présidé par le commandant du Capt Wright, le Col Irvine.

[82] À son procès, le Capt Wright a produit deux courriels étayant sa défense selon laquelle il ne s’était pas absenté sans permission à la date en question. Le premier courriel, qui était daté du 17 octobre 2011, avait été envoyé par le Capt Wright au capitaine MacKinnon, des copies ayant également été acheminées au major Wosnitza et au capitaine Dunwoody (le courriel du 17 octobre). Dans le courriel en question, il était mentionné que le Capt Wright travaillerait de la maison le 27 octobre 2011. Le deuxième courriel est un courriel que le Capt Wright a envoyé à son épouse le 27 octobre 2011, mais il n’est pas pertinent aux fins de l’examen du présent appel.

[83] Following the acquittal, Col Irvine instructed the original investigating officer, WO Way, to inquire into the veracity of the e-mails. In response, WO Way spoke with Capt MacKinnon with respect to the October 17 e-mail he had received. That conversation led WO Way to believe the e-mail tendered at trial was dissimilar to the one Capt MacKinnon had received in two material respects: some of the addresses were different and Capt MacKinnon's e-mail indicated Capt Wright would be working from home on October 17, 2011, not on October 27. This led WO Way to believe Capt Wright had fabricated evidence, contrary to section 130 of the NDA, and, by incorporation, section 137 of the *Criminal Code*. The latter reads in part: "Everyone who, with intent to mislead, fabricates anything with intent that it shall be used as evidence in a judicial proceeding, existing or proposed ... is guilty of an indictable offence".

[84] WO Way took this information to MCpl Ferris, of the Military Police, who prepared and swore the ITO based on what WO Way had stated. Ultimately, a judge of the Provincial Court of Nova Scotia [the "authorizing judge"] issued a Production Order, dated February 14, 2012. Succinctly stated, the Order sought copies of e-mails that fall within one of three categories. The first is comprised of all outgoing e-mails addressed from Capt Wright's DND e-mail account to Capt MacKinnon, Maj Wosnitza and Capt Dunwoody, and dated October 17, 2011. The second is comprised of all outgoing e-mails from Capt Wright's DND account and dated October 27, 2011. The third category is comprised of all incoming and outgoing e-mails with respect to two e-mail accounts (Yahoo and UNB). The e-mails in this category are restricted to those dated October 27 and 28, 2011.

[85] The Production Order provided the prosecution with six e-mails. Capt Wright was then charged with obstructing justice under subsection 139(2) of the *Criminal Code*. At the start of the court martial, he sought to have the e-mails excluded, pursuant to section 8 and

[83] Après l'acquittement, le Col Irvine a donné à l'enquêteur initial, l'Adj Way, l'ordre d'enquêter sur l'authenticité des courriels. En réponse, l'Adj Way a parlé au capitaine MacKinnon au sujet du courriel du 17 octobre qu'il avait reçu. Cette conversation a amené l'Adj Way à croire que le courriel produit au procès était différent de celui que le capitaine MacKinnon avait reçu relativement à deux aspects importants : quelques-unes des adresses étaient différentes et, dans le courriel du capitaine MacKinnon, il était mentionné que le Capt Wright travaillerait de la maison le 17 octobre 2011 et non le 27 octobre. Ces éléments ont amené l'Adj Way à croire que le Capt Wright avait fabriqué des éléments de preuve, en violation de l'article 130 de la LDN et, par voie d'incorporation, de l'article 137 du *Code criminel*, dont le passage pertinent est rédigé ainsi : « Est coupable d'un acte criminel [...] quiconque, avec l'intention de tromper, fabrique quoi que ce soit dans le dessein de faire servir cette chose comme preuve dans une procédure judiciaire, existante ou projetée [...] »

[84] L'Adj Way a transmis ces renseignements à la Cplc Ferris, de la police militaire, qui a préparé et signé la dénonciation sous serment en se fondant sur ce que l'Adj Way lui avait dit. En fin de compte, une juge de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse (la juge saisie de la demande d'autorisation) a rendu une ordonnance de communication datée du 14 février 2012. En résumé, l'ordonnance visait des copies de courriels appartenant à l'une des trois catégories mentionnées ci-après. La première catégorie se compose de tous les courriels sortants datés du 17 octobre 2011 et adressés du compte de courriel du MDN relatif au Capt Wright au capitaine MacKinnon, au major Wosnitza et au capitaine Dunwoody. La deuxième catégorie se compose de tous les courriels sortants datés du 27 octobre 2011 et envoyés depuis le compte du MDN relatif au Capt Wright. La troisième catégorie comprend tous les courriels entrants et sortants qui se rapportent à deux comptes de courriel (Yahoo et UNB). Les courriels de cette catégorie se limitent à ceux qui sont datés des 27 et 28 octobre 2011.

[85] L'ordonnance de communication a permis à la poursuite d'obtenir six courriels. Le Capt Wright a ensuite été accusé d'avoir entravé le cours de la justice, en violation du paragraphe 139(2) du *Code criminel*. Au début du procès devant la cour martiale, le Capt Wright



subsection 24(2) of the Charter. In granting the application, the reviewing judge articulated four reasons for holding the Production Order invalid. Additionally, he held the seizure itself was “abusive”. Moving to subsection 24(2) of the Charter, the reviewing judge held that although MCpl Ferris had not acted in bad faith, her conduct was “somewhat reprehensible” and the Charter infringement was “serious”. Finally, the reviewing judge held the excluded evidence was not important to the Crown’s case.

[86] My analysis begins with the standard of review to be applied when assessing an authorizing judge’s decision to grant a Production Order. The law is settled. In assessing the ITO, the reviewing judge must determine whether there was sufficient, credible and reliable evidence to permit the authorizing judge to find reasonable and probable grounds to believe an offence had been committed and the same type of grounds to believe the information sought would be found on the servers in the possession of Capt Wright’s employer, DND. Conversely stated, the standard of review is not whether the reviewing court would have issued the Production Order (*R. v. Vu*, above; *R. v. Morelli*, above, at paragraph 40, quoting *R. v. Araujo*, above, at paragraph 54).

[87] The reviewing judge identified four grounds for invalidating the Production Order. Two of the grounds constitute “errors” which, in my view, reflect a misunderstanding of the law. Both errors are tied to the “date” on which the offence was supposedly committed, that is to say, the date on which the evidence was supposedly fabricated. In my view, it is unnecessary for the ITO to specify a date of fabrication. While time may be an essential element of the offence, it is not essential to the issuance of a Production Order. That Order is an investigative tool which allows the police to determine whether in fact a document was fabricated and the date of fabrication. Accordingly, the date of fabrication specified in the ITO and the Production Order can

a demandé l’exclusion des courriels au titre de l’article 8 et du paragraphe 24(2) de la Charte. Faisant droit à la demande, le juge siégeant en révision a invoqué quatre motifs pour déclarer l’ordonnance de communication invalide. De plus, il a décidé que la saisie elle-même était « abusive ». Se penchant ensuite sur le paragraphe 24(2) de la Charte, le juge siégeant en révision a estimé que la conduite de la Cplc Ferris était « plutôt répréhensible », même si celle-ci n’avait pas agi de mauvaise foi, et que la violation de la Charte était « grave ». Enfin, le juge siégeant en révision a décidé que les éléments de preuve exclus n’étaient pas importants pour la cause de la Couronne.

[86] Je commencerai mon analyse par la norme de contrôle à appliquer à l’égard de la décision par laquelle un juge saisi d’une demande d’autorisation délivre une ordonnance de communication. Le droit est bien établi. Lorsqu’il examine la dénonciation, le juge siégeant en révision doit chercher à savoir s’il existe suffisamment d’éléments de preuve crédibles et fiables qui permettraient au juge saisi de la demande d’autorisation de conclure à l’existence de motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction avait été commise et de motifs du même type de croire que les renseignements recherchés seraient trouvés sur les serveurs en la possession de l’employeur du Capt Wright, le MDN. Si on la formule à l’inverse, la norme de contrôle n’est pas de savoir si le tribunal de révision aurait rendu l’ordonnance de communication (*R. c. Vu*, précité; *R. c. Morelli*, précité, au paragraphe 40, citant *R. c. Araujo*, précité, au paragraphe 54).

[87] Le juge siégeant en révision a invoqué quatre motifs pour invalider l’ordonnance de communication. Deux des motifs constituent des « erreurs » qui, à mon avis, traduisent une compréhension erronée du droit. Les deux erreurs sont liées à la « date » à laquelle l’infraction aurait été commise, c’est-à-dire la date à laquelle la preuve aurait apparemment été fabriquée. À mon avis, il n’est pas nécessaire que la date de la fabrication soit précisée dans la dénonciation. Même si la date peut constituer un élément essentiel de l’infraction, elle n’est pas essentielle aux fins du prononcé de l’ordonnance de communication. Cette ordonnance est un outil d’enquête qui permet à la police de savoir si un document a effectivement été fabriqué et de déterminer la date de

be expunged without even turning to amplification evidence.

[88] The third ground raises a question of law involving the interpretation of paragraph 487.012(3)(c) of the *Criminal Code*. That provision requires the issuing judge to be satisfied there are reasonable grounds to believe that the person who is subject to the Production Order “has possession or control of the documents or data”. In the present case, the reviewing judge concluded “there was no reliable evidence that might reasonably be believed for supporting the fact that Mr. Engelberts had possession or control of the data”. That ruling flowed from the fact that, following issuance of the Production Order, Mr. Engelberts needed permission of a superior to gain access to the e-mail accounts on two separate occasions. In short, the reviewing judge effectively interpreted paragraph 487.012(3)(c) of the *Criminal Code*, as requiring there be reasonable grounds to believe the named person in the ITO had an “unfettered” or “unrestricted” right of access to the information being sought. I am of the respectful view that the interpretation placed on paragraph 487.012(3)(c) of the *Criminal Code* is one the provision cannot reasonably bear.

[89] The fourth ground for invalidating the Production Order flows from the failure of the ITO to refer to the location of the servers and to the retention period with respect to stored e-mails. With great respect, these matters lack relevancy to the task facing the authorizing judge—to determine whether there was credible evidence to support the allegation an offence had been committed under section 137 of the *Criminal Code* and, correlatively, whether there were reasonable grounds to believe the information being sought was in the possession of DND. Finally, I respectfully disagree with the reviewing judge’s finding that the ultimate search was “abusive” because the Production Order produced additional e-mails. In fact, the additional e-mails are tied directly to the e-mails identified in the Production Order (part of the e-mail conversation) and, in any event, the additional e-mails could have been expunged without

fabrication, le cas échéant. En conséquence, il est possible de supprimer la date de fabrication précisée dans la dénonciation et dans l’ordonnance de communication même sans avoir recours à d’autres éléments visant à étoffer la preuve.

[88] Le troisième motif porte sur une question de droit concernant l’interprétation de l’alinéa 487.012(3)c) du *Code criminel*. Selon cette disposition, le juge qui prononce l’ordonnance de communication doit être convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire que « les documents ou données sont en la possession de la personne en cause ou à sa disposition ». Dans la présente affaire, le juge siégeant en révision a conclu qu’« il n’existait aucun élément de preuve fiable permettant raisonnablement de croire que les données étaient en la possession ou à la disposition de M. Engelberts ». Cette décision découlait du fait que, une fois l’ordonnance de communication rendue, M. Engelberts a dû demander à deux reprises l’autorisation d’un supérieur pour obtenir l’accès aux comptes de courriel. Bref, le juge siégeant en révision a interprété l’alinéa 487.012(3)c) du *Code criminel* comme une disposition exigeant l’existence de motifs raisonnables de croire que la personne nommée dans la dénonciation possédait un droit d’accès « absolu » ou « illimité » aux renseignements sollicités. À mon humble avis, l’interprétation ainsi donnée à l’alinéa 487.012(3)c) du *Code criminel* n’est pas raisonnable, eu égard au libellé de cette disposition.

[89] Le quatrième motif que le juge militaire a invoqué pour invalider l’ordonnance de communication découle de l’absence de mention, dans la dénonciation, de l’emplacement des serveurs et de la période de rétention en ce qui concerne les courriels conservés. Cependant, à mon avis, ces questions ne sont pas pertinentes quant à la tâche que devait accomplir la juge saisie de la demande d’autorisation, soit déterminer s’il existait des éléments de preuve crédibles au soutien de l’allégation selon laquelle une infraction avait été commise en violation de l’article 137 du *Code criminel* et, corollairement, s’il existait des motifs raisonnables de croire que les renseignements demandés étaient en la possession du MDN. Enfin, je ne souscris pas à la conclusion du juge siégeant en révision selon laquelle la perquisition en fin de compte effectuée était « abusive » parce que l’exécution de l’ordonnance a donné lieu à la communication de courriels

attracting legal consequences. Obviously, my perfunctory conclusions require elaboration.

[90] I agree with the prosecution's opening submission. The reviewing judge was under an obligation to adopt a common sense approach to reviewing the ITO. This was stated most forcefully in *R. v. Chan*, 40 W.C.B. (2d) 143, 1998 CanLII 5765 (ON CA), at paragraph 4: "a line-by-line word-by-word dissection of the document in an effort to show that some of the grounds standing alone do not support the existence of reasonable grounds is not the correct approach and the determination must be made with regard to the totality of the circumstances". See also *R. v. Sanchez*, 20 O.R. (3d) 468, 1994 CanLII 5271 (ON SC) (*Sanchez*) at paragraph 20. In my respectful opinion, the reviewing judge's reasons for invalidating the Production Order cannot withstand appellate review.

[91] Turning to the validity of the Production Order, the ITO alleges Capt Wright committed the offence on October 27, 2011, the date the respondent was absent from work without leave. The reviewing judge concluded that as there was no existing judicial proceeding (court martial) or ongoing investigation on that date, section 137 of the *Criminal Code* did not come into play. As the ITO did not disclose an offence, the reviewing judge held the "judicial authorization" should not have issued. In my view, both the reviewing judge and MCpl Ferris fell into error in assuming that it was necessary for the ITO to identify a specific date on which the offence of "fabrication" occurred. The purpose of a Production Order is to allow investigators to seize, examine and present evidence which is relevant to events which may give rise to criminal liability. At this stage, there is no legal requirement to identify a specific date on which the offence may have been committed. Indeed, it is only when the investigation leads to the laying of criminal charges that it may be necessary to specify the date of the offence or a range of dates. In that regard, it does not

supplémentaires. En fait, les courriels supplémentaires sont liés directement à ceux qui étaient mentionnés dans l'ordonnance de communication (puisque'ils font partie de la conversation par courriel) et, en tout état de cause, il aurait été possible de supprimer les courriels supplémentaires sans que cette mesure entraîne de conséquences juridiques. Bien entendu, mes conclusions sommaires nécessitent des explications plus étoffées.

[90] Je souscris à l'observation préliminaire de la poursuite. Le juge siégeant en révision devait adopter une méthode conforme au bon sens pour réviser la dénonciation. Cette règle a été affirmée de façon catégorique dans l'arrêt *R. v. Chan*, 40 W.C.B. (2<sup>d</sup>) 143, 1998 CanLII 5765 (ON CA), au paragraphe 4 : [TRADUCTION] « [...] il ne s'agit pas de disséquer le document en examinant chaque phrase et chaque mot dans le but de démontrer que certains des motifs, pris isolément, n'étaient pas l'existence de motifs raisonnables, mais plutôt de tirer une conclusion à la lumière des circonstances dans leur ensemble. » Voir également la décision *R. v. Sanchez*, 20 O.R. (3<sup>d</sup>) 468, 1994 CanLII 5271 (ON SC), au paragraphe 20. À mon humble avis, les motifs que le juge a invoqués pour invalider l'ordonnance de communication ne peuvent résister à la révision en appel.

[91] En ce qui concerne la validité de l'ordonnance de communication, il est mentionné dans la dénonciation que le Capt Wright a commis l'infraction le 27 octobre 2011, soit la date à laquelle l'intimé s'est absenté du travail sans permission. Le juge siégeant en révision a conclu que, étant donné qu'il n'y avait pas de procédure judiciaire existante (procès devant la cour martiale) ni d'enquête en cours à cette date, l'article 137 du *Code criminel* ne s'appliquait pas. Étant donné que la dénonciation ne faisait état d'aucune infraction, le juge siégeant en révision a conclu que l'autorisation judiciaire n'aurait pas dû être donnée. À mon avis, tant le juge siégeant en révision que la Cplc Ferris ont commis une erreur en présumant qu'il était nécessaire que la dénonciation renvoie à une date précise à laquelle l'infraction de « fabrication » aurait été commise. L'ordonnance de communication a pour but de permettre aux enquêteurs de saisir, d'examiner et de présenter des éléments de preuve qui sont pertinents quant aux faits susceptibles de donner lieu à une responsabilité criminelle. À cette étape, il n'est pas légalement obligatoire d'indiquer la date précise à

automatically follow that time is an essential element of every offence. It depends on the wording of the statutory provision.

[92] The accepted principle is that the date of the alleged offence need not be proven unless time is an essential element or there is a specified limitation period. Where time is an essential element, or is crucial to the defence, as when an accused defends the charge by providing evidence of an alibi, it must be proven as charged. In *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, it was held that in those cases where time is not an essential element of the offence, the information or indictment need only provide an accused with enough information to enable him or her to defend the charge. If the time specified in the information conflicts with the evidence, the variance is not material and the information need not be quashed. See also *Picot v. R.*, 2013 NBCA 26, at paragraph 38.

[93] Arguably, when it comes to an offence under section 137 of the *Criminal Code*, time is an essential element of the offence, and, therefore, the charge or information must set out a date or range of dates on which the offence occurred. But at the investigatory stage, it may be virtually impossible to isolate the date on which the “fabrication” may have occurred. That is why MCpl Ferris sought a Production Order: to see whether any of the e-mails were fabricated with the intent of being used as evidence in a judicial proceeding, existing or proposed. What the authorizing judge had to focus on was whether there was logical relationship between the date when the offence might have been committed and the date of the e-mails for which the Production Order is being sought. On the facts of this case, there was an obvious and rational connection between the two.

[94] The prosecution’s argument that a Production Order is an investigative tool is persuasive. The argument

laquelle l’infraction pourrait avoir été commise. En fait, ce n’est que lorsque l’enquête mène au dépôt d’accusations criminelles qu’il deviendra peut-être nécessaire de préciser la date de l’infraction ou une fourchette de dates. À cet égard, il ne s’ensuit pas automatiquement que la date constitue un élément essentiel de chaque infraction. Cela dépend du libellé de la disposition légale concernée.

[92] Selon le principe établi, il n’est pas nécessaire de prouver la date de l’infraction alléguée, sauf si le moment constitue un élément essentiel de celle-ci ou qu’un délai de prescription s’applique. Lorsque le moment constitue un élément essentiel ou qu’il est crucial pour la défense, par exemple lorsque l’accusé conteste l’accusation en démontrant un alibi, l’infraction devra être établie conformément à l’acte d’accusation. Dans l’arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, il a été décidé que, dans les cas où le moment n’est pas un élément essentiel de l’infraction, la dénonciation ou l’acte d’accusation doit simplement fournir à l’accusé suffisamment de renseignements pour lui permettre de se défendre. Si le moment précisé dans la dénonciation ne correspond pas à la preuve, la divergence n’est pas importante et la dénonciation ne doit pas être annulée. Voir également l’arrêt *Picot c. R.*, 2013 NBCA 26, au paragraphe 38.

[93] Il se pourrait que, dans le cas d’une infraction visée à l’article 137 du *Code criminel*, le moment constitue un élément essentiel de l’infraction et que, par conséquent, l’accusation ou la dénonciation doive faire état d’une date, ou d’une fourchette de dates, à laquelle l’infraction aurait été commise. Cependant, à l’étape de l’enquête, il sera peut-être impossible à toutes fins utiles d’isoler la date à laquelle la « fabrication » peut avoir eu lieu. C’est la raison pour laquelle la Cplc Ferris a sollicité une ordonnance de communication : pour savoir si l’un ou l’autre des courriels avait été fabriqué dans le dessein de servir de preuve dans une procédure judiciaire, existante ou projetée. La juge qui était saisie de la demande d’autorisation devait examiner s’il existait un lien logique entre la date à laquelle l’infraction pouvait avoir été commise et la date des courriels visés par la demande d’ordonnance de communication. Eu égard aux faits en l’espèce, un lien évident et rationnel existait entre les deux dates.

[94] L’argument de la poursuite selon lequel une ordonnance de communication est un outil d’enquête est

starts with the premise that the order is used to obtain information concerning an alleged offence and, thus, it is hardly surprising that an investigator has yet to learn of all the relevant details when it comes to drafting the ITO. The level of precision that is required in a charging document is not required in relation to an ITO. This is true even where an essential element of an offence, such as identity, is concerned. See *Sanchez*, above.

[95] On the *voir dire*, MCpl Ferris conceded the fabrication “could have been any time after the 17 of October, 2011”. But even that concession is not accurate. Here is my reasoning. Based on the facts as set out in the ITO, one can reasonably infer that if the October 17 e-mail had been altered, the alteration would have been perfected sometime between the date Capt Wright was charged with the offence (November 22, 2011) and the date of his summary trial (January 31, 2012). I say this because it is reasonable to infer that one would not be motivated to fabricate evidence until one is charged with an offence. Of course, the e-mail could have been altered on an earlier date if, for example, Capt Wright had learned of the investigation leading up to the charge laid on November 22, 2011. Finally, there is a third possibility. If the e-mail had been altered, it could have been altered on an earlier date and for a purpose unrelated to the summary trial on the charge of absent without leave. If that were the case, Capt Wright would have a complete defence to the charge under section 137 of the *Criminal Code*. But all of this is irrelevant to the question facing the authorizing judge: whether there was credible evidence to permit the authorizing judge to find reasonable and probable grounds for believing evidence had been fabricated for use at Capt Wright’s summary trial.

[96] The prosecution is correct in its submission that MCpl Ferris should have abstained from speculating with respect to the date of the offence or fabrication. Her attempt to do so was at worst driven by honest mistake. For purposes of section 137 of the *Criminal Code*, it would have been acceptable had the ITO used the phrase

convaincant. Il suppose d’abord que l’ordonnance sert à obtenir des renseignements concernant une infraction alléguée et il n’est donc guère surprenant que l’enquêteur ne connaisse pas encore tous les détails pertinents au moment de rédiger la dénonciation. Il n’est pas nécessaire que le texte de la dénonciation soit aussi précis que celui du document de mise en accusation, et ce, même lorsqu’un élément essentiel de l’infraction, comme l’identité, est concerné. Voir la décision *Sanchez*, précitée.

[95] Lors du voir-dire, la Cplc Ferris a admis que la fabrication [TRADUCTION] « aurait pu avoir lieu à n’importe quel moment après le 17 octobre 2011 ». Cependant, même cette admission n’est pas exacte. En effet, d’après les faits décrits dans la dénonciation, il est raisonnable d’inférer que, si le courriel du 17 octobre avait été modifié, la modification aurait été faite à un moment quelconque entre la date à laquelle le Capt Wright a été accusé de l’infraction (le 22 novembre 2011) et la date de son procès sommaire (le 31 janvier 2012). Il m’apparaît raisonnable en effet d’inférer qu’une personne ne sera pas incitée à fabriquer des éléments de preuve avant d’être accusée d’une infraction. Bien entendu, il se pourrait que le courriel ait été modifié à une date antérieure si, par exemple, le Capt Wright avait été mis au courant de l’enquête ayant mené au dépôt de l’accusation le 22 novembre 2011. Enfin, une troisième possibilité existe. Si le courriel a été modifié, il peut l’avoir été à une date antérieure à des fins sans lien avec le procès sommaire relatif à l’accusation d’absence sans permission. En pareil cas, le Capt Wright pourrait invoquer un moyen de défense complet contre l’accusation portée sous le régime de l’article 137 du *Code criminel*. Cependant, toutes ces possibilités n’ont rien à voir avec la question à laquelle devait répondre la juge saisie de la demande d’autorisation, soit celle de savoir s’il y avait des éléments de preuve crédibles lui permettant de conclure à l’existence de motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve avaient été fabriqués en vue de servir au procès sommaire du Capt Wright.

[96] La poursuite a raison d’affirmer que la Cplc Ferris aurait dû s’abstenir de faire des suppositions en ce qui concerne la date de l’infraction ou de la fabrication. Cette attitude de la Cplc Ferris était motivée, dans le pire des cas, par une erreur honnête. Pour l’application de l’article 137 du *Code criminel*, il aurait été acceptable

“on a date at present unknown”. If one expunges MCpl Ferris’ reference to the date of the offence, the question of whether there is credible evidence upon which the authorizing judge could have based her decision to grant the Production Order must be answered affirmatively. There was credible evidence that the e-mail presented at the summary trial, and addressed to Capt MacKinnon and others, was materially different from the e-mail Capt MacKinnon had received. That of itself supports the authorizing judge’s implicit finding of reasonable and probable grounds to believe an offence had been committed under section 137 of the *Criminal Code*.

[97] In summary, the reviewing judge erred in law in declaring the Production Order invalid simply because the ITO specified the date of the offence as October 27, 2011. In my view, there can be no legal requirement to specify a date of fabrication for purposes of obtaining a Production Order in relation to an offence under section 137 of the *Criminal Code*. Accordingly, the reference to October 27, 2011, as the date of the offence, was made in error. More importantly, that date can be expunged without impacting on the authorizing judge’s decision to issue the Production Order. This takes me immediately to the reviewing judge’s second ground for invalidating the Order. While the ITO identifies the date of the offence as October 27, 2011, for some unexplained reason the Production Order specifies October 17, 2011. Once again, the error is patent on the face of the record and immaterial or extraneous to the question of whether the authorizing judge had credible evidence to support the allegation of reasonable and probable grounds to believe an offence had been committed.

[98] The reviewing judge’s third ground for invalidating the Production Order rests on his conclusion the ITO contained no reliable evidence that the person subject to the Order had “possession or control of the information

d’utiliser l’expression « à une date inconnue à l’heure actuelle » dans la dénonciation. Lorsqu’il n’est pas tenu compte de la date de l’infraction mentionnée par la Cplc Ferris, il faut répondre par l’affirmative à la question de savoir s’il existe des éléments de preuve crédibles sur lesquels la juge saisie de la demande d’autorisation aurait pu se fonder pour décider de prononcer l’ordonnance de communication. Il y avait des éléments de preuve crédibles montrant que le courriel produit au procès sommaire et adressé au capitaine MacKinnon et à d’autres personnes était sensiblement différent de celui que le capitaine MacKinnon avait reçu. À lui seul, ce fait étaye la conclusion implicite de la juge qui a accordé l’autorisation quant à l’existence de motifs raisonnables de croire que l’infraction énoncée à l’article 137 du *Code criminel* avait été commise.

[97] En résumé, le juge siégeant en révision a commis une erreur de droit en déclarant l’ordonnance de communication invalide pour la simple raison que la date précisée dans la dénonciation comme étant la date de l’infraction était le 27 octobre 2011. À mon avis, il ne peut y avoir de règle de droit obligeant l’auteur d’une dénonciation à préciser la date de la fabrication pour obtenir une ordonnance de communication relativement à l’infraction visée à l’article 137 du *Code criminel*. En conséquence, la mention du 27 octobre 2011 à titre de date de l’infraction constituait une erreur. Surtout, il est possible de supprimer cette date sans que soit touchée la décision par laquelle la juge saisie de la demande d’autorisation a prononcé l’ordonnance de communication. Cela m’amène immédiatement au deuxième motif que le juge siégeant en révision a invoqué pour invalider l’ordonnance. Alors que la date précisée dans la dénonciation à titre de date de l’infraction est le 27 octobre 2011, pour des raisons inexplicées, l’ordonnance de communication renvoie au 17 octobre 2011. Encore là, l’erreur est manifeste au vu du dossier et n’a rien à voir avec la question de savoir si la juge qui a accordé l’autorisation était saisie d’éléments de preuve crédibles étayant l’existence de motifs raisonnables de croire qu’une infraction avait été commise.

[98] Le troisième motif que le juge siégeant en révision a invoqué pour invalider l’ordonnance de communication repose sur sa conclusion selon laquelle la dénonciation ne contenait aucun élément de preuve fiable montrant que

or data” within the meaning of paragraph 487.012(3)(c) of the *Criminal Code*. The essence of the provision is that the authorizing judge must be satisfied there are reasonable grounds to believe the person named in the ITO has possession or control of the data. In this case, the person so named is Mr. Engelberts. The reviewing judge concluded that while he had access to the requested e-mails, he did not “possess and control” any “e-mail account”. Rather possession and control rested with a “different entity”. Those conclusions rested on the fact that, on two separate occasions, Mr. Engelberts had to request permission to access the e-mail accounts: “Permission was needed for e-mails that were created for less than 30 days and also for e-mails that were created for more than 30 days.” This led the reviewing judge to hold: “Then, it is my conclusion that the [reviewing] judge could not issue the Production Order because there was no reliable evidence that might be reasonably believed for supporting the fact that Mr. Engelberts had possession or control of the data.” This leads one to ask a fundamental question: What is the degree of control or possession needed to satisfy the requirement set out in paragraph 487.012(3)(c) of the *Criminal Code*?

[99] The prosecution concedes that nowhere in the ITO does it explicitly state that Mr. Engelberts had “possession or control of the documents or data”. However, an authorizing judge: “... is entitled to draw reasonable inferences from stated facts and an informant is not obliged to underline the obvious (*Sanchez*, at paragraph 30).” The ITO in question made the authorizing judge aware of the following information. Prior to applying for the Production Order, MCpl Ferris spoke with Mr. Engelberts who is a “security officer” attached to “14 Wing Greenwood”. Mr. Engelberts indicated he could access any “Canadian Forces member’s Department of National Defence account” when served with a Production Order. Mr. Engelberts also stated a member’s account could be “disabled to the member” if the member’s Commanding Officer agreed. Capt Wright’s Commanding Officer so

« les documents ou données [étaient] en la possession de la personne en cause ou à sa disposition » au sens de l’alinéa 487.012(3)c) du *Code criminel*. Essentiellement, cette disposition prévoit que le juge saisi de la demande d’autorisation doit être convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire que les documents ou données sont en la possession de la personne nommée dans la dénonciation ou à sa disposition. Dans la présente affaire, la personne ainsi nommée est M. Engelberts. Le juge siégeant en révision a conclu que, même si celui-ci avait accès aux courriels demandés, il n’avait « en sa possession ou à sa disposition » aucun « compt[e] de courriel ». En réalité, les données en question étaient en la possession ou à la disposition d’une « entité différente ». Ces conclusions reposaient sur le fait que, à deux occasions distinctes, M. Engelberts a dû demander l’autorisation pour obtenir l’accès aux courriels : « L’autorisation a été demandée dans le cas des courriels créés depuis moins de 30 jours, et une autre autorisation a été nécessaire pour les courriels remontant à plus de 30 jours. » C’est ce qui a incité le juge siégeant en révision à tirer la conclusion suivante : « En conséquence, je conclus que la juge ne pouvait rendre l’ordonnance de [communication], parce qu’il n’existait aucun élément de preuve fiable permettant raisonnablement de croire que les données étaient en la possession ou à la disposition de M. Engelberts. » Cette conclusion soulève une question fondamentale : quel est le degré de possession ou d’accès nécessaire pour satisfaire à l’exigence énoncée à l’alinéa 487.012(3)c) du *Code criminel*?

[99] La poursuite admet qu’il n’est pas mentionné expressément dans la dénonciation que les documents ou données étaient en la possession de M. Engelberts ou à sa disposition. Cependant, le juge saisi de la demande d’autorisation [TRADUCTION] « [...] a le droit de tirer des inférences raisonnables à partir des faits énoncés et le dénonciateur n’est pas tenu de souligner ce qui est évident (*Sanchez*, au paragraphe 30) ». La dénonciation en question portait à la connaissance de la juge saisie de la demande d’autorisation les renseignements suivants. Avant de demander l’ordonnance de communication, la Cplc Ferris a parlé à M. Engelberts, qui est un [TRADUCTION] « agent de sécurité » rattaché à la [TRADUCTION] « 14<sup>e</sup> Escadre Greenwood ». M. Engelberts a fait savoir qu’il pourrait avoir accès au [TRADUCTION] « compte du ministère de la Défense nationale concernant tout membre

agreed and the account was disabled by the time the Production Order issued. MCpl Ferris concluded her ITO by stating that she believed that within Capt Wright's DND account, "held by Mr. Engelberts, 4 Hangar Ad Astra Way, 14 Wing Greenwood, N.S., BOP 1N0, there will be e-mails related to information that will assist in this investigation."

[100] In my respectful view, the authorizing judge had before her reasonable grounds to believe that Mr. Engelberts had "sufficient" possession or control with respect to the information being sought. On the other hand, the reviewing judge adopted a narrow interpretation of paragraph 487.012(3)(c) of the *Criminal Code*, one that effectively requires the authorizing judge to have reasonable grounds to believe the person named in the Production Order possesses an "unrestricted" or "unfettered" right of access to the information or data. The prosecution respectfully argued that if one follows the reviewing judge's reasoning down the path of logic, one would have expected MCpl Ferris to work her way through DND, beginning with the Minister, to determine who has the delegated and unrestricted authority to access the Department's servers. This situation is to be contrasted with the prosecution's argument that the statutory condition can be satisfied if there are reasonable grounds to believe the person named in the order has "sufficient" possession or control of the information being sought.

[101] As a matter of interpretation, one is forced to ask why the requirement of "unfettered" or "unrestricted" control or possession is necessary for purposes of issuing a Production Order. Correlatively, one has to ask what legislative purpose is achieved if a Production Order is invalidated because of the failure of the ITO to name a person with an unrestricted or unfettered right of access to information or data. The record before us does not

des Forces canadiennes » sur signification d'une ordonnance de communication. M. Engelberts a ajouté qu'il était possible de désactiver le compte d'un membre avec l'assentiment du commandant de celui-ci. Le commandant du Capt Wright a donné son assentiment et le compte était désactivé lorsque l'ordonnance de communication a été rendue. La Cplc Ferris a terminé sa dénonciation en affirmant qu'elle croyait que, dans le compte du MDN concernant le Capt Wright, [TRADUCTION] « détenu par M. Engelberts, Hangar 4, voie Ad Astra, 14<sup>e</sup> Escadre Greenwood, N.-É., BOP 1N0, se trouvent des courriels concernant des renseignements qui seront utiles pour la présente enquête ».

[100] À mon humble avis, la juge qui a accordé l'autorisation avait des motifs raisonnables de croire que le degré de possession ou d'accès de M. Engelberts était « suffisant » en ce qui concerne les renseignements recherchés. En revanche, le juge siégeant en révision a adopté une interprétation restrictive de l'alinéa 487.012(3)c) du *Code criminel*, c'est-à-dire une interprétation qui obligeait le juge saisi de la demande d'autorisation à avoir des motifs raisonnables de croire que la personne nommée dans l'ordonnance de communication possède un droit d'accès « illimité » ou « absolu » aux documents ou données. La poursuite a soutenu que, selon la logique du raisonnement invoqué par le juge siégeant en révision, la Cplc Ferris aurait dû mener une recherche approfondie au sein du MDN, en commençant par le ministre, pour savoir qui possédait le droit d'accès délégué et illimité aux serveurs du ministère. Cette obligation est bien différente de l'argument de la poursuite selon lequel il est possible de satisfaire à l'exigence du *Code criminel* lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que les renseignements visés par la demande sont en la possession de la personne nommée dans l'ordonnance ou à sa disposition à un degré « suffisant ».

[101] Sur le plan de l'interprétation, il faut se demander pourquoi il est nécessaire que le degré de possession ou d'accès soit « absolu » ou « illimité » pour qu'une ordonnance de communication puisse être rendue. Corollairement, il faut se demander quel est l'objet législatif atteint lorsqu'une ordonnance de communication est invalidée parce que la personne nommée dans la dénonciation n'a pas un droit d'accès illimité ou



provide an express or implicit answer to that question and I am at a loss to think of one. In my view, to insist that only those persons with unfettered or unrestricted access to the Department's servers should have been named in the ITO is to impose a condition precedent without a purpose. Moreover, Capt Wright advanced no argument that his rights were compromised when the ITO identified Mr. Engelberts as the person who would be performing the search.

[102] With great respect, the reviewing judge's implicit interpretation of paragraph 487.012(3)(c) of the *Criminal Code* reflects a rigid formalism which the law abandoned long ago. One need only turn to section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21 to confirm that understanding: "Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects." In my respectful view, there was ample evidence upon which the authorizing judge could find reasonable grounds to conclude that Mr. Engelberts had "sufficient" possession or control of the documents for which production was being sought, and, therefore, the spirit and intent of the legislation was respected. Correlatively, this leads me to conclude the reviewing judge erred in adopting a narrow interpretation of paragraph 487.012(3)(c) of the *Criminal Code*.

[103] Even if I am in error on this interpretative point, Capt Wright has not explained why, as a matter of policy, the Production Order should be declared invalid. After all, Mr. Engelberts did in fact retrieve the information being sought. In other words, even if the reviewing judge's interpretation of paragraph 487.012(3)(c) of the *Criminal Code* were accepted, I am not prepared to accept that mere breach of a statutory condition is a sufficient basis for invalidation. Surely, there must be some evidence of prejudice to the accused or a basis for drawing a reasonable inference of possible prejudice, based on the underlying facts. In the present case, there is neither evidence nor argument of prejudice. In my respectful view, that omission provides an additional

absolu aux documents ou données. Le dossier dont nous sommes saisis ne contient aucune réponse expresse ou implicite à cette question et, pour ma part, je n'en trouve aucune. À mon avis, exiger que seules les personnes ayant un droit d'accès absolu ou illimité aux serveurs du ministère soient nommées dans la dénonciation a pour effet d'imposer une condition préalable sans objet précis. De plus, le Capt Wright n'a nullement fait valoir que ses droits ont été compromis lorsque M. Engelberts a été nommé dans la dénonciation à titre de personne qui effectuerait la recherche.

[102] Avec égards, l'interprétation implicite que le juge siégeant en révision a donnée à l'alinéa 487.012(3)c) du *Code criminel* traduit un formalisme rigide qui a été abandonné depuis longtemps. C'est ce que nous rappelle l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, dont voici le libellé : « Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet. » À mon humble avis, il y avait de nombreux éléments de preuve qui permettaient à la juge saisie de la demande d'autorisation de conclure à l'existence de motifs raisonnables de croire que les documents dont la communication était demandée étaient en la possession ou à la disposition de M. Engelberts à un degré « suffisant », de sorte que l'esprit et l'intention du texte législatif ont été respectés. Corollairement, cela m'amène à conclure que le juge siégeant en révision a commis une erreur en adoptant une interprétation restrictive de l'alinéa 487.012(3)c) du *Code criminel*.

[103] Même si j'ai tort sur ce point d'interprétation, le Capt Wright n'a pas expliqué pourquoi, comme question de principe, l'ordonnance de communication devrait être déclarée invalide. Après tout, M. Engelberts a effectivement trouvé les renseignements demandés. En d'autres termes, même si l'interprétation que le juge siégeant en révision a donnée à l'alinéa 487.012(3)c) du *Code criminel* était retenue, je ne suis pas disposé à accepter que la simple violation d'une condition législative constitue une raison suffisante pour invalider l'ordonnance. À tout le moins, il doit y avoir des éléments de preuve établissant qu'un préjudice a été causé à l'accusé ou des raisons de tirer une inférence raisonnable quant à l'existence d'un préjudice potentiel, sur la foi des faits sous-jacents. Dans

ground for finding reversible error on the part of the reviewing judge.

[104] The fourth ground for invalidating the Production Order rests on the failure of the ITO to refer to the place where the e-mails were being stored (*i.e.*, the location of the servers) and to the retention periods for e-mails. In her amplification evidence, MCpl Ferris admitted that she knew about these matters and yet she made no reference to them in the ITO. The reviewing judge concluded non-disclosure of these matters was grounds for invalidating the Production Order. In my respectful view, the omission cannot be classified as “materially misleading” or even “factually incomplete” as those terms are understood in the jurisprudence. The omission would be significant if the information were somehow relevant to the issuance of the Order. However, neither the reviewing judge nor Capt Wright explained the relevance of the omitted information.

[105] It is important to recognize what this case is not about. This is not a case where the Production Order authorizes a search and seizure of a personal computer located at the home of the accused and instead the police seize the one found at the accused’s place of work. This is a case in which the police are seeking to access the computer records of the accused’s employer. It is an IT employee of the employer that is being obliged to conduct the search for the information identified in the Production Order. With great respect, the physical location where the employer stores its electronic information is of no moment when it comes to the decision which the authorizing judge in this case was required to make.

[106] I agree with the prosecution that the failure of MCpl Ferris to include the omitted information had no bearing on the issuance of the Production Order. Simply stated, the matters of server location and retention periods

la présente affaire, aucun élément de preuve ou argument n’a été présenté en ce sens. À mon humble avis, cette omission constitue une autre raison de conclure que le juge siégeant en révision a commis une erreur justifiant l’intervention de la Cour.

[104] Le quatrième motif que le juge siégeant en révision a invoqué pour invalider l’ordonnance de communication réside dans l’absence de mention, dans la dénonciation, de l’endroit où les courriels étaient conservés (c’est-à-dire l’emplacement des serveurs) ainsi que de la durée de la période de rétention des courriels en question. Au cours de son témoignage visant à étoffer sa preuve, la caporale-chef Ferris a admis qu’elle connaissait ces renseignements, mais qu’elle ne les a pas mentionnés dans la dénonciation. Le juge siégeant en révision a conclu que l’omission de divulguer ces éléments constituait une raison d’invalider l’ordonnance de communication. À mon humble avis, l’omission ne peut être considérée comme constituant des « renseignements trompeurs » ou une « lacune quant aux faits », selon le sens donné à ces expressions par la jurisprudence. L’omission serait importante si les renseignements ainsi omis étaient pertinents quant au prononcé de l’ordonnance. Cependant, ni le juge siégeant en révision ni le Capt Wright n’ont expliqué la pertinence des renseignements omis.

[105] Il est important de reconnaître ce sur quoi la présente affaire ne porte pas. Il ne s’agit pas ici d’une affaire où la police saisit un ordinateur trouvé au lieu de travail de l’accusé, alors que l’ordonnance de communication autorise la perquisition et la saisie d’un ordinateur situé au domicile de celui-ci. Il s’agit plutôt d’un cas où la police demande l’accès aux documents informatisés de l’employeur de l’accusé. C’est un employé des TI de l’employeur qui est tenu d’effectuer la fouille pour trouver les renseignements décrits dans l’ordonnance de communication. Avec égards, l’emplacement où l’employeur conserve ses données électroniques n’a aucune importance en ce qui concerne la décision que la juge saisie de la demande d’autorisation était appelée à rendre en l’espèce.

[106] Je suis d’accord avec la poursuite que l’omission de la Cplc Ferris d’inclure les renseignements en question n’avait aucune incidence sur le prononcé de l’ordonnance de communication. En termes simples, les

are extraneous to the legal task confronting the authorizing judge: to determine whether there was credible evidence on which to find reasonable and probable grounds to believe an offence had been committed and whether there were reasonable and probable grounds to believe the information being sought was within the possession and control of DND. With respect to those determinations, it should have made no difference whether the Department's servers were located in Greenwood, Nova Scotia or in Ottawa, Ontario, provided that Mr. Engelberts could access the relevant e-mails accounts. Correlatively, the matter of retention periods is of no substantive significance when it comes to issuance of the Production Order. In my respectful view, the reviewing judge erred in law in holding otherwise.

[107] Collectively and individually, the reasons which the reviewing judge advanced for holding the Production Order invalid are open to challenge on the ground they reflect a "line-by-line treasure hunt for error". More importantly, his ultimate finding that there was "no sufficient credible and reliable evidence" to permit the authorizing judge to find reasonable and probable grounds for believing an offence had been committed is infused with reversible error.

[108] This leaves for consideration the reviewing judge's finding that the search which Mr. Engelberts conducted was "abusive". This finding was based on the fact that Mr. Engelberts also retrieved e-mails outside the parameters of the Production Order. In addition to the documents listed in that Order, Mr. Engelberts provided related e-mails (Exhibits VD1-10 to VD1-15, inclusive). Upon receipt, MCpl Ferris did not notice that Mr. Engelberts had submitted more than requested. Based on "preponderance of probabilities", the reviewing judge summarily concluded the additional documents were obtained "in a manner that infringed [Captain Wright's] right to be secure against unreasonable seizures".

questions de l'emplacement du serveur et de la durée des périodes de rétention n'étaient nullement liées à la tâche juridique que devait accomplir de la juge saisie de la demande d'autorisation : déterminer s'il y avait des éléments de preuve crédibles permettant de conclure à l'existence de motifs raisonnables de croire qu'une infraction avait été commise et s'il y avait des motifs raisonnables de croire que les renseignements demandés étaient en la possession du MDN ou à sa disposition. Aux fins de la prise de ces décisions, le fait que les serveurs du ministère se trouvaient à Greenwood, en Nouvelle-Écosse, ou à Ottawa, en Ontario, n'avait pas la moindre importance, pourvu que M. Engelberts puisse avoir accès aux comptes de courriel pertinents. Corollairement, la question de la durée des périodes de rétention n'a pas vraiment d'importance aux fins du prononcé de l'ordonnance de communication. À mon humble avis, le juge siégeant en révision a commis une erreur de droit lorsqu'il a tiré une autre conclusion à ce sujet.

[107] Que ce soit ensemble ou séparément, les motifs que le juge siégeant en révision a invoqués pour déclarer invalide l'ordonnance de communication sont contestables, parce qu'ils traduisent une « chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur ». Surtout, la dernière conclusion du juge siégeant en révision, selon laquelle « il n'existait pas suffisamment d'éléments de preuve crédibles et fiables » permettant à la juge qui a accordé l'autorisation d'avoir des motifs raisonnables de croire qu'une infraction avait été commise, est entachée d'une erreur justifiant l'intervention de notre Cour.

[108] Il reste à examiner la conclusion du juge siégeant en révision selon laquelle la perquisition que M. Engelberts a effectuée était « abusive ». Cette conclusion était fondée sur le fait que M. Engelberts a également récupéré des courriels non visés par les paramètres de l'ordonnance de communication. En plus des documents mentionnés dans cette ordonnance, M. Engelberts a fourni des courriels connexes (pièces VD1-10 à VD1-15). Lorsqu'elle a reçu les documents, la Cplc Ferris n'a pas remarqué que M. Engelberts avait fourni davantage que ce qui avait été demandé. En se fondant sur la « prépondérance des probabilités », le juge siégeant en révision a conclu sommairement que les documents additionnels avaient été obtenus « d'une façon qui a porté atteinte au droit [du capitaine Wright] à la protection contre les saisies abusives ».

[109] In my respectful view, the reviewing judge erred in concluding the seizure was abusive. I should point out that intuitively one would think a finding of “abusive conduct” is a question of fact or, at best, a question of mixed fact and law. In this case, however, the finding raises a question of law. It is easiest to explain why the reviewing judge erred, and why the finding of abusive conduct raises a question of law, by reference to additional facts that have been outlined in these reasons.

[110] Under the Production Order, Mr. Engelberts was authorized to obtain all outgoing e-mails from Capt Wright, related to his DND account, and addressed to Maj Wosnitza and dated October 17, 2011. As it should happen, attached to those outgoing e-mails are the incoming e-mails from Maj Wosnitza. In short, the outgoing and incoming e-mails were really part of one document (a “conversation” so-to-speak). But it is important to note that at least one e-mail in each chain met the conditions specified in the Production Order. Indeed, had the prosecution failed to produce all of the e-mails in the chain, Capt Wright could have properly complained that evidence flowing from only the e-mails he had sent could be misleading if read out of context. What is equally troubling is the fact the so-called additional e-mails are peripherally related to the offence set out in section 137 of the *Criminal Code*. They are of the stuff one would expect in any employment context and, above all else, they do not contain any information that is of a personal nature and over which Capt Wright could expect a measure of privacy. In conclusion, in my respectful view there is no evidential foundation for the reviewing judge’s finding that the seizure was overly broad. If I am in error on this point, the reviewing judge should have ordered the surplus e-mails be expunged.

[111] In conclusion, the reviewing judge erred in finding a breach of the respondent’s rights under section 8 of the Charter. Accordingly, it is unnecessary to decide whether the evidence ought not to have been excluded

[109] À mon humble avis, le juge siégeant en révision a commis une erreur en concluant que la saisie était abusive. Je soulignerais que, bien que l’on puisse intuitivement penser qu’une conclusion de « conduite abusive » relève de la question de fait ou, au mieux, de la question mixte de fait et de droit, dans la présente affaire, elle soulève une question de droit. Il est plus facile d’expliquer pourquoi le juge siégeant en révision a commis une erreur et pourquoi la conclusion de conduite abusive soulève une question de droit en rappelant les faits additionnels qui ont été exposés dans les présents motifs.

[110] Selon l’ordonnance de communication, M. Engelberts était autorisé à obtenir tous les courriels sortants du Capt Wright qui étaient liés au compte que le MDN possédait à son sujet et qui étaient adressés au major Wosnitza et datés du 17 octobre 2011. À ces courriels sortants étaient joints, comme cela devrait être le cas, les courriels entrants du major Wosnitza. Bref, les courriels entrants et sortants faisaient partie, en réalité, d’un seul document (une « conversation », pour ainsi dire). Cependant, il est important de souligner qu’au moins un courriel de chaque chaîne respectait les conditions précisées dans l’ordonnance de communication. Effectivement, si la poursuite n’avait pas communiqué tous les courriels de la chaîne, le Capt Wright aurait pu soutenir à bon droit que les données provenant uniquement des courriels qu’il avait envoyés risquaient d’être trompeuses si elles étaient interprétées hors contexte. Qui plus est, les courriels supplémentaires en question sont liés de façon accessoire à l’infraction énoncée à l’article 137 du *Code criminel*, ce qui est tout aussi troublant. Ils font partie du type de documents qu’il est normal de voir dans un contexte d’emploi et, surtout, ils ne renferment aucun renseignement de nature personnelle à l’égard duquel le Capt Wright pourrait avoir une certaine attente en matière de vie privée. En conclusion, je suis d’avis que la décision du juge siégeant en révision selon laquelle la saisie était trop large ne reposait sur aucun élément de preuve. Si j’ai tort sur ce point, le juge siégeant en révision aurait dû ordonner le retrait des courriels excédentaires en question.

[111] En conclusion, le juge siégeant en révision a commis une erreur en concluant à une atteinte aux droits que l’article 8 de la Charte garantit à l’intimé. En conséquence, il n’est pas nécessaire de décider si les éléments

under subsection 24(2). I would allow the appeal and set aside the decision of the reviewing judge so as to allow a new trial on all charges.

[112] Section subsection 245(2) of the NDA provides for a right of appeal to the Supreme Court, without leave, on any question of law on which a judge of the Court Martial Appeal Court dissents. Mirroring section 677 of the *Criminal Code*, subrule 35(4.1) of the *Court Martial Appeal Court Rules*, (SOR/86-959), states that where there is a dissenting opinion on a question of law, the grounds for the dissent shall be specified in the judgment issued by the Court. I have identified the following questions of law: (1) Within the context of section 137 of the *Criminal Code*, is it necessary to specify in the ITO a date of fabrication and, if not, does the fact that both the ITO and Production Order refer to an erroneous date invalidate the latter?; (2) Does paragraph 487.012(3)(c) of the *Criminal Code* require evidence that the person named in the ITO has an “unrestricted” or “unfettered” right of access to the information being sought?; (3) Is the failure to disclose in the ITO the physical location of the employer’s servers, on which e-mail information is stored, and the retention period for e-mails so stored, a valid basis for setting aside the Production Order?; and (4) Is a search for emails “abusive” because attached to the email being sought are the related emails that form part of “the chain” of conversation? I have answered “no” to all four questions.

de preuve auraient dû être exclus ou non au titre du paragraphe 24(2). J’accueillerais l’appel et j’annulerais la décision du juge siégeant en révision afin de permettre la tenue d’un nouveau procès sur toutes les accusations.

[112] Le paragraphe 245(2) de la LDN prévoit un droit d’appel à la Cour suprême du Canada, sans autorisation, sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la Cour d’appel de la cour martiale exprime une opinion dissidente. Calquant l’article 677 du *Code criminel*, le paragraphe 35(4.1) des *Règles de la Cour d’appel de la cour martiale*, DORS/86-959, dispose que, si la dissidence est fondée en tout ou en partie sur une question de droit, le jugement de la Cour en énonce les motifs. J’ai relevé les questions de droit suivantes : 1) Dans le contexte de l’article 137 du *Code criminel*, est-il nécessaire de préciser la date de la fabrication dans la dénonciation et, dans la négative, le fait que la dénonciation et l’ordonnance de communication renvoient toutes les deux à une date erronée a-t-il pour effet d’invalider l’ordonnance en question? 2) L’alinéa 487.012(3)c) du *Code criminel* exige-t-il une preuve montrant que la personne nommée dans la dénonciation a un droit d’accès « illimité » ou « absolu » aux renseignements demandés? 3) L’omission de mentionner, dans la dénonciation, l’emplacement physique des serveurs de l’employeur sur lesquels les courriels sont conservés et la durée de la période de rétention des courriels en question constitue-t-elle une raison valable d’annuler l’ordonnance de communication? 4) La perquisition visant certains courriels est-elle « abusive » du fait que les courriels connexes qui font partie de la « chaîne » de la conversation sont joints aux courriels demandés? J’ai répondu « non » aux quatre questions.