

Nour Marakah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Alberta,
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy
and Public Interest Clinic, Criminal Lawyers’
Association of Ontario, British Columbia
Civil Liberties Association and Canadian
Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MARAKAH

2017 SCC 59

File No.: 37118.

2017: March 23; 2017: December 8.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Gascon, Côté and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Standing — Search and seizure — Evidence — Admissibility — Text messages — Mobile devices of accused and accomplice seized and searched without warrant — Whether accused has reasonable expectation of privacy in text message conversation recovered on accomplice’s device and therefore standing to challenge search and admission of evidence — Whether guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms protects text messages recovered on recipient’s device — Whether evidence should be excluded under s. 24(2) of Charter — If so, whether curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applies — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Nour Marakah *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales,
procureur général de la Colombie-Britannique,
procureur général de l’Alberta,
Clinique d’intérêt public et de politique
d’internet du Canada Samuelson-Glushko,
Criminal Lawyers’ Association of Ontario,
British Columbia Civil Liberties Association
et Association canadienne des libertés
civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MARAKAH

2017 CSC 59

N° du greffe : 37118.

2017 : 23 mars; 2017 : 8 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Qualité pour agir — Fouilles, perquisitions et saisies — Preuve — Admissibilité — Messages textes — Saisie et fouille sans mandat des appareils mobiles de l’accusé et de son complice — L’accusé a-t-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard d’une conversation par message texte récupérée à partir de l’appareil du complice et, en conséquence, qualité pour contester la recherche et l’admission d’éléments de preuve? — La protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie à l’art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés vise-t-elle les messages textes récupérés à partir de l’appareil du destinataire? — Y a-t-il lieu d’écarter les éléments de preuve en application de l’art. 24(2) de la Charte? — Dans l’affirmative, la disposition réparatrice de l’art. 686(1)(b)(iii) du Code criminel s’applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

M sent text messages to an accomplice, W, regarding illegal transactions in firearms. The police obtained warrants to search his home and that of W. They seized M's BlackBerry and W's iPhone, searched both devices, and found incriminating text messages. They charged M and sought to use the text messages as evidence against him. At trial, M argued that the messages should not be admitted against him because they were obtained in violation of his s. 8 *Charter* right against unreasonable search or seizure. The application judge held that the warrant for M's home was invalid and that the text messages recovered from his BlackBerry could not be used against him, but that M had no standing to argue that the text messages recovered from W's iPhone should not be admitted against M. The judge admitted the text messages and convicted M of multiple firearms offences. A majority of the Court of Appeal agreed that M could have no expectation of privacy in the text messages recovered from W's iPhone, and hence did not have standing to argue against their admissibility.

Held (Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the convictions set aside and acquittals entered.

Per McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis and Gascon JJ.: Text messages that have been sent and received can, in some cases, attract a reasonable expectation of privacy and therefore can be protected against unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*. Whether a claimant had a reasonable expectation of privacy must be assessed in the totality of the circumstances. To claim s. 8 protection, claimants must establish that they had a direct interest in the subject matter of the search, that they had a subjective expectation of privacy in that subject matter and that their subjective expectation of privacy was objectively reasonable. Only if a claimant's subjective expectation of privacy was objectively reasonable will the claimant have standing to argue that the search was unreasonable. However, standing is merely the opportunity to argue one's case. It does not follow that the accused's argument will succeed, or that the evidence will be found to violate s. 8.

M a envoyé à un complice, W, des messages textes à propos d'opérations illégales impliquant des armes à feu. Les policiers ont obtenu des mandats pour perquisitionner chez lui et chez W. Ils ont saisi le BlackBerry de M et l'iPhone de W, fouillé les deux appareils et découvert des messages textes incriminants. Ils ont porté des accusations contre M et tenté de se servir des messages textes comme preuves contre lui. Au procès, M a soutenu que les messages ne devraient pas être admis en preuve contre lui parce qu'ils ont été obtenus en violation du droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Le juge des requêtes a statué que le mandat de perquisition exécuté au domicile de M était invalide et que les messages textes récupérés à partir de son BlackBerry ne pouvaient être utilisés contre lui, mais que M n'avait pas qualité pour faire valoir que les messages textes récupérés de l'iPhone de W ne devraient pas être admis en preuve contre lui. Le juge a admis en preuve les messages textes et déclaré M coupable de multiples infractions liées aux armes à feu. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont convenu que M ne pouvait pas s'attendre au respect de sa vie privée à l'égard des messages textes récupérés à partir de l'iPhone de W et, partant, qu'il n'avait pas qualité pour s'opposer à leur admissibilité en preuve.

Arrêt (les juges Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et des acquittements y sont substitués.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis et Gascon : Certains messages textes envoyés et reçus peuvent susciter une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée et, par conséquent, bénéficier de la protection qu'offre l'art. 8 de la *Charte* contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives. Le caractère raisonnable des attentes d'une personne au respect de sa vie privée dépend de l'ensemble des circonstances. Pour se réclamer de la protection de l'art. 8, le demandeur doit démontrer qu'il avait un intérêt direct dans l'objet de la fouille, qu'il s'attendait subjectivement au respect de sa vie privée à l'égard de cet objet et que son attente subjective au respect de sa vie privée était objectivement raisonnable. Ce n'est que si l'attente subjective du demandeur au respect de sa vie privée était objectivement raisonnable que le demandeur aura qualité pour soutenir que la fouille était abusive. Cependant, la qualité pour agir ne confère que la possibilité de faire valoir son point de vue. Cela ne veut pas dire pour autant que l'argument de l'accusé sera retenu ou que la preuve sera jugée contraire à l'art. 8.

With a text message, the subject matter of the search is the electronic conversation between the sender and the recipient(s). This includes the existence of the conversation, the identities of the participants, the information shared, and any inferences about associations and activities that can be drawn from that information. The subject matter is not the copy of the message stored on the sender's device, the copy stored on a service provider's server, or the copy received on the recipient's device that the police are after; it is the electronic conversation itself, not its components.

A number of factors may assist in determining whether it was objectively reasonable to expect privacy in different circumstances, including: (1) the place where the search occurred whether it be a real physical place or a metaphorical chat room; (2) the private nature of the subject matter, that is whether the informational content of the electronic conversation revealed details of the claimant's lifestyle or information of a biographic nature; and (3) control over the subject matter.

Control is not an absolute indicator of a reasonable expectation of privacy, nor is lack of control fatal to a privacy interest. It is only one factor to be considered in the totality of the circumstances. Control must be analyzed in relation to the subject matter of the search, which in this case was an electronic conversation. Individuals exercise meaningful control over the information that they send by text message by making choices about how, when, and to whom they disclose the information. An individual does not lose control over information for the purposes of s. 8 of the *Charter* simply because another individual possesses it or can access it. Nor does the risk that a recipient could disclose an electronic conversation negate a reasonable expectation of privacy in an electronic conversation. Therefore, even where an individual does not have exclusive control over his or her personal information, only shared control, he or she may yet reasonably expect that information to remain safe from state scrutiny.

In this case, M had a reasonable expectation of privacy in the text messages recovered from W's iPhone. First, the subject matter of the alleged search was the electronic conversation between M and W, not W's iPhone, from which the text messages were recovered. Second, M had

Dans le cas d'un message texte, l'objet de la fouille est la conversation électronique entre l'expéditeur et le ou les destinataires. Cela englobe l'existence de la conversation, l'identité des participants, les renseignements échangés, ainsi que toute inférence que l'on peut tirer de ces renseignements quant aux fréquentations et aux activités des participants. L'objet n'est ni la copie du message stocké à l'intérieur de l'appareil de l'expéditeur, ni la copie stockée sur le serveur du fournisseur de services, ni celle reçue par l'appareil du destinataire que les policiers recherchent; c'est la conversation elle-même et non ses composantes.

Plusieurs facteurs peuvent aider à décider s'il était objectivement raisonnable de s'attendre au respect de la vie privée dans diverses circonstances, notamment : (1) le lieu fouillé, qu'il s'agisse d'un lieu physique réel ou d'un salon de cyberbavardage métaphorique; (2) le caractère privé de l'objet de la fouille, autrement dit la question de savoir si le contenu informatif de la conversation électronique a révélé des détails au sujet du mode de vie du demandeur ou des renseignements de nature biographique; (3) le contrôle du demandeur sur l'objet de la fouille.

Le contrôle n'est pas un indicateur absolu de l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, pas plus que l'absence de contrôle ne porte un coup fatal à la reconnaissance d'un intérêt en matière de vie privée. Il n'est qu'un facteur à prendre en considération parmi l'ensemble des circonstances. Il faut analyser le contrôle par rapport à l'objet de la fouille, en l'occurrence une conversation électronique. Les particuliers exercent un véritable contrôle sur l'information qu'ils envoient par message texte en décidant de la manière dont ils la divulguent ainsi que du moment où ils le font et à qui ils la divulguent. Une personne ne perd pas le contrôle de renseignements pour l'application de l'art. 8 de la *Charte* uniquement parce que quelqu'un d'autre les possède ou peut les consulter. Le risque qu'un destinataire divulgue une conversation électronique n'exclut pas non plus une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard de cette conversation. Ainsi, même lorsqu'une personne n'exerce qu'un contrôle partagé, et non un contrôle exclusif, sur ses renseignements personnels, elle peut malgré tout s'attendre raisonnablement à ce que ces renseignements soient à l'abri du regard scrutateur de l'État.

En l'espèce, M avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée en ce qui a trait aux messages textes récupérés à partir de l'iPhone de W. En premier lieu, l'objet de la prétendue fouille était la conversation électronique que M avait eue avec W, non l'iPhone de W à

a direct interest in that subject matter. He was a participant in that electronic conversation and the author of the particular text messages introduced as evidence against him. Third, he subjectively expected the conversation to remain private. M testified that he asked W numerous times to delete the text messages from his iPhone. Fourth, his subjective expectation was objectively reasonable. Each of the three factors relevant to objective reasonableness in this case support this conclusion. If the place of the search is viewed as a private electronic space accessible by only M and W, M's reasonable expectation of privacy is clear. If the place of the search is viewed as W's phone, this reduces, but does not negate, M's expectation of privacy. The mere fact of the electronic conversation between the two men tended to reveal personal information about M's lifestyle; namely, that he was engaged in a criminal enterprise. In addition, M exercised control over the informational content of the electronic conversation and the manner in which information was disclosed. The risk that W could have disclosed it, if he chose to, does not negate the reasonableness of M's expectation of privacy. Therefore, M has standing to challenge the search and the admission of the evidence of the text messages recovered from W's iPhone. This conclusion is not displaced by policy concerns. There is nothing in the record to suggest that the justice system cannot adapt to the challenges of recognizing that some electronic conversations may engage s. 8 of the *Charter*. Moreover, different facts may well lead to a different result.

The Crown concedes that if M had standing the search was unreasonable. The text messages are thus presumptively inadmissible against him, subject to s. 24(2) of the *Charter*. In considering whether this evidence should be excluded under s. 24(2), society's interest in the adjudication of M's case on its merits is significant. The text messages offer highly reliable and probative evidence in the prosecution of a serious offence and their exclusion would result in the absence of evidence by which M could be convicted. This favours admission. However, the police conduct in accessing and searching the electronic conversation through W's iPhone without a warrant two hours after his arrest was sufficiently serious to favour the exclusion of the evidence. This breached s. 8 of the *Charter* not

partir duquel les messages textes ont été récupérés. En deuxième lieu, M avait un intérêt direct dans l'objet de la fouille. Il était un des participants de cette conversation électronique et il était l'auteur des messages textes qui ont été déposés comme preuves contre lui. En troisième lieu, il s'attendait subjectivement à ce que la conversation demeure privée. M a témoigné avoir demandé maintes fois à W de supprimer les messages textes de son iPhone. En quatrième lieu, son attente subjective était objectivement raisonnable. Les trois facteurs pertinents quant au caractère objectivement raisonnable de l'attente en l'espèce militent tous en faveur de cette conclusion. Si l'on considère que le lieu de la fouille était un espace électronique privé auquel n'avaient accès que M et W, l'attente raisonnable de M au respect de sa vie privée est limpide. Si, en revanche, on considère que le lieu de la fouille était le téléphone de W, cela réduit, sans toutefois exclure, l'attente de M au respect de sa vie privée. La simple existence de la conversation électronique entre les deux hommes tendait à dévoiler des renseignements personnels sur le mode de vie de M, à savoir son implication dans une entreprise criminelle. En outre, M a exercé un contrôle sur le contenu informationnel de la conversation électronique et la manière dont les renseignements ont été divulgués. Le risque que W les ait divulgués, s'il avait décidé de le faire, ne rend pas déraisonnable l'attente de M au respect de sa vie privée. M a donc qualité pour contester la fouille ainsi que l'admission des éléments de preuve constitués des messages textes récupérés à partir de l'iPhone de W. Cette conclusion n'est pas écartée par des préoccupations d'ordre public. Rien dans le dossier ne laisse croire que le système de justice ne peut s'adapter aux difficultés engendrées par la reconnaissance de la possibilité que certaines conversations électroniques fassent intervenir l'art. 8 de la *Charte*. En outre, des faits différents pourraient fort bien aboutir à un résultat différent.

Si M avait qualité pour agir, la Couronne admet que la fouille était abusive. Les messages textes sont par conséquent présumés inadmissibles en preuve contre lui, sous réserve du par. 24(2) de la *Charte*. L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond est important lorsque vient le temps de décider si ces éléments de preuve doivent être écartés en application du par. 24(2). Les messages textes recèlent des éléments de preuve très fiables et très probants lors de la poursuite d'une infraction grave et leur exclusion entraînerait l'absence de preuve permettant de conclure à la culpabilité de M. Cela milite en faveur de l'admission en preuve des messages, mais les actes commis par les policiers en prenant connaissance de la conversation électronique et en la cherchant par le biais

only because of the extent of the search, but also because of its timing. On the application judge's findings, this simply was not a search incident to arrest. In addition, the police conduct had a substantial impact on M's *Charter*-protected privacy interest in the electronic conversation. On balance, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. It must therefore be excluded under s. 24(2).

Without the erroneously admitted evidence obtained from W's iPhone, M would have been acquitted. He was convicted instead. To allow that conviction to stand would be a miscarriage of justice. Therefore, the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* does not apply.

Per Rowe J.: The approach based on the totality of circumstances set out by the majority with respect to the existence of a reasonable expectation of privacy accords with the jurisprudence of the Court. The technological means by which we communicate continue to change. An approach based on the totality of circumstances responds to such change because the broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 of the *Charter* is meant to keep pace with technological development. Applying that approach to the facts of this case, M has standing to challenge the search. The modalities of texting inherently limited M in his capacity to exercise control over the record of his text message conversation with W. This alone should not be fatal to M's reasonable expectation of privacy. Although the concerns raised by the minority are shared, those concerns do not arise on the facts of this case.

Per Moldaver and Côté JJ. (dissenting): M did not have a reasonable expectation of personal privacy in his text message conversations with W and therefore, M lacked standing to challenge the search of W's phone under s. 8 of the *Charter*. Both legal and policy considerations lead to this conclusion. From a legal standpoint, the reasonableness of a person's expectation of privacy depends on the nature and strength of that person's connection to the subject matter of the search. This connection must be examined by looking at the totality of the circumstances in

de l'iPhone de W sans mandat deux heures après son arrestation étaient suffisamment graves pour privilégier l'exclusion des éléments de preuve. Ces actes violaient l'art. 8 de la *Charte* non seulement en raison de l'étendue de la fouille, mais aussi à cause du moment où elle a eu lieu. Il ressort des conclusions du juge des requêtes qu'il ne s'agissait tout simplement pas d'une fouille accessoire à une arrestation. De plus, la conduite des policiers a eu une grande incidence sur le droit de M au respect de sa vie privée reconnu par la *Charte* dans la conversation électronique. Tout bien considéré, l'admission en preuve des éléments en question déconsidérerait l'administration de la justice. Ils doivent par conséquent être exclus en application du par. 24(2).

Sans les éléments de preuve récupérés de l'iPhone de W qui ont été admis à tort en preuve, M aurait été acquitté au lieu d'être déclaré coupable. Confirmer cette déclaration de culpabilité constituerait une erreur judiciaire. La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne s'applique donc pas.

Le juge Rowe : L'approche reposant sur l'ensemble des circonstances qu'énonce la majorité quant à l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée est conforme à la jurisprudence de la Cour. Les moyens technologiques par lesquels nous communiquons continuent de changer. Une approche fondée sur l'ensemble des circonstances répond à ce changement parce que le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* doit évoluer au rythme des progrès technologiques. L'application de cette approche aux faits de l'espèce a pour résultat que M a qualité pour contester la fouille. Les modalités du textage limitaient de par leur nature même la capacité de M d'exercer un contrôle sur l'historique de la conversation qu'il avait eue par message texte avec W. Ce fait ne doit pas, à lui seul, être fatal à l'attente raisonnable de M au respect de sa vie privée. Bien que les préoccupations exprimées par la minorité soient partagées, elles ne se posent pas au vu des faits de l'espèce.

Les juges Moldaver et Côté (dissidents) : M n'avait pas d'attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations qu'il avait par message texte avec W et, partant, il n'avait pas qualité pour contester la fouille du téléphone de W en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Des considérations juridiques et de politique générale mènent à cette conclusion. Sur le plan juridique, le caractère raisonnable de l'attente d'une personne au respect de sa vie privée dépend de la nature et de la solidité du lien de cette personne avec l'objet de la

a particular case. Control over the subject matter of the search in the circumstances is a crucial factor in assessing an individual's personal connection to it.

Control does not need to be exclusive. While a lack of exclusive control may diminish the strength of a reasonable expectation of privacy, it does not necessarily eliminate it. However, recognizing a reasonable expectation of privacy in the face of a total absence of control is both unprecedented and antithetical to the notion of personal privacy. Therefore, a total absence of control is a compelling indicator that an expectation of personal privacy is unreasonable, and that the individual does not have standing to challenge the search.

In addition, control need not be direct. A reasonable expectation of privacy will likely arise where a claimant exercises personal control over the subject matter in issue, as in the case of one's home, possessions and body. However, under a functional approach, constructive control may suffice to ground a reasonable expectation of personal privacy in other contexts, including a legal, professional or commercial relationship.

In this case, the subject matter of the search is the text message conversations between M and W. Those conversations were accessed by police after they had been received on W's phone. The conversations were not intercepted by police during the transmission process, and they were not accessed on M's phone. These are important contextual distinctions that show that M had no control over the subject matter of the search in the circumstances of this case. Rather, W had exclusive control over the text message conversations on his phone. W was free to disclose them to anyone he wished, at any time and for any purpose. To conclude that M had a reasonable expectation of personal privacy in those conversations on W's phone despite his total lack of control over them severs the interconnected relationship between privacy and control that has long formed part of the Court's s. 8 jurisprudence. It is equally at odds with the fundamental principle that individuals can and will share information as they see fit in a free and democratic society.

fouille. Il faut examiner le lien en question en étudiant l'ensemble des circonstances dans un cas donné. Le contrôle sur l'objet de la fouille dans les circonstances est un facteur crucial quand il s'agit d'évaluer le lien personnel d'un individu avec cet objet.

Il n'est pas nécessaire que le contrôle soit exclusif. Bien que l'absence de contrôle exclusif puisse réduire la force de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, elle ne l'élimine pas nécessairement. Cependant, reconnaître l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée alors qu'il y a absence complète de contrôle est à la fois sans précédent et à l'opposé de la notion de vie privée personnelle. Par conséquent, l'absence de tout contrôle indique de manière convaincante qu'une attente en matière de respect de la vie privée personnelle est déraisonnable et que l'intéressé n'a pas qualité pour contester la fouille ou la perquisition.

En outre, il n'est pas nécessaire que le contrôle soit direct. Une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée prendra vraisemblablement naissance si le demandeur exerce un contrôle personnel sur l'objet en cause, comme on le fait à l'égard de sa maison, de ses biens et de son corps. Toutefois, selon l'approche fonctionnelle, l'exercice d'un contrôle imputé pourrait suffire à fonder une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle dans d'autres contextes, notamment une relation juridique, professionnelle ou commerciale.

En l'espèce, la fouille vise les conversations par message texte entre M et W. Les policiers ont pris connaissance de ces conversations après leur réception sur le téléphone de W. Les conversations n'ont pas été interceptées par la police durant leur transmission, ni n'ont été obtenues par le biais du téléphone de M. Ce sont d'importantes différences contextuelles qui démontrent que M n'exerçait aucun contrôle sur l'objet de la fouille dans les circonstances de l'espèce. En effet, W exerçait un contrôle exclusif sur les conversations par message texte dans son téléphone. W était libre de les divulguer à qui bon lui semblait, en tout temps et à toute fin. Conclure que M avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations par message texte malgré son absence totale de contrôle sur celles-ci rompt l'interconnexion entre la vie privée et le contrôle qui fait depuis longtemps partie de la jurisprudence de la Cour sur l'art. 8. En outre, cette conclusion va à l'encontre de la proposition fondamentale suivant laquelle, dans une société libre et démocratique, les gens peuvent communiquer, et communiqueront, les renseignements qu'ils jugent à propos de communiquer.

The risks of state access and public access are not distinct for the purposes of the reasonable expectation of privacy test. If an expectation of personal privacy is unreasonable against the public, then it is also unreasonable against the state. If M assumed the risk of W allowing the public to access his text message conversations, then M assumed the risk of the police also accessing it.

The majority's approach to the reasonable expectation of privacy analysis in this case suffers from three notable shortcomings. First, it does not determine where the search actually occurred, despite maintaining that the strength of M's expectation of privacy will vary depending on the place of the search. Without knowing whether the place of the search is a metaphorical chat room or W's physical phone, courts have no way of knowing how to assess the strength of M's expectation of privacy. This uncertainty will have serious implications when courts must assess the impact of an unlawful search on a claimant's s. 8 right for the purposes of a s. 24(2) *Charter* analysis.

Second, although the majority purports to confine its finding of a reasonable expectation of privacy to the circumstances of this case, applying its framework leads to only two possible conclusions. Either all participants to text message conversations enjoy a reasonable expectation of privacy, or criminal justice stakeholders, including trial and appellate judges, are left to decipher on a case-by-case basis — without any guidance — whether a claimant has standing to challenge the search of an electronic conversation. To hold that everyone has a reasonable expectation of privacy in text message conversations when those conversations are on another person's phone effectively eradicates the principle of standing and renders it all but meaningless. As such, under the majority's all-encompassing approach to standing, even a sexual predator who lures a child into committing sexual acts and then threatens to kill the child if he or she tells anyone will retain a reasonable expectation of privacy in the text message conversations on the child's phone. It is hard to think of anything more unreasonable. In the alternative, it is highly unsatisfactory to leave criminal justice stakeholders to guess when and under what

Le risque que l'État prenne connaissance de renseignements et le risque que le public en prenne connaissance ne diffèrent pas pour l'application du critère de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Si une attente en matière de respect de la vie privée est déraisonnable par rapport au public, elle l'est aussi vis-à-vis de l'État. Si M a supporté le risque que W permette au public de consulter ses conversations par message texte, alors il a supporté le risque que les policiers les obtiennent eux aussi.

La manière dont la majorité conçoit l'analyse de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en l'espèce souffre de trois lacunes importantes. Premièrement, la majorité n'établit pas où la fouille s'est effectivement déroulée même si elle soutient que la solidité de l'attente de M au respect de sa vie privée varie selon le lieu de la fouille. Ne sachant pas si le lieu de la fouille est un salon de cyberbavardage métaphorique ou le téléphone physique de W, les tribunaux n'ont aucun moyen de savoir comment évaluer la solidité de l'attente de M au respect de sa vie privée. Cette incertitude sera lourde de conséquences quand les tribunaux devront évaluer les répercussions d'une fouille illégale sur le droit garanti au demandeur par l'art. 8 pour les besoins de l'analyse relative au par. 24(2) de la *Charte*.

Deuxièmement, bien que la majorité prétende restreindre aux circonstances de l'espèce sa conclusion qu'il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, l'application de son cadre d'analyse ne mène qu'à deux conclusions possibles. Soit tous les participants à des conversations par message texte jouissent d'une attente raisonnable au respect de leur vie privée, soit les intervenants de la justice criminelle, notamment les juges de première instance et juges d'appel, en sont réduits à deviner au cas par cas — sans aucune indication — si le demandeur a qualité pour contester la recherche d'une conversation électronique. Conclure que tout le monde conserve une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des conversations par message texte enregistrées dans le téléphone d'une autre personne supprime dans les faits le principe de la qualité pour agir et le rend pour ainsi dire inutile. Par conséquent, d'après la manière très large dont la majorité aborde la qualité pour agir, même le prédateur sexuel qui induit un enfant à commettre des actes sexuels et qui menace ensuite de le tuer s'il parle à qui que ce soit conservera une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux

circumstances electronic messages will not attract a reasonable expectation of privacy.

Third, from a policy standpoint, granting M standing in these circumstances vastly expands the scope of persons who can bring a s. 8 challenge. The majority adopts an approach to s. 8 that has no ascertainable bounds and threatens a sweeping expansion of s. 8 standing. This carries with it a host of foreseeable consequences that will add to the complexity and length of criminal trial proceedings and place even greater strains on a criminal justice system that is already overburdened. Worse yet, expanding the scope of persons who can bring a s. 8 challenge risks disrupting the delicate balance that s. 8 strives to achieve between privacy and law enforcement interests, particularly in respect of offences that target the most vulnerable members of our society. Although these consequences are not determinative of the reasonableness of M's expectation of privacy, their cumulative effect weighs heavily in favour of denying him standing.

Denying M standing does not however grant the police immunity from s. 8 of the *Charter*. Where, as here, the police activity amounts to a search or seizure, it remains subject to s. 8 and a particular claimant's standing should not be mistaken as the exclusive means of enforcement. Another claimant may have standing to bring a s. 8 challenge against the search or seizure in his or her own criminal trial, or to bring a claim for *Charter* damages. Moreover, even where s. 8 standing is denied, ss. 7 and 11(d) of the *Charter* offer residual protection that can, in certain circumstances, provide a claimant with an alternative route to challenge the propriety of police conduct in the course of a search or seizure. This ensures that the effects of the standing requirement are not exploited by the police as a loophole in *Charter* protection.

This is not a case in which it is appropriate to exercise the residual discretion to exclude evidence under ss. 7 and

conversations par message texte sur le téléphone de l'enfant. Il est difficile d'imaginer quelque chose de plus déraisonnable. À titre subsidiaire, le fait que les intervenants de la justice criminelle en soient réduits à deviner quand et dans quelles circonstances les messages électroniques ne susciteront pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée est fort insatisfaisant.

Troisièmement, sur le plan de la politique générale, reconnaître à M la qualité pour agir dans les circonstances étend considérablement l'éventail des personnes habiles à présenter une contestation fondée sur l'art. 8. Les juges majoritaires abordent l'art. 8 d'une manière qui a des contours indéfinissables et risque d'élargir considérablement la qualité pour agir en vertu de l'art. 8. Cette approche comporte son lot de conséquences prévisibles qui compliqueront et prolongeront les procès criminels, en plus d'exercer des pressions encore plus fortes sur un système de justice pénale déjà surchargé. Pire encore, étendre l'éventail des personnes habiles à présenter une contestation fondée sur l'art. 8 risque de perturber l'équilibre délicat que cet article vise à atteindre entre le droit au respect de la vie privée et l'intérêt à appliquer la loi, surtout dans le cas des infractions ciblant les membres les plus vulnérables de notre société. Bien que ces conséquences ne soient pas déterminantes quant au caractère raisonnable de l'attente de M au respect de sa vie privée, leur effet cumulatif milite fortement en faveur du refus de lui accorder la qualité pour agir.

Le fait de refuser à M la qualité pour agir ne met toutefois pas la police à l'abri de l'art. 8 de la *Charte*. Lorsque, comme en l'espèce, l'activité policière constitue une fouille, une perquisition ou une saisie, elle demeure assujettie à l'art. 8 et la qualité pour agir d'un demandeur en particulier ne doit pas être prise pour l'unique moyen de faire respecter les droits. Un autre demandeur pourrait avoir qualité pour présenter une contestation fondée sur l'art. 8 à l'encontre d'une fouille, perquisition ou saisie dans son propre procès criminel, ou pour présenter une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. De plus, même lorsque la qualité pour présenter une contestation fondée sur l'art. 8 est refusée, l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* offrent une protection résiduelle qui peut, dans certaines circonstances, permettre à un demandeur d'emprunter une autre voie pour contester le bien-fondé de la conduite policière au cours d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Cela permet d'éviter que les policiers se servent des répercussions de l'exigence de la qualité pour agir comme d'une faille dans la protection accordée par la *Charte*.

Il ne s'agit pas d'un cas où il convient d'exercer le pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter des éléments de

11(d) of the *Charter*. The application judge found that the searches of the text message conversations stored on the phones of M and W both infringed s. 8 of the *Charter*. As neither claimant had standing to challenge the search of the other's phone, evidence of those text message conversations was admissible against both M and W. It has not been suggested that the police conduct giving rise to it was a product of design. Nor do the application judge's findings indicate that the police engaged in deliberate *Charter* evasion or serious misconduct in the course of either search. In these circumstances, there is no basis to conclude that the fairness of M's trial was tainted by the admission of the record of the conversations obtained in the search of W's phone.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **distinguished:** *R. v. C. (W.B.)* (2000), 142 C.C.C. (3d) 490, aff'd 2001 SCC 17, [2001] 1 S.C.R. 530; **referred to:** *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Wildman*, [1984] 2 S.C.R. 311; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. James*, 2011 ONCA 839, 283 C.C.C. (3d) 212.

By Rowe J.

Referred to: *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R.

preuve que confèrent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Le juge des requêtes a conclu que les recherches des conversations par message texte conservées dans les téléphones de M et de W violaient toutes les deux l'art. 8 de la *Charte*. Comme aucun des demandeurs n'avait qualité pour contester la fouille du téléphone de l'autre, la preuve de ces conversations par message texte était recevable à la fois contre M et W. Personne n'a laissé entendre que la conduite des policiers y ayant donné lieu a été le fruit d'un plan. Pas plus que les conclusions du juge des requêtes n'indiquent que les policiers se sont livrés à une tentative délibérée de se soustraire à l'application de la *Charte* ou ont fait preuve d'une inconduite grave au cours de l'une ou l'autre des fouilles. Dans ces circonstances, rien ne permet de conclure que l'équité du procès de M a été entachée par l'admission en preuve du relevé reproduisant des conversations obtenu lors de la fouille du téléphone de W.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts appliqués : *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. C. (W.B.)* (2000), 142 C.C.C. (3d) 490, conf. par 2001 CSC 17, [2001] 1 R.C.S. 530; **arrêts mentionnés :** *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Wildman*, [1984] 2 R.C.S. 311; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *R. c. James*, 2011 ONCA 839, 283 C.C.C. (3d) 212.

Citée par le juge Rowe

Arrêts mentionnés : *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3

34; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657.

By Moldaver J. (dissenting)

R. v. Jones, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696; *R. v. Belnavis* (1996), 29 O.R. (3d) 321, aff'd [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Pugliese* (1992), 8 O.R. (3d) 259; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Shayesteh* (1996), 31 O.R. (3d) 161; *R. v. Rendon* (1999), 140 C.C.C. (3d) 12; *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Rogers Communications Partnership*, 2016 ONSC 70, 128 O.R. (3d) 692; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Sandhu*, 2014 BCSC 303; *R. v. Lowrey*, 2016 ABPC 131, 357 C.R.R. (2d) 76; *R. v. Craig*, 2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649; *R. v. Reeves*, 2017 ONCA 365, 350 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. McBride*, 2016 BCSC 1059; *R. v. D.A.I.*, 2012 SCC 5, [2012] 1 S.C.R. 149; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 11(d), 24(1), (2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part VI, ss. 183 “private communication”, 184.1, 184.4, 278.1 to 278.91, 686(1)(b)(iii).

R.C.S. 34; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

R. c. Jones, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696; *R. c. Belnavis* (1996), 29 O.R. (3d) 321, conf. par [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Pugliese* (1992), 8 O.R. (3d) 259; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Shayesteh* (1996), 31 O.R. (3d) 161; *R. c. Rendon*, 1999 CanLII 9511; *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Rogers Communications Partnership*, 2016 ONSC 70, 128 O.R. (3d) 692; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Sandhu*, 2014 BCSC 303; *R. c. Lowrey*, 2016 ABPC 131, 357 C.R.R. (2d) 76; *R. c. Craig*, 2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649; *R. c. Reeves*, 2017 ONCA 365, 350 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. McBride*, 2016 BCSC 1059; *R. c. D.A.I.*, 2012 CSC 5, [2012] 1 R.C.S. 149; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 11(d), 24(1), (2).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, partie VI, art. 183 « communication privée », 184.1, 184.4, 278.1 à 278.91, 686(1)(b)(iii).

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5.

Authors Cited

Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure*, vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated June 2017, release 50).
 McLuhan, Marshall. *Understanding Media: The Extensions of Man*. New York: McGraw-Hill, 1964.
 Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, MacFarland and LaForme J.J.A.), 2016 ONCA 542, 131 O.R. (3d) 561, 359 C.R.R. (2d) 70, 338 C.C.C. (3d) 269, 30 C.R. (7th) 263, 352 O.A.C. 68, [2016] O.J. No. 3738 (QL), 2016 CarswellOnt 10861 (WL Can.), affirming the accused's convictions for firearms offences and the pre-trial application ruling. Appeal allowed, Moldaver and Côté JJ. dissenting.

Mark J. Sandler and Wayne Cunningham, for the appellant.

Randy Schwartz and Andrew Hotke, for the respondent.

Nicholas E. Devlin and Jennifer Conroy, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Written submissions only by *Daniel M. Scanlan*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Maureen McGuire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Jill R. Presser and David A. Fewer, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Susan M. Chapman, Naomi Greckol-Herlich and Bianca Bell, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5.

Doctrine et autres documents cités

Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure*, vol. 2, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated June 2017, release 50).
 McLuhan, Marshall. *Understanding Media : The Extensions of Man*, New York, McGraw-Hill, 1964.
 Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, MacFarland et LaForme), 2016 ONCA 542, 131 O.R. (3d) 561, 359 C.R.R. (2d) 70, 338 C.C.C. (3d) 269, 30 C.R. (7th) 263, 352 O.A.C. 68, [2016] O.J. No. 3738 (QL), 2016 CarswellOnt 10861 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé pour des infractions liées aux armes à feu et la décision sur requête préalable au procès. Pourvoi accueilli, les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

Mark J. Sandler et Wayne Cunningham, pour l'appelant.

Randy Schwartz et Andrew Hotke, pour l'intimée.

Nicholas E. Devlin et Jennifer Conroy, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

Argumentation écrite seulement par *Daniel M. Scanlan*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Maureen McGuire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jill R. Presser et David A. Fewer, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Susan M. Chapman, Naomi Greckol-Herlich et Bianca Bell, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Gerald Chan, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Christine Lonsdale and *Charlotte-Anne Malischewski*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis and Gascon was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] Can Canadians ever reasonably expect the text messages they send to remain private, even after the messages have reached their destination? Or is the state free, regardless of the circumstances, to access text messages from a recipient's device without a warrant? The question in this appeal is whether the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* can ever apply to such messages.

[2] The appellant, Nour Marakah, sent text messages regarding illegal transactions in firearms. The police obtained warrants to search his home and that of his accomplice, Andrew Winchester. They seized Mr. Marakah's BlackBerry and Mr. Winchester's iPhone, searched both devices, and found incriminating text messages. They charged Mr. Marakah and sought to use the text messages as evidence against him. At trial, Mr. Marakah argued that the messages should not be admitted against him because they were obtained in violation of his s. 8 right against unreasonable search and seizure: see trial reasons, reproduced in R.R., at pp. 1-26.

[3] The application judge held that the warrant for Mr. Marakah's residence was invalid and that the text messages recovered from his BlackBerry could not be used against him, but that Mr. Marakah had

Gerald Chan, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Christine Lonsdale et *Charlotte-Anne Malischewski*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis et Gascon rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Les Canadiens peuvent-ils raisonnablement s'attendre à ce que les messages textes qu'ils envoient demeurent privés, même après qu'ils soient parvenus à destination? Ou l'État peut-il librement, quelles que soient les circonstances, prendre connaissance sans mandat des messages textes se trouvant dans l'appareil du destinataire? Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* peut s'appliquer à ces messages.

[2] L'appelant, Nour Marakah, a envoyé des messages textes à propos d'opérations illégales impliquant des armes à feu. Les policiers ont obtenu des mandats pour perquisitionner chez lui et chez son complice, Andrew Winchester. Ils ont saisi le BlackBerry de M. Marakah et l'iPhone de M. Winchester, fouillé les deux appareils et découvert des messages textes incriminants. Ils ont porté des accusations contre M. Marakah et tenté de se servir des messages textes comme preuves contre lui. Au procès, M. Marakah a soutenu que les messages ne devraient pas être admis en preuve contre lui parce qu'ils ont été obtenus en violation du droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives que lui garantit l'art. 8 (voir les motifs de première instance, reproduits dans le d.i., p. 1-26).

[3] Le juge des requêtes a statué que le mandat de perquisition exécuté au domicile de M. Marakah était invalide et que les messages textes récupérés à partir de son BlackBerry ne pouvaient être utilisés

no standing to argue that the text messages recovered from Mr. Winchester's iPhone should not be admitted against him: application judge's reasons, reproduced in A.R., at pp. 1-27. He admitted the text messages and convicted Mr. Marakah of multiple firearms offences. The majority of the Court of Appeal for Ontario, LaForme J.A. dissenting, agreed that Mr. Marakah could have no expectation of privacy in the text messages recovered from Mr. Winchester's iPhone, and hence did not have standing to argue against their admissibility: 2016 ONCA 542, 131 O.R. (3d) 561.

[4] I conclude that, depending on the totality of the circumstances, text messages that have been sent and received may in some cases be protected under s. 8 and that, in this case, Mr. Marakah had standing to argue that the text messages at issue enjoy s. 8 protection.

[5] The conclusion that a text message conversation *can*, in some circumstances, attract a reasonable expectation of privacy does not lead inexorably to the conclusion that an exchange of electronic messages *will always* attract a reasonable expectation of privacy (see Moldaver J.'s reasons, at paras. 100 and 167-68); whether a reasonable expectation of privacy in such a conversation is present in any particular case must be assessed on those facts by the trial judge.

[6] In this case, Mr. Marakah subjectively believed his text messages to be private, even after Mr. Winchester received them. This expectation was objectively reasonable. I therefore conclude that Mr. Marakah has standing to challenge the use of the text messages against him on the grounds that the search violated s. 8 of the *Charter*.

[7] Ordinarily, standing established, it would be for the trial judge to determine whether the text messages in fact enjoyed s. 8 protection in all of the circumstances of the case. However, the Crown concedes that, if Mr. Marakah has standing, the search

contre lui, mais que M. Marakah n'avait pas qualité pour faire valoir que les messages textes récupérés de l'iPhone de M. Winchester ne devraient pas être admis en preuve contre lui (motifs du juge des requêtes, reproduits dans le d.a., p. 1-27). Il a admis en preuve les messages textes et déclaré M. Marakah coupable de multiples infractions liées aux armes à feu. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge LaForme étant dissident, ont convenu que M. Marakah ne pouvait pas s'attendre au respect de sa vie privée à l'égard des messages textes récupérés à partir de l'iPhone de M. Winchester et, partant, qu'il n'avait pas qualité pour s'opposer à leur admissibilité en preuve (2016 ONCA 542, 131 O.R. (3d) 561).

[4] Je conclus que, suivant l'ensemble des circonstances, certains messages textes envoyés et reçus peuvent être protégés par l'art. 8 et qu'en l'espèce, M. Marakah avait qualité pour plaider que les messages textes en cause bénéficient de la protection de cette disposition.

[5] Conclure qu'une conversation par message texte *peut*, dans certains cas, susciter une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée ne conduit pas forcément à la conclusion selon laquelle un échange de messages électroniques fait *toujours* naître une telle attente (voir les motifs du juge Moldaver, par. 100 et 167-168); le juge du procès doit décider en fonction des faits s'il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard de pareille conversation dans un cas donné.

[6] Dans le cas qui nous occupe, M. Marakah croyait subjectivement que ses messages textes étaient privés, même après leur réception par M. Winchester. Son attente était objectivement raisonnable. Je conclus donc que M. Marakah a qualité pour contester l'utilisation contre lui des messages textes en question au motif que la fouille violait l'art. 8 de la *Charte*.

[7] Habituellement, une fois la qualité pour agir établie, il appartiendrait au juge du procès de décider si les messages textes bénéficiaient en fait de la protection de l'art. 8 compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Or, la Couronne admet que,

was unreasonable and violated Mr. Marakah’s right under s. 8 of the *Charter*. The remaining question is whether the evidence of the conversation should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. I conclude that it should have been. This principled approach conforms to the jurisprudence, and should not be undermined by impassioned hypotheses. I would therefore allow the appeal, set aside the convictions and acquit Mr. Marakah.

II. Analysis

A. *When Does Section 8 Protection Apply?*

[8] The issue is whether the courts below erred in holding that an accused can never claim s. 8 protection for text messages accessed through a recipient’s phone because the sender has no privacy interest in the messages if they are not contained within his or her own device. The question is whether Mr. Marakah could have had a reasonable expectation of privacy in those messages.

[9] Section 8 of the *Charter* provides that

[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

[10] Section 8 applies “where a person has a reasonable privacy interest in the object or subject matter of the state action and the information to which it gives access”: *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 34; see also *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 16; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 18. To claim s. 8 protection, a claimant must first establish a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the search, i.e., that the person subjectively expected it would be private and that this expectation was objectively reasonable: *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45; see also *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), at p. 361, per Harlan J., concurring. Whether the claimant had

si M. Marakah a qualité pour agir, la fouille était abusive et violait le droit garanti à M. Marakah par l’art. 8 de la *Charte*. Il reste à juger si les éléments de preuve relatifs à la conversation auraient dû être exclus par application du par. 24(2) de la *Charte*. Je conclus qu’ils auraient dû l’être. Cette démarche raisonnée est conforme à la jurisprudence et ne doit pas être contrecarrée par des hypothèses passionnées. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler les déclarations de culpabilité et d’acquitter M. Marakah.

II. Analyse

A. *Dans quels cas la protection de l’art. 8 s’applique-t-elle?*

[8] Il s’agit de savoir si les juridictions inférieures ont commis une erreur en statuant que l’accusé ne peut jamais se réclamer de la protection de l’art. 8 pour les messages textes obtenus au moyen du téléphone d’un destinataire parce que l’expéditeur n’a aucun droit au respect de sa vie privée à l’égard des messages qui ne se trouvent pas dans son propre appareil. La question consiste à savoir si M. Marakah aurait pu avoir une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement à ces messages.

[9] L’article 8 de la *Charte* dispose :

Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[10] L’article 8 s’applique « lorsqu’une personne a des attentes raisonnables en matière de vie privée relativement à l’objet de l’action de l’État et aux renseignements auxquels cet objet donne accès » (*R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 34; voir également *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 16; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 18). Pour se réclamer de la protection de l’art. 8, le demandeur doit d’abord démontrer qu’il pouvait raisonnablement compter sur le respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille ou de la perquisition, en d’autres termes, qu’il s’attendait subjectivement à ce que l’objet de la fouille soit privé et que cette attente était objectivement raisonnable (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45; voir aussi *Hunter c. Southam Inc.*,

a reasonable expectation of privacy must be assessed in “the totality of the circumstances”: *Edwards*, at paras. 31 and 45; see also *Spencer*, at paras. 16-18; *Cole*, at para. 39; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 26; *Tessling*, at para. 19. This approach applies to determining whether there is a reasonable expectation of privacy in a given text message conversation.

[11] In considering the totality of the circumstances, four “lines of inquiry” (*Cole*, at para. 40) guide the court’s analysis:

1. What was the subject matter of the alleged search?
2. Did the claimant have a direct interest in the subject matter?
3. Did the claimant have a subjective expectation of privacy in the subject matter?
4. If so, was the claimant’s subjective expectation of privacy objectively reasonable?

(See also *Spencer*, at para. 18; *Patrick*, at para. 27; *Tessling*, at para. 32.)

[12] Only if the answer to the fourth question is “yes” — that is, if the claimant’s subjective expectation of privacy was objectively reasonable — will the claimant have standing to assert his s. 8 right. If the court so concludes, the claimant may argue that the state action in question was unreasonable. If, however, the court determines that the claimant did not have a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the alleged search, then the state action cannot have violated the claimant’s s. 8 right. He will not have standing to challenge its constitutionality.

[1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967), p. 361, motifs concordants du juge Harlan). Le caractère raisonnable de l’attente d’une personne au respect de sa vie privée dépend de « l’ensemble des circonstances » (*Edwards*, par. 31 and 45; voir également *Spencer*, par. 16-18; *Cole*, par. 39; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 26; *Tessling*, par. 19). C’est la méthode à employer pour décider s’il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l’égard d’une conversation par message texte.

[11] Pour le guider dans son examen de l’ensemble des circonstances, le tribunal peut s’inspirer des quatre questions suivantes (*Cole*, par. 40) :

1. Quel était l’objet de la prétendue fouille?
2. Le demandeur avait-il un intérêt direct dans l’objet de la fouille?
3. Le demandeur avait-il une attente subjective au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille?
4. Dans l’affirmative, cette attente subjective du demandeur au respect de sa vie privée était-elle objectivement raisonnable?

(Voir également *Spencer*, par. 18; *Patrick*, par. 27; *Tessling*, par. 32.)

[12] Ce n’est que si la réponse à la quatrième question est affirmative — c’est-à-dire si l’attente subjective du demandeur au respect de sa vie privée était objectivement raisonnable — que le tribunal reconnaît au demandeur la qualité pour faire valoir son droit garanti à l’art. 8. Si le tribunal lui donne raison, le demandeur peut soutenir que l’action de l’État était abusive. Si, par contre, le tribunal conclut que le demandeur n’avait pas d’attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement à l’objet de la prétendue fouille, l’action de l’État ne peut avoir porté atteinte au droit garanti par l’art. 8 au demandeur. Il n’a alors pas qualité pour contester sa constitutionnalité.

B. *Did Mr. Marakah Have a Reasonable Expectation of Privacy in the Text Messages?*

[13] I conclude that the four lines of inquiry referred to above establish that Mr. Marakah had a reasonable expectation of privacy in the text messages recovered from Mr. Winchester’s iPhone. The subject matter of the alleged search was the electronic conversation between Mr. Marakah and Mr. Winchester. Mr. Marakah had a direct interest in that subject matter. He subjectively expected it to remain private. That expectation was objectively reasonable. He therefore has standing to challenge the search.

(1) What Was the Subject Matter of the Search?

[14] The first step in the analysis is to identify the subject matter of the search: see *Spencer*, at para. 18; *Cole*, at para. 40; *Patrick*, at para. 27; *Tessling*, at para. 32. How the subject matter is defined may affect whether the applicant has a reasonable expectation of privacy. Care must therefore be taken in defining the subject matter of a search, particularly where the search is of electronic data: see *Spencer*, at para. 23.

[15] The subject matter of a search must be defined functionally, not in terms of physical acts, physical space, or modalities of transmission. As Doherty J.A. stated in *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, at para. 65, a court identifying the subject matter of a search must not do so “narrowly in terms of the physical acts involved or the physical space invaded, but rather by reference to the nature of the privacy interests potentially compromised by the state action”. In *Spencer*, at para. 26, Cromwell J. endorsed these words and added that courts should take “a broad and functional approach to the question, examining the connection between the police investigative technique and the privacy interest at stake” and should look at “not only the nature of the precise information sought, but also at the nature of the information

B. *M. Marakah avait-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard des messages textes?*

[13] À mon avis, les quatre questions susmentionnées établissent que M. Marakah avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée en ce qui a trait aux messages textes récupérés à partir de l’iPhone de M. Winchester. L’objet de la prétendue fouille était la conversation électronique que M. Marakah avait eue avec M. Winchester. M. Marakah avait un intérêt direct dans l’objet de la fouille. Il s’attendait subjectivement à ce que cette conversation électronique demeure privée. Comme cette attente était objectivement raisonnable, il a qualité pour contester la fouille.

(1) Quel était l’objet de la fouille?

[14] La première étape de l’analyse consiste à identifier l’objet de la fouille (voir *Spencer*, par. 18; *Cole*, par. 40; *Patrick*, par. 27; *Tessling*, par. 32). La façon dont on définit l’objet de la fouille ou de la perquisition contestée peut avoir une incidence sur la question de savoir si le demandeur avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée. Il faut faire preuve de prudence lorsqu’on définit l’objet d’une fouille, surtout lorsque celle-ci porte sur des données électroniques (voir *Spencer*, par. 23).

[15] L’objet de la fouille doit être défini de manière fonctionnelle et non en fonction d’actes matériels, de l’emplacement physique ou des modalités de la transmission. Ainsi que le juge Doherty l’a expliqué dans l’arrêt *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, par. 65, lorsqu’il est appelé à préciser l’objet de la fouille ou de la perquisition contestée, le tribunal ne doit pas adopter une approche [TRADUCTION] « restrictive portant sur les actes commis ou l’espace envahi, mais doit plutôt adopter une approche qui tient compte de la nature des droits en matière de vie privée auxquels l’action de l’État pourrait porter atteinte ». Dans l’arrêt *Spencer*, par. 26, le juge Cromwell a repris ces propos à son compte, ajoutant que les tribunaux devaient adopter « une approche large et fonctionnelle, en examinant

that it reveals”. The court’s task, as Doherty J.A. put it in *Ward*, is to determine “what the police were really after” (para. 67).

[16] One option can be eliminated at the outset. The subject matter of the search at issue was not Mr. Winchester’s iPhone, from which the text messages in this case were recovered. Neither the iPhone itself nor its contents generally is what the police were really after. The subject matter must, therefore, be defined more precisely.

[17] Correctly characterized, the subject matter of the search was Mr. Marakah’s “electronic conversation” with Mr. Winchester: see *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3, at para. 5, per Abella J. To describe text messages as part of an electronic conversation is to take a holistic view of the subject matter of the search. This properly avoids a mechanical approach that defines the subject matter in terms of physical acts, spaces, or modalities of transmission: see *Spencer*, at paras. 26 and 31. It also reflects the technological reality of text messaging.

[18] “Text messaging” refers to the electronic communications medium technically known as Short Message Service (“SMS”). SMS uses standardized communication protocols and mobile telephone service networks to transmit short text messages from one mobile phone to another: *TELUS*, at para. 111, per Cromwell J., dissenting but not on this point. Colloquially, however, “text messaging” (or the verb “to text”) can also describe various other person-to-person electronic communications tools, such as Apple iMessage, Google Hangouts, and BlackBerry Messenger. These means of nearly instant communication are both technologically distinct from and functionally equivalent to SMS. Different service

le lien entre la technique d’enquête utilisée par la police et l’intérêt en matière de vie privée qui est en jeu » et que les tribunaux devaient examiner « non seulement la nature des renseignements précis recherchés, mais aussi la nature des renseignements qui sont ainsi révélés ». Pour reprendre la formule employée par le juge Doherty dans *Ward*, la mission du tribunal consiste à déterminer « ce que la police recherchait vraiment » (par. 67).

[16] Il y a une option que l’on peut écarter d’entrée de jeu. L’objet de la fouille en litige n’était pas l’iPhone de M. Winchester à partir duquel les messages textes ont été récupérés en l’espèce. Les policiers n’étaient pas à la recherche de l’iPhone lui-même ou de son contenu en général. Il faut donc définir plus précisément l’objet de la fouille.

[17] Qualifié correctement, l’objet de la fouille est la « conversation électronique » que M. Marakah a eue avec M. Winchester (voir *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3, par. 5, la juge Abella). Lorsqu’on qualifie des messages textes d’éléments d’une conversation électronique, on conçoit d’un point de vue holistique l’objet de la fouille. On se garde ainsi à juste titre de toute approche mécanique qui définirait l’objet en fonction d’actes matériels, de lieux physiques ou de modalités de transmission (voir *Spencer*, par. 26 et 31). On tient également compte de la réalité technologique de la messagerie texte.

[18] La « messagerie texte » s’entend du moyen de communication électronique connu techniquement sous le sigle « SMS » (de l’anglais « Short Message Service » [« service de messages courts »]). La messagerie texte utilise des protocoles de communication normalisés et des réseaux de téléphonie mobile pour la transmission de courts messages textes entre téléphones cellulaires (*TELUS*, par. 111, le juge Cromwell, dissident, mais non sur ce point). Plus familièrement toutefois, le terme « texto » et le verbe « texter » désignent eux aussi les divers autres moyens que peuvent utiliser deux personnes pour communiquer entre elles par voie électronique, notamment par Apple iMessage, Google Hangouts

providers also handle SMS messages differently. The data that constitute individual SMS or other text messages may exist in different places at different times. They may be transmitted, stored, and accessed in different ways. But the interconnected system in which they all participate functions to permit rapid communication of short messages between individuals. In these reasons, I use “text messages” to refer to the broader category of electronic communications media, and “SMS” or “SMS messages” to refer to that medium specifically.

[19] When a text message is searched, it is not the copy of the message stored on the sender’s device, the copy stored on a service provider’s server, or the copy in the recipient’s “inbox” that the police are really after; it is the electronic conversation between two or more people that law enforcement seeks to access. Where data are physically or electronically located varies from phone to phone, from service provider to service provider, or, with text messaging more broadly, from technology to technology. The s. 8 analysis must be robust to these distinctions, in harmony with the need to take a broad, purposive approach to privacy protection under s. 8 of the *Charter: Spencer*, at para. 15; *Hunter*, at pp. 156-57. If “the broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 is meant to keep pace with technological development” (*R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 44), then courts must recognize that SMS technology, in which messages may be said to be “sent”, “received”, and “transmitted” between devices, is just one means of text messaging among many and is, from the point of view of the user, functionally identical to numerous others. As Abella J. stated in *TELUS*, at para. 5, “[t]echnical differences inherent in new technology should not determine the scope of protection afforded to private

et BlackBerry Messenger. Ces moyens de communication quasi instantanée sont distincts sur le plan technologique de la messagerie texte tout en étant l’équivalent sur le plan fonctionnel. Par ailleurs, tous les fournisseurs de services ne traitent pas les messages textes de la même façon. Les données qui constituent des SMS individuels ou d’autres formes de messages textes peuvent exister à divers endroits et à divers moments. Ces données peuvent être transmises, stockées et récupérées de diverses manières. Mais le réseau interconnecté auquel elles sont toutes intégrées permet la transmission rapide de courts messages entre des personnes. Dans les présents motifs, j’emploie l’expression « messages textes » pour désigner la catégorie générale des moyens de communication électronique, et les termes « SMS » ou « messages SMS » pour désigner plus particulièrement ce moyen de communication.

[19] Lorsqu’un message texte est visé par une fouille, les policiers ne sont à la recherche ni de la copie du message stocké à l’intérieur de l’appareil de l’expéditeur, ni de la copie stockée sur le serveur du fournisseur de services, ni de celle se trouvant dans la « boîte de réception » du destinataire; ce que les policiers recherchent, c’est la conversation électronique qui a eu lieu entre deux ou plusieurs personnes. L’endroit où se trouvent physiquement ou électroniquement des données varie d’un téléphone à l’autre, d’un fournisseur de services à l’autre et, plus généralement, dans le cas de la messagerie texte, d’une technologie à l’autre. L’analyse fondée sur l’art. 8 doit tenir pleinement compte de ces distinctions et être effectuée conformément à la nécessité de donner à la protection de la vie privée une interprétation large et téléologique en application de l’art. 8 de la *Charte (Spencer*, par. 15; *Hunter*, p. 156-157). Si « le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l’art. 8 doit évoluer au rythme du progrès technologique » (*R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 44), les tribunaux doivent reconnaître que la technologie SMS, par le truchement de laquelle on peut dire que des messages sont « envoyés », « reçus » et « transmis » entre des appareils, n’est qu’une des modalités

communications”. The subject matter of the search is the conversation, not its components.

[20] I conclude, and Moldaver J. agrees, that for the purpose of determining whether s. 8 is capable of protecting SMS or other text messages, the subject matter of the search is the electronic conversation between the sender and the recipient(s). This includes the existence of the conversation, the identities of the participants, the information shared, and any inferences about associations and activities that can be drawn from that information: see *Spencer*, at paras. 26-31; see also *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 38, per Deschamps J., at para. 81, per Abella J., and at para. 119, per McLachlin C.J. and Fish J.; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at paras. 174-75, per Deschamps J., and at para. 227, per Bastarache J.; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569, at para. 67, per Binnie J. So it was here.

(2) Did Mr. Marakah Have a Direct Interest in the Subject Matter?

[21] Mr. Marakah had a direct interest in the information contained in the electronic conversation that was the subject matter of the search: see *Spencer*, at para. 50; *Patrick*, at para. 31. He was a participant in that electronic conversation and the author of the particular text messages introduced as evidence against him.

(3) Did Mr. Marakah Have a Subjective Expectation of Privacy in the Subject Matter?

[22] The claimant must have had a subjective expectation of privacy in the subject matter of the alleged search for s. 8 to be engaged. As Binnie J. acknowledged in *Patrick*, at para. 37, the requirement that the claimant establish a subjective expectation of

de la messagerie texte parmi d’autres et qu’elle est, du point de vue de l’utilisateur, identique sur le plan fonctionnel à bien d’autres. Ainsi que la juge Abella l’explique dans l’arrêt *TELUS*, par. 5, « [l]es différences techniques intrinsèques des nouvelles technologies ne devraient pas déterminer l’étendue de la protection accordée aux communications privées ». L’objet de la fouille est la conversation elle-même et non ses composantes.

[20] Je conclus, ce dont convient le juge Moldaver, que, lorsqu’il s’agit de juger si l’art. 8 peut protéger les messages SMS ou d’autres messages textes, l’objet de la fouille est la conversation électronique entre l’expéditeur et le ou les destinataires. Cette protection englobe l’existence de la conversation, l’identité des participants, les renseignements échangés, ainsi que toute inférence que l’on peut tirer de ces renseignements quant aux fréquentations et aux activités des participants (voir *Spencer*, par. 26-31; voir également *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, par. 38, la juge Deschamps, par. 81, la juge Abella, et par. 119, la juge en chef McLachlin et le juge Fish; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 174-175, la juge Deschamps, et par. 227, le juge Bastarache; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569, par. 67, le juge Binnie). C’était bien le cas en l’espèce.

(2) M. Marakah avait-il un intérêt direct dans l’objet de la fouille?

[21] M. Marakah avait un intérêt direct à l’égard des renseignements contenus dans la conversation électronique visée par la fouille (voir *Spencer*, par. 50; *Patrick*, par. 31). Il était un des participants de cette conversation électronique et il était l’auteur des messages textes qui ont été déposés comme preuves contre lui.

(3) M. Marakah avait-il une attente subjective au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille?

[22] Le demandeur doit avoir eu une attente subjective au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la prétendue fouille pour que l’art. 8 entre en jeu. Ainsi que le juge Binnie l’a reconnu dans l’arrêt *Patrick*, par. 37, le critère de l’attente subjective

privacy is not “a high hurdle”: see also *R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696, at para. 20, per Côté J.

[23] Whether Mr. Marakah had a subjective expectation of privacy in the contents of his electronic conversation with Mr. Winchester has never been in serious dispute. Mr. Marakah’s evidence was that he expected Mr. Winchester to keep the contents of their electronic conversation private: see application judge’s reasons, at para. 91. He testified that he asked Mr. Winchester numerous times to delete the text messages from his iPhone (*ibid.*). I conclude that Mr. Marakah subjectively expected that the contents of his electronic conversation with Mr. Winchester would remain private.

(4) Was Mr. Marakah’s Subjective Expectation of Privacy Objectively Reasonable?

[24] The claimant’s subjective expectation of privacy in the subject matter of the alleged search must have been objectively reasonable in order to engage s. 8. Over the years, courts have referred to a number of factors that may assist in determining whether it was reasonable to expect privacy in different circumstances: see *Cole*, at para. 45; *Tessling*, at para. 32; *Edwards*, at para. 45. The factors that figured most prominently in the arguments before us are: (1) the place where the search occurred; (2) the private nature of the subject matter, i.e., whether the informational content of the electronic conversation revealed details of the claimant’s lifestyle or information of a biographic nature; and (3) control over the subject matter. I will consider each of these factors in turn. I will then deal with the policy arguments raised against recognizing s. 8 protection for text messages.

(a) *The Place of the Search*

[25] Place may be helpful in determining whether a person has a reasonable expectation of privacy for

n’est pas « très exigeant » (voir également *R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696, par. 20, la juge Côté).

[23] Il n’a jamais été sérieusement contesté que M. Marakah avait une attente subjective au respect de sa vie privée à l’égard du contenu de la conversation électronique qu’il avait eue avec M. Winchester. M. Marakah a témoigné qu’il s’attendait à ce que M. Winchester garde secrète la teneur de leur conversation électronique (voir les motifs du juge des requêtes, par. 91). Il a témoigné avoir demandé maintes fois à M. Winchester de supprimer les messages textes de son iPhone (*ibid.*). Je conclus que M. Marakah s’attendait subjectivement à ce que la teneur de la conversation électronique qu’il avait eue avec M. Winchester demeure privée.

(4) L’attente subjective de M. Marakah au respect de sa vie privée était-elle objectivement raisonnable?

[24] L’attente subjective du demandeur au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la prétendue fouille doit avoir été objectivement raisonnable pour faire intervenir l’art. 8. Au fil des ans, les tribunaux ont mentionné plusieurs facteurs qui peuvent aider à décider s’il était raisonnable de s’attendre au respect de la vie privée dans diverses circonstances (voir *Cole*, par. 45; *Tessling*, par. 32; *Edwards*, par. 45). Les facteurs qui sont revenus le plus souvent lors des plaidoiries devant notre Cour étaient les suivants : (1) le lieu fouillé; (2) le caractère privé de l’objet de la fouille, autrement dit la question de savoir si le contenu informatif de la conversation électronique a révélé des détails au sujet du mode de vie du demandeur ou des renseignements de nature biographique; (3) le contrôle du demandeur sur l’objet de la fouille. Je vais examiner chacun de ces facteurs à tour de rôle. Je vais ensuite aborder les arguments de principe invoqués contre la reconnaissance de la protection garantie à l’art. 8 pour les messages textes.

a) *Le lieu de la fouille*

[25] Le lieu peut aider à juger si une personne a une attente raisonnable au respect de sa vie privée

the purposes of s. 8. At common law, privacy was often designated by place, as evident in the old dictum that every man's home is his castle: see *Tessling*, at para. 22.

[26] Place may inform whether it is reasonable to expect a verbal conversation to remain private; depending on the circumstances, a conversation in a crowded restaurant may not attract the protection of s. 8, while the same conversation behind closed doors may.

[27] The factor of “place” was largely developed in the context of territorial privacy interests, and digital subject matter, such as an electronic conversation, does not fit easily within the strictures set out by the jurisprudence. What is the place of an electronic text message conversation? And what light does that shed on a claimant's reasonable expectation of privacy? Place is important only insofar as it informs the objective reasonableness of a subjective expectation of privacy.

[28] One possibility is that an electronic conversation does not occupy a particular physical place. All or part of it may be on the sender's phone or the recipient's, or in radio waves or a service provider's database, or on a remote server to which both the sender and the recipient (or the recipients) have access, or some combination of these. This interconnected web of devices and servers creates an electronic world of digital communication that, in the 21st century, is every bit as real as physical space. The millions of us who text friends, family, and acquaintances may each be viewed as having appropriated a corner of this electronic space for our own purposes. There, we seclude ourselves and convey our private messages, just as we might use a room in a home or an office to talk behind closed doors. The phrase “chat room” to describe an Internet site through which people communicate is not merely a metaphor. In a similar way, text messaging can create *private* chat rooms between individuals. Although electronic, these rooms

pour l'application de l'art. 8. En common law, le droit au respect de sa vie privée était souvent rattaché à un lieu, comme en témoigne le vieux dicton la maison de chacun est son château et sa forteresse (voir *Tessling*, par. 22).

[26] Le lieu peut être utile pour décider s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une conversation verbale demeure privée; selon les circonstances, une conversation dans un restaurant bondé ne fait peut-être pas intervenir la protection de l'art. 8, alors que le même échange de propos derrière des portes closes pourrait commander cette protection.

[27] Le facteur du « lieu » a été élaboré en grande partie dans le contexte des droits à la vie privée de nature territoriale et un objet numérique comme une conversation électronique cadre mal dans les paramètres établis par la jurisprudence. Où se déroule une conversation électronique par message texte? Et quel éclairage le lieu jette-t-il sur l'attente raisonnable du demandeur au respect de sa vie privée? Le lieu n'a d'importance que dans la mesure où il joue sur le caractère objectivement raisonnable d'une attente subjective en matière de respect de la vie privée.

[28] Selon une première solution, une conversation électronique ne se déroule pas dans un lieu physique précis. Elle peut se retrouver en totalité ou en partie dans le téléphone de l'expéditeur ou dans celui du destinataire, sur les ondes radio, dans la base de données du fournisseur de services ou encore dans un serveur éloigné auquel tant l'expéditeur que le destinataire (ou les destinataires) ont accès, ou dans une combinaison de tous ces éléments. Ce réseau interconnecté d'appareils et de serveurs crée un univers électronique de communication numérique qui, en ce XXI^e siècle, est tout aussi réel que l'espace physique. Les millions d'entre nous qui envoient des textos à leurs amis, à leur famille et à leurs connaissances peuvent être perçus comme s'étant approprié chacun une parcelle de cet espace électronique pour ses fins personnelles. Nous nous retirons à l'écart et nous transmettons nos messages personnels, tout comme nous pourrions nous servir d'une pièce de notre maison ou d'un bureau pour

are the place of the search. This suggests that there would be a reasonable expectation of privacy in a text message conversation.

[29] Another option is to say that the place of the search is the device through which the messages are accessed or stored: see Moldaver J.'s reasons, at paras. 144-45 and 151. Again, this suggests there may be a reasonable expectation of privacy in a text message conversation. Control or regulation of access to a place is relevant to a reasonable expectation of privacy: see *Edwards*, at para. 45. I may have a high expectation of privacy in my own phone, which I completely control, a lesser expectation of privacy in my friend's phone, which I expect her to control, and no reasonable expectation of privacy at all if I expect the text message to be displayed to the public. A reasonable expectation of privacy may exist on a spectrum or in a "hierarchy" of places: *Tessling*, at para. 22.

[30] The place of the search is simply one of several factors that must be weighed to determine whether the accused had a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 8 of the *Charter*. Whether one views the place of an electronic conversation as a metaphorical chat room or a real physical place, it is clear that the place of the text message conversation does not exclude an expectation of privacy. At the end of the day, s. 8 "protects people, not places": *Hunter*, at p. 159. The question always comes back to what the individual, in all of the circumstances, should reasonably have expected.

parler derrière des portes closes. L'expression « salon de cyberbavardage » employée pour désigner un site Internet auquel les gens recourent pour communiquer entre eux n'est pas une simple métaphore. De même, la messagerie texte peut créer des salons de cyberbavardage *privés* à l'usage des personnes. Malgré leur nature électronique, ces salons forment le lieu de la fouille. Cela laisse supposer qu'il y aurait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard d'une conversation par message texte.

[29] Une autre solution consiste à dire que le lieu de la fouille est l'appareil au moyen duquel on accède à des messages ou on les conserve (voir les motifs du juge Moldaver, par. 144-145 et 151). Là encore, cela laisse supposer qu'il peut y avoir une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard d'une conversation par message texte. Le contrôle ou l'encadrement de l'accès à un lieu influe sur le caractère raisonnable de l'attente en matière de respect de la vie privée (voir *Edwards*, par. 45). Je peux avoir une attente élevée au respect de ma vie privée quant à mon propre téléphone, sur lequel j'exerce un contrôle absolu, une attente moindre au respect de ma vie privée à l'égard du téléphone de mon ami, sur lequel je m'attends à ce qu'il exerce un contrôle, et absolument aucune attente raisonnable au respect de ma vie privée si je m'attends à ce que le message texte soit rendu public. Il peut y avoir une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée selon une échelle ou une « hiérarchie » des lieux (*Tessling*, par. 22).

[30] Le lieu de la fouille n'est qu'un des multiples facteurs à soupeser pour décider si l'accusé avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée pour l'application de l'art. 8 de la *Charte*. Que l'on perçoive le lieu d'une conversation électronique comme un salon de cyberbavardage métaphorique ou un lieu physique réel, il est clair que le lieu de la conversation par message texte n'écarte pas une attente en matière de respect de la vie privée. Au bout du compte, l'art. 8 « protège les personnes et non les lieux » (*Hunter*, p. 159). La question revient toujours à ce à quoi la personne aurait dû raisonnablement s'attendre eu égard à l'ensemble des circonstances.

(b) *The Private Nature of the Information*

[31] The purpose of s. 8 is “to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state”: *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293. It follows that the potential for revealing private information is a factor to consider in determining whether an electronic conversation attracts a reasonable expectation of privacy and is protected by s. 8 of the *Charter*.

[32] In considering this factor, the focus is not on the actual contents of the messages the police have seized, but rather on the potential of a given electronic conversation to reveal personal or biographical information. For the purposes of s. 8 of the *Charter*, the conversation is an “opaque and sealed ‘bag of information’”: *Patrick*, at para. 32; see also *Wong*, at p. 50. What matters is whether, in the circumstances, a search of an electronic conversation may betray “information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual” (*Plant*, at p. 293), such that the conversation’s participants have a reasonable expectation of privacy in its contents, whatever they may be: see *Cole*, at para. 47; *Tessling*, at paras. 25 and 27.

[33] Individuals may even have an acute privacy interest in the *fact* of their electronic communications. As Marshall McLuhan observed at the dawn of the technological era, “the medium is the message”: M. McLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man* (1964), at p. 7. The medium of text messaging broadcasts a wealth of personal information capable of revealing personal and core biographical information about the participants in the conversation.

[34] The personal nature of the information that can be derived from text messages is linked to the

b) *Le caractère privé des renseignements*

[31] L’article 8 vise à « prot[é]ger un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État » (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293). Il s’ensuit que le risque de divulgation de renseignements privés est un facteur dont il faut tenir compte pour décider si une conversation électronique suscite des attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée et est protégée par l’art. 8 de la *Charte*.

[32] Pour examiner ce facteur, on met l’accent non pas sur le contenu effectif des messages saisis par les policiers, mais plutôt sur le risque qu’une conversation électronique donnée révèle des renseignements d’ordre personnel ou biographique. Pour l’application de l’art. 8 de la *Charte*, la conversation est un « “sac d’informations” opaque et hermétiquement fermé » (*Patrick*, par. 32; voir également *Wong*, p. 50). Ce qui importe, c’est de décider si, eu égard aux circonstances, la recherche de la conversation électronique est susceptible de trahir des « renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu » (*Plant*, p. 293), justifiant ainsi de la part des participants à cette conversation une attente raisonnable au respect de leur vie privée à l’égard de sa teneur, quelle qu’elle soit (voir *Cole*, par. 47; *Tessling*, par. 25 et 27).

[33] Des gens peuvent même avoir un important intérêt en matière de respect de la vie privée en ce qui concerne la seule *existence* de leurs communications électroniques. Comme Marshall McLuhan le faisait observer à l’aube de l’ère technologique, [TRADUCTION] « le médium, c’est le message » (M. McLuhan, *Understanding Media : The Extensions of Man* (1964), p. 7). Le médium que constitue la messagerie texte permet de diffuser une foule de renseignements personnels susceptibles de révéler des informations biographiques d’ordre personnel sur les personnes qui prennent part à la conversation.

[34] Le caractère personnel des renseignements qui peuvent être obtenus grâce aux messages textes

private nature of texting. People may be inclined to discuss personal matters in electronic conversations precisely because they understand that they are private. The receipt of the information is confined to the people to whom the text message is sent. Service providers are contracted to confidentiality. Apart from possible police interception — which cannot be considered for the purpose of determining a reasonable expectation of privacy (see *Patrick*, at para. 14; *Wong*, at p. 47; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 43-44) — no one else knows about the message or its contents.

[35] Indeed, it is difficult to think of a type of conversation or communication that is capable of promising more privacy than text messaging. There is no more discreet form of correspondence. Participants need not be in the same physical place; in fact, they almost never are. It is, as this Court unanimously accepted in *TELUS*, a “private communication” as that term is defined in s. 183 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, namely, “[a] telecommunication . . . that is made under circumstances in which it is reasonable for the originator to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator to receive it”: see *TELUS*, at para. 12, per Abella J., at para. 67, per Moldaver J., and at para. 135, per Cromwell J.

[36] One can even text privately in plain sight. A wife has no way of knowing that, when her husband appears to be catching up on emails, he is in fact conversing by text message with a paramour. A father does not know whom or what his daughter is texting at the dinner table. Electronic conversations can allow people to communicate details about their activities, their relationships, and even their identities that they would never reveal to the world at large, and to enjoy portable privacy in doing so.

[37] Electronic conversations, in sum, are capable of revealing a great deal of personal information.

s’explique par le caractère privé du textage. Les gens peuvent être portés à aborder des sujets personnels lors d’une conversation électronique, précisément parce qu’ils savent qu’elle est privée. Ils savent que les renseignements ne seront reçus que par les destinataires du message texte. Les fournisseurs de services sont contractuellement tenus à la confidentialité. Hormis une éventuelle interception policière — dont il ne peut être tenu compte pour décider s’il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (voir *Patrick*, par. 14; *Wong*, p. 47; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 43-44) — personne d’autre n’est au courant du message ou de son contenu.

[35] En fait, il est difficile d’imaginer un type de conversation ou de communication susceptible de promettre une plus grande confidentialité que la messagerie texte. Il n’existe pas de mode de correspondance plus discret. Il n’est pas nécessaire que les participants se trouvent dans le même lieu physique; en fait, ils ne le sont presque jamais. Il s’agit, comme notre Cour l’a reconnu à l’unanimité dans l’arrêt *TELUS*, d’une « communication privée » au sens de l’art. 183 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, c’est-à-dire d’une « télécommunication [. . .] faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elle ne soit pas interceptée par un tiers » (voir *TELUS*, par. 12, la juge Abella, par. 67, le juge Moldaver, et par. 135, le juge Cromwell).

[36] On peut même rédiger des messages textes en privé à la vue de tous. L’épouse n’a aucun moyen de savoir que son mari, qui semble être en train de consulter ses courriels, est de fait en train de converser par message texte avec une maîtresse. Le père ignore ce que sa fille est en train de texter à table et à qui s’adressent ses textos. Les conversations électroniques peuvent permettre aux gens de communiquer au sujet de leurs activités, de leurs relations et même de leur identité des détails qu’ils ne révéleraient jamais au grand public, tout en bénéficiant de la discrétion que leur procure ce mode de communication mobile.

[37] En somme, les conversations électroniques sont susceptibles de révéler une somme considérable

Preservation of a “zone of privacy” in which personal information is safe from state intrusion is the very purpose of s. 8 of the *Charter*: see *Patrick*, at para. 77, per Abella J. As the foregoing examples illustrate, this zone of privacy extends beyond one’s own mobile device; it can include the electronic conversations in which one shares private information with others. It is reasonable to expect these private interactions — and not just the contents of a particular cell phone at a particular point in time — to remain private.

(c) *Control*

[38] Control, ownership, possession, and historical use have long been considered relevant to determining whether a subjective expectation of privacy is objectively reasonable: see *Edwards*, at para. 45; *Cole*, at para. 51. Like the other factors, control is not an absolute indicator of a reasonable expectation of privacy, nor is lack of control fatal to a privacy interest: see *Cole*, at paras. 54 and 58; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 22. Control is one element to be considered in the totality of the circumstances in determining the objective reasonableness of a subjective expectation of privacy.

[39] Control must be analyzed in relation to the subject matter of the search: the electronic conversation. Individuals exercise meaningful control over the information they send by text message by making choices about how, when, and to whom they disclose the information. They “determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”: A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7, quoted in *Spencer*, at para. 40, citing *Tessling*, at para. 23; see also *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 429, per La Forest J.; *Duarte*, at p. 46.

de renseignements personnels. Le maintien d’un « espace privé » protégeant les renseignements personnels contre les intrusions de l’État est la raison d’être de l’art. 8 de la *Charte* (voir *Patrick*, par. 77, la juge Abella). Comme les exemples précédents l’illustrent bien, cet espace privé s’étend bien au-delà de l’appareil mobile d’une personne; il peut englober les conversations électroniques par lesquelles on communique des renseignements personnels à d’autres personnes. Il est raisonnable de s’attendre à ce que ces interactions privées — et non seulement le contenu d’un téléphone cellulaire donné à un moment précis — demeurent privées.

c) *Contrôle*

[38] Le contrôle, la propriété, la possession et l’usage antérieur sont depuis longtemps jugés pertinents pour décider si une attente subjective en matière de respect de la vie privée est objectivement raisonnable (voir *Edwards*, par. 45; *Cole*, par. 51). À l’instar des autres facteurs, le contrôle n’est pas un indicateur absolu de l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, pas plus que l’absence de contrôle ne porte un coup fatal à la reconnaissance d’un intérêt en matière de vie privée (voir *Cole*, par. 54 et 58; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 22). Le contrôle est un des éléments à prendre en considération parmi l’ensemble des circonstances pour juger du caractère objectivement raisonnable d’une attente subjective en matière de respect de la vie privée.

[39] Il faut analyser le contrôle par rapport à l’objet de la fouille : la conversation électronique. Les particuliers exercent un véritable contrôle sur l’information qu’ils envoient par message texte en décidant de la manière dont ils la divulguent ainsi que du moment où ils le font et à qui ils la divulguent. Ils [TRADUCTION] « décident eux-mêmes à quel moment, de quelle manière et dans quelle mesure les renseignements les concernant sont communiqués » (A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7, cité dans *Spencer*, par. 40, citant *Tessling*, par. 23; voir aussi *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 429, le juge La Forest; *Duarte*, p. 46).

[40] The Crown argues that Mr. Marakah lost all control over the electronic conversation with Mr. Winchester because Mr. Winchester *could* have disclosed it to third parties. However, the risk that recipients can disclose the text messages they receive does not change the analysis: *Duarte*, at pp. 44 and 51; *Cole*, at para. 58. To accept the risk that a co-conversationalist could disclose an electronic conversation is not to accept the risk of a different order that the state will intrude upon an electronic conversation absent such disclosure. “[T]he regulation of electronic surveillance protects us from a risk of a different order, i.e., not the risk that someone will repeat our words but the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit our words”: *Duarte*, at p. 44. Therefore, the risk that a recipient could disclose an electronic conversation does not negate a reasonable expectation of privacy in an electronic conversation.

[41] The cases are clear: a person does not lose control of information for the purposes of s. 8 simply because another person possesses it or can access it. Even where “technological reality” (*Cole*, at para. 54) deprives an individual of exclusive control over his or her personal information, he or she may yet reasonably expect that information to remain safe from state scrutiny. Mr. Marakah shared information with Mr. Winchester; in doing so, he accepted the risk that Mr. Winchester might disclose this information to third parties. However, by accepting this risk, Mr. Marakah did not give up control over the information or his right to protection under s. 8.

[42] The shared control aspect of this case is similar to that in *Cole*. Mr. Cole had pornography stored on his work computer. His employer, like Mr. Winchester in this case, could access the contents of the computer. Mr. Cole did not have exclusive control of the physical location searched (his work-issued laptop). Yet this Court held that Mr. Cole had a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the search, i.e., the pornographic material stored on the computer: *Cole*, at paras. 51-58.

[40] La Couronne prétend que M. Marakah a perdu tout contrôle sur la conversation électronique avec M. Winchester parce que ce dernier aurait *pu* la divulguer à des tiers. Cependant, le risque que des destinataires divulguent les messages textes qu’ils reçoivent ne change rien à l’analyse (*Duarte*, p. 44 et 51; *Cole*, par. 58). Accepter le risque qu’un interlocuteur divulgue une conversation électronique ne revient pas à accepter le risque différent que l’État s’immisce dans une conversation électronique non divulguée. « La réglementation de la surveillance électronique nous protège contre un risque différent : non plus le risque que quelqu’un répète nos propos, mais le danger bien plus insidieux qu’il y a à permettre que l’État, à son entière discrétion, enregistre et transmette nos propos » (*Duarte*, p. 44). En conséquence, le risque qu’un destinataire divulgue une conversation électronique n’exclut pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l’égard de cette conversation.

[41] La jurisprudence est claire : une personne ne perd pas le contrôle de renseignements pour l’application de l’art. 8 uniquement parce que quelqu’un d’autre les possède ou peut les consulter. Même lorsque « la réalité technologique » (*Cole*, par. 54) l’empêche d’exercer un contrôle exclusif sur ses renseignements personnels, une personne peut malgré tout s’attendre raisonnablement à ce que ces renseignements soient à l’abri du regard scrutateur de l’État. M. Marakah a communiqué des renseignements à M. Winchester; ce faisant, il a accepté de courir le risque que M. Winchester les divulgue à des tiers. Toutefois, en acceptant de courir ce risque, M. Marakah n’a pas renoncé au contrôle sur les renseignements ni à son droit à la protection de l’art. 8.

[42] Le contrôle partagé en l’espèce est semblable à celui qu’il y avait dans *Cole*. M. Cole avait conservé de la pornographie sur son ordinateur de travail. À l’instar de M. Winchester en l’espèce, son employeur pouvait accéder au contenu de l’ordinateur. M. Cole n’avait pas le contrôle exclusif de l’emplacement physique visé par la fouille (l’ordinateur portatif fourni pour son travail). Pourtant, la Cour a jugé que M. Cole avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée quant à l’objet de la fouille : le matériel pornographique stocké dans son ordinateur (*Cole*, par. 51-58).

[43] The majority of the Court of Appeal distinguished *Cole* on the ground that Mr. Cole’s employer “permitted users to use the computers for personal purposes”, in contrast to Mr. Marakah who had no such privileges with respect to Mr. Winchester’s iPhone (paras. 62-64). Moldaver J., meanwhile, emphasizes that Mr. Cole “retained the ability to delete information on the computer and prevent its dissemination” (para. 134). With respect, it is difficult to see what difference it would have made if Mr. Winchester had permitted Mr. Marakah to use his iPhone to delete text messages or for any other purposes. The issue is not who owns the device through which the electronic conversation is accessed, but rather whether the claimant exercised control over the *information* reflected therein. In *Cole*, that was pornographic images. In this case, it is the electronic conversation between Mr. Marakah and Mr. Winchester.¹

[44] My colleague Moldaver J. concludes that control is “a crucial contextual factor” in this case (para. 117) and finds that Mr. Marakah’s lack of control over Mr. Winchester’s phone is fatal to his reasonable expectation of privacy in the electronic conversation (paras. 99, 122 and 130). With great respect, I take a different view. First, control is not dispositive, but only one factor to be considered in the totality of the circumstances. Second, my colleague’s approach focuses not on the subject matter of the search, the electronic conversation, but rather on the device through which the information was accessed, Mr. Winchester’s phone. Sometimes, control over information may be a function of control over a physical object or place. However, this is not the only indicator of effective control. Sometimes, as with

¹ I would note that, in my respectful view, the distinction between text messages in the process of transmission and those that have been received (see Moldaver J.’s reasons, at para. 146) is not relevant to the s. 8 analysis; it is the electronic conversation, not the data on one mobile device or another, that matters.

[43] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont établi une distinction entre la présente espèce et l’affaire *Cole* parce que, dans celle-ci, l’employeur de M. Cole [TRADUCTION] « avait permis aux utilisateurs de se servir des ordinateurs à des fins personnelles », alors que ce privilège n’a pas été accordé à M. Marakah dans le cas de l’iPhone de M. Winchester (par. 62-64). Pour sa part, le juge Moldaver souligne que M. Cole « avait conservé la capacité de supprimer l’information stockée dans l’ordinateur et d’empêcher sa diffusion » (par. 134). Soit dit en tout respect, je vois mal en quoi la situation aurait été différente si M. Winchester avait autorisé M. Marakah à utiliser son iPhone pour en supprimer des messages textes ou pour tout autre usage. Il s’agit non pas de savoir qui est le propriétaire de l’appareil par lequel on accède à la conversation électronique, mais plutôt de savoir si le demandeur exerçait un contrôle sur l’*information* qui s’y trouvait. Dans l’affaire *Cole*, il s’agissait d’images pornographiques. Dans le cas qui nous occupe, il s’agit de la conversation électronique qui a eu lieu entre M. Marakah et M. Winchester¹.

[44] Mon collègue le juge Moldaver conclut que le contrôle est un « élément contextuel crucial » en l’espèce (par. 117) et que l’absence de contrôle exercé par M. Marakah sur le téléphone de M. Winchester porte un coup fatal à son attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement à la conversation électronique (par. 99, 122 et 130). Avec égards, je vois les choses autrement. Tout d’abord, le contrôle n’est pas déterminant; il n’est qu’un facteur à prendre en considération parmi l’ensemble des circonstances. Ensuite, l’approche de mon collègue met l’accent non pas sur l’objet de la fouille, mais plutôt sur l’appareil au moyen duquel on a pris connaissance de l’information, en l’occurrence le téléphone de M. Winchester. Le contrôle de l’information découle parfois du contrôle exercé sur un objet ou un

¹ Je tiens à souligner qu’à mon humble avis, la distinction entre les messages textes en cours de transmission et ceux déjà reçus (voir les motifs du juge Moldaver, par. 146) n’a aucune pertinence pour l’analyse fondée sur l’art. 8; c’est la conversation électronique, et non les données enregistrées dans un appareil mobile, qui compte.

electronic conversations, control may arise from the choice of medium and the designated recipient.

[45] I conclude that the risk that Mr. Winchester could have disclosed the text messages does not negate Mr. Marakah’s control over the information contained therein. By choosing to send a text message by way of a private medium to a designated person, Mr. Marakah was exercising control over the electronic conversation. The risk that the recipient could have disclosed it, if he chose to, does not negate the reasonableness of Mr. Marakah’s expectation of privacy against state intrusion.

(d) *Policy Considerations*

[46] It is suggested that even if the place of the search, the private nature of the subject matter, and the control over the subject matter support the conclusion that there may be an objectively reasonable expectation of privacy in a given electronic conversation, the Court should not recognize such an expectation because of the impact this would have on law enforcement. The Crown argues, and Moldaver J. concludes, that these considerations should tip the balance against recognition. Respectfully, I disagree.

[47] It is argued (see Moldaver J.’s reasons, at paras. 178-88) that if s. 8 may protect the sender’s privacy in a text message after it has been received then the police will either be required to obtain warrants in more situations or will be inclined to do so “out of an abundance of caution”, and that this may impact the ability of police to review messages sent to victims of sexual assault, sexual interference, harassment, child luring, and various other offences without judicial authorization.

[48] Moldaver J. rejects any interpretation of s. 8 that would allow sexual predators or abusive partners to retain a reasonable expectation of privacy

lieu physique. Ce n’est toutefois pas le seul signe de contrôle effectif. Parfois, comme dans le cas des conversations électroniques, le contrôle peut prendre sa source dans le choix du moyen de communication et du destinataire.

[45] Selon moi, le risque que M. Winchester ait divulgué les messages textes n’écarte pas le contrôle exercé par M. Marakah sur les renseignements qu’ils contiennent. En décidant d’envoyer un message texte par un moyen de communication privé à la personne de son choix, M. Marakah exerçait un contrôle sur la conversation électronique. Le risque que le destinataire l’ait divulguée, s’il avait décidé de le faire, ne rend pas déraisonnable l’attente de M. Marakah à la protection contre l’intrusion de l’État dans sa vie privée.

d) *Considérations d’ordre public*

[46] D’aucuns prétendent que même si le lieu de la fouille, le caractère privé de l’objet de la fouille et le contrôle sur cet objet étayent la conclusion qu’il existe peut-être une attente objectivement raisonnable en matière de respect de la vie privée à l’égard d’une conversation électronique donnée, la Cour ne devrait pas reconnaître pareille attente en raison de l’incidence qu’elle aurait sur l’application de la loi. La Couronne soutient — et le juge Moldaver conclut — que ces considérations devraient faire pencher la balance en faveur du rejet de la reconnaissance. Avec égards, je ne partage pas leur avis.

[47] On soutient (voir les motifs du juge Moldaver, par. 178-188) que, si l’art. 8 peut protéger le droit à la vie privée de l’expéditeur sur un message texte après la réception de celui-ci, les policiers devront obtenir un mandat dans un plus grand nombre de cas ou seront portés à demander un tel mandat « par excès de prudence » et que cela risque de nuire à leur faculté d’examiner les messages envoyés aux victimes d’agression sexuelle, de contacts sexuels, de harcèlement, de leurre d’enfants ou de diverses autres infractions s’ils n’ont pas d’abord obtenu une autorisation judiciaire.

[48] Le juge Moldaver rejette toute interprétation de l’art. 8 qui permettrait aux prédateurs sexuels ou aux conjoints violents de conserver une attente

in text messages that they may send to their victims (para. 169). However, since *Hunter*, prior judicial authorization has been relied on to preserve our privacy rights under s. 8. In consequence, the fruits of a search cannot be used to justify an unreasonable privacy violation. To be meaningful, the s. 8 analysis must be content neutral.

[49] Nor does my position lead inevitably to the conclusion that text messages sent by sexual predators to children or sent by abusive partners to their spouses will not be allowed into evidence. Three scenarios are possible.

[50] On the first scenario, the victim, his or her parents, or other intelligence alerts the police to the existence of offensive or threatening text messages on a device. Assuming that s. 8 is engaged when police access text messages volunteered by a third party (see *R. v. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, at paras. 21-35 (CanLII)), a breach can be avoided if the police obtain a warrant prior to accessing the text messages. As stated in *Cole*, “[t]he school board was . . . legally entitled to inform the police of its discovery of contraband on the laptop” and “[t]his would doubtless have permitted the police to obtain a warrant to search the computer for the contraband” (para. 73). Similarly, victims of cyber abuse are legally entitled to inform the police, which will typically permit the police to obtain a warrant. The police officers will be aware that they should not look at the text messages in question prior to obtaining a warrant. On this scenario, there is no breach of s. 8 and the text messages will be received in evidence.

[51] The second scenario is where the police, for whatever reason, access an offensive or threatening text message without obtaining prior judicial authorization. On this scenario, depending on the totality of the circumstances, the accused may have a reasonable expectation of privacy in the text message

raisonnable au respect de leur vie privée à l’égard des messages textes qu’ils peuvent envoyer à leurs victimes (par. 169). Cependant, depuis l’arrêt *Hunter*, on se sert d’une autorisation judiciaire préalable pour préserver les droits à la vie privée que nous reconnait l’art. 8. En conséquence, les fruits d’une fouille ou d’une perquisition ne peuvent être utilisés pour justifier une atteinte abusive à la vie privée. L’analyse fondée sur l’art. 8 n’a de sens que si elle est neutre au plan du contenu.

[49] Ma position ne mène pas non plus forcément à la conclusion selon laquelle les messages textes envoyés par des prédateurs sexuels à des enfants ou par des personnes violentes à leur conjoint ne seront pas admis en preuve. Trois scénarios peuvent se présenter.

[50] Dans le premier scénario, la victime, ses parents ou une autre source de renseignements signalent aux policiers l’existence de messages textes offensants ou menaçants sur un appareil. À supposer que l’art. 8 entre en jeu lorsque les policiers prennent connaissance de messages textes divulgués par un tiers (voir *R. c. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, par. 21-35 (CanLII)), les policiers peuvent éviter une atteinte s’ils obtiennent un mandat au préalable. Comme l’affirme la Cour dans *Cole*, « le conseil scolaire avait légalement le droit d’informer la police de sa découverte de documents illicites dans l’ordinateur portatif », ce qui « aurait sans aucun doute permis à la police d’obtenir un mandat pour fouiller l’ordinateur afin d’y trouver les documents illicites » (par. 73). De même, les victimes d’exploitation par Internet ont légalement le droit d’en informer les policiers, ce qui permet habituellement à ces derniers d’obtenir un mandat. Les policiers sauront qu’ils ne doivent pas lire les messages textes en question avant d’obtenir un mandat. Dans ce scénario, il n’y a aucune violation de l’art. 8 et les messages textes sont admis en preuve.

[51] Dans le deuxième scénario, les policiers prennent connaissance, pour quelque raison que ce soit, d’un message texte offensant ou menaçant sans avoir obtenu une autorisation judiciaire préalable. Suivant l’ensemble des circonstances, l’accusé peut avoir une attente raisonnable au respect de sa vie

and therefore have standing to argue that the text message should be excluded. Standing is merely the opportunity to argue one's case. It does not follow that the accused's argument will succeed, or that the search of the text message will be found to violate s. 8. While a warrantless search is presumptively unreasonable under s. 8, it is open to the Crown to establish on a balance of probabilities that the search was authorized by law, the law is reasonable, and the search was carried out in a reasonable manner: see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278.

[52] The third scenario arises where a reasonable expectation of privacy in the text messages and a breach of s. 8 are established under the second scenario. This does not mean that the evidence will be excluded. The Crown can argue that the evidence should be admitted under s. 24(2).

[53] My colleague Moldaver J. “foresee[s]” various other “troubling consequences for law enforcement and the administration of criminal justice” (para. 180). It is suggested that s. 8 challenges will add to the time required to try cases, and may disrupt the “balance” between the state's interest in effective law enforcement and individuals' expectations of privacy (*ibid.*). If and when such concerns arise, it will be for courts to address them. There is nothing in the record to suggest that the justice system cannot adapt to the challenges of recognizing that some text message conversations may engage s. 8 of the *Charter*. Nor is it disputed that, where scrutiny of an electronic conversation is concerned, the state's interest in effective law enforcement is outweighed by “the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy”: *Plant*, at p. 293. Whatever law enforcement's interest in enjoying unfettered access to individuals' text messages, privacy in electronic conversations is worthy of constitutional protection. That protection should not be lightly denied.

privée à l'égard du message texte et, partant, avoir qualité pour soutenir qu'il y a lieu de l'écartier. La qualité pour agir ne confère que la possibilité de faire valoir son point de vue. Cela ne veut pas dire pour autant que l'argument de l'accusé sera retenu ou que la recherche du message texte sera jugée contraire à l'art. 8. Bien qu'une fouille ou perquisition sans mandat soit présumée abusive au sens de l'art. 8, la Couronne peut établir, selon la prépondérance des probabilités, que la fouille était autorisée par la loi, que la loi elle-même n'a rien d'abusif et que la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive (voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278).

[52] Le troisième scénario se présente lorsqu'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard des messages textes et une violation de l'art. 8 sont établies dans le deuxième scénario. Cela n'emporte pas exclusion de la preuve. La Couronne peut soutenir que la preuve devrait être admise en application du par. 24(2).

[53] Mon collègue le juge Moldaver « entrevoit [t] » diverses autres « conséquences inquiétantes pour l'application de la loi et l'administration de la justice pénale » (par. 180). On laisse entendre que les contestations fondées sur l'art. 8 prolongeront le temps qu'il faut pour instruire des procès et qu'elles risquent de rompre l'« équilibre » entre l'intérêt de l'État à une application efficace de la loi et les attentes des particuliers en ce qui concerne le respect de leur vie privée (*ibid.*). Si de telles craintes se concrétisent, et quand elles se concrétiseront, il appartiendra aux tribunaux d'y répondre. Rien dans le dossier ne laisse croire que le système de justice ne peut s'adapter aux difficultés engendrées par la reconnaissance de la possibilité que certaines conversations par message texte fassent intervenir l'art. 8 de la *Charte*. On ne conteste pas non plus que, lorsqu'il s'agit d'examiner une conversation électronique, l'intérêt de l'État à une application efficace de la loi est supplanté par « les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne » (*Plant*, p. 293). Quel que soit l'intérêt des forces de l'ordre à jouir d'un accès illimité aux messages textes de particuliers, le respect de la vie privée à l'égard des conversations électroniques mérite une protection constitutionnelle. Cette protection ne doit pas être refusée à la légère.

(e) *Conclusion on Reasonable Expectation of Privacy*

[54] I conclude that Mr. Marakah's subjective expectation that his electronic conversation with Mr. Winchester would remain private was objectively reasonable in the totality of the circumstances. Each of the three factors relevant to this inquiry in this case, place, capacity to reveal personal information, and control, support this conclusion. If the place of the search is viewed as a private electronic space accessible by only Mr. Marakah and Mr. Winchester, Mr. Marakah's reasonable expectation of privacy is clear. If the place of the search is viewed as Mr. Winchester's phone, this reduces, but does not negate, Mr. Marakah's expectation of privacy. The mere fact of the electronic conversation between the two men tended to reveal personal information about Mr. Marakah's lifestyle; namely, that he was engaged in a criminal enterprise: see *Patrick*, at para. 32. This the police could glean when they had done no more than scrolled through Mr. Winchester's messages and identified Mr. Marakah as one of his correspondents. In addition, Mr. Marakah exercised control over the informational content of the electronic conversation and the manner in which information was disclosed. Therefore, Mr. Marakah has standing to challenge the search and the admission of the evidence, even though the state accessed his electronic conversation with Mr. Winchester through the latter's iPhone. This conclusion is not displaced by policy concerns.

[55] I conclude that in this case, Mr. Marakah had standing under s. 8 of the *Charter*. This is not to say, however, that every communication occurring through an electronic medium will attract a reasonable expectation of privacy and hence grant an accused standing to make arguments regarding s. 8 protection. This case does not concern, for example, messages posted on social media, conversations occurring in crowded Internet chat rooms, or comments posted on online message boards. On the facts of this case, Mr. Marakah had a reasonable expectation of privacy in the electronic conversation accessed

e) *Conclusion sur l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée*

[54] Selon moi, l'attente subjective de M. Marakah que sa conversation électronique avec M. Winchester demeure privée était objectivement raisonnable eu égard à l'ensemble des circonstances. Les trois facteurs pertinents en l'espèce, soit le lieu, la possibilité de dévoiler des renseignements personnels et le contrôle, militent tous en faveur de cette conclusion. Si l'on considère que le lieu de la fouille était un espace électronique privé auquel n'avaient accès que MM. Marakah et Winchester, l'attente raisonnable de M. Marakah au respect de sa vie privée est limpide. Si, en revanche, on considère que le lieu de la fouille était le téléphone de M. Winchester, cela réduit, sans toutefois exclure, l'attente de M. Marakah au respect de sa vie privée. La simple existence de la conversation électronique entre les deux hommes tendait à dévoiler des renseignements personnels sur le mode de vie de M. Marakah, à savoir son implication dans une entreprise criminelle (voir *Patrick*, par. 32). Les policiers ont pu s'en rendre compte alors qu'ils n'avaient fait que parcourir les messages de M. Winchester et identifier M. Marakah comme l'un de ses interlocuteurs. En outre, M. Marakah a exercé un contrôle sur le contenu informationnel de la conversation électronique et la manière dont les renseignements ont été divulgués. M. Marakah a donc qualité pour contester la fouille ainsi que l'admission des éléments de preuve recueillis, et ce, même si l'État a pris connaissance de la conversation électronique entre lui et M. Winchester par le biais de l'iPhone de ce dernier. Cette conclusion n'est pas écartée par des préoccupations d'ordre public.

[55] Je conclus que M. Marakah avait qualité pour agir en vertu de l'art. 8 de la *Charte* en l'espèce. Cela ne veut toutefois pas dire que toute communication faite électroniquement fera naître une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée et permettra, par conséquent, à l'accusé d'avoir qualité pour exprimer son avis sur la protection de l'art. 8. Nous ne sommes pas en présence, par exemple, de messages publiés sur les médias sociaux, de conversations tenues dans des salons de cyberbavardage bondés ou de commentaires publiés sur des babillards en ligne. Au vu des faits de

through Mr. Winchester's device; different facts may well lead to a different result.

C. *Was the Search Unreasonable?*

[56] If Mr. Marakah had standing, the Crown concedes that the search was unreasonable. Though the Crown argued before the application judge that it was a valid search incident to Mr. Winchester's arrest, the application judge rejected that submission and the Crown did not pursue it before this Court.

[57] It follows that the evidence was obtained by an unreasonable search of the electronic conversation between Mr. Marakah and Mr. Winchester, in violation of Mr. Marakah's right under s. 8 of the *Charter*. The text messages are thus presumptively inadmissible against him, subject to s. 24(2).

D. *Should the Evidence Be Excluded?*

[58] The application judge did not conduct an analysis under s. 24(2) of the *Charter* because he ruled against Mr. Marakah on standing. The Crown submits that, if he has standing, the evidence should not be excluded under s. 24(2). I cannot agree.

[59] Section 24(2) provides:

Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

[60] In this case, consideration of the three lines of inquiry described in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32,

l'espèce, M. Marakah avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard de la conversation électronique obtenue au moyen de l'appareil de M. Winchester; des faits différents pourraient fort bien aboutir à un résultat différent.

C. *La fouille était-elle abusive?*

[56] Si M. Marakah avait qualité pour agir, la Couronne admet que la fouille était abusive. Même si la Couronne a fait valoir devant le juge des requêtes qu'il s'agissait d'une fouille valide accessoire à l'arrestation de M. Winchester, le juge des requêtes a rejeté cet argument et la Couronne ne l'a pas avancé devant notre Cour.

[57] Il s'ensuit que les éléments de preuve ont été recueillis à la suite de la fouille abusive de la conversation électronique de M. Marakah avec M. Winchester et que cette fouille violait le droit que l'art. 8 de la *Charte* reconnaît à M. Marakah. Les messages textes sont par conséquent présumés inadmissibles en preuve contre lui, sous réserve du par. 24(2).

D. *Les éléments de preuve doivent-ils être écartés?*

[58] Le juge des requêtes n'a pas procédé à une analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* parce qu'il a rendu une décision défavorable à M. Marakah sur la question de la qualité pour agir. La Couronne affirme que, s'il a qualité pour agir, les éléments de preuve ne devraient pas être écartés en vertu du par. 24(2). Je ne partage pas son opinion.

[59] Le paragraphe 24(2) dispose :

Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[60] En l'espèce, après avoir tenu compte des trois questions énoncées dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009

[2009] 2 S.C.R. 353, at para. 71, leads to the conclusion that the evidence must be excluded.

(1) Seriousness of the Charter-Infringing Conduct

[61] The police's *Charter*-infringing conduct was sufficiently serious to favour the exclusion of the evidence. As this Court recently explained in *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202, "[t]he court's task in considering the seriousness of *Charter*-infringing state conduct is to situate that conduct on a scale of culpability", with "inadvertent or minor violations" at one end and "wilful or reckless disregard of *Charter* rights" at the other: para. 43, quoting *Grant*, at para. 74. Here, the actions of police fall toward the more serious end of the spectrum.

[62] The search of Mr. Winchester's iPhone was not *Charter* compliant, the application judge concluded, because it was not a valid search incident to his arrest. Though there is no suggestion that Mr. Winchester's arrest was anything but lawful, the police did not search his iPhone until more than two hours later. It was in the course of this search — which the Crown now concedes was unreasonable — that police searched the electronic conversation between Mr. Winchester and Mr. Marakah.

[63] The Crown submits that the lawfulness of Mr. Winchester's arrest diminishes the seriousness of the *Charter* breach. The Crown argues that there was nothing improper about the seizure of Mr. Winchester's iPhone incident to his arrest, and notes that the application judge made no finding of bad faith on the part of police. Before this Court's decision in *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, the Crown says, it was "not so clear" that the police required "an additional warrant" to forensically examine Mr. Winchester's iPhone.

CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 71, j'en arrive à la conclusion que les éléments de preuve doivent être écartés.

(1) Gravité de la conduite attentatoire

[61] La conduite des policiers qui portait atteinte aux droits garantis à l'appelant par la *Charte* était suffisamment grave pour justifier l'exclusion des éléments de preuve. Comme notre Cour l'a récemment expliqué dans l'arrêt *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202, « [l]orsqu'il apprécie la gravité d'une mesure de l'État qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*, le tribunal doit situer cette conduite sur [une] échelle de culpabilité » sur laquelle les « violations mineures ou commises par inadvertance » se trouvent à une extrémité et « [le] mépris délibéré des droits garantis par la *Charte* » se trouve à l'autre (par. 43, citant l'arrêt *Grant*, par. 74). Dans le cas qui nous occupe, les agissements des policiers tendent vers l'extrémité de l'échelle de culpabilité la plus grave.

[62] La fouille de l'iPhone de M. Winchester n'était pas conforme à la *Charte*, selon le juge des requêtes, parce qu'elle ne constituait pas une fouille accessoire à son arrestation et valide à ce titre. Même si rien ne permet de penser que l'arrestation de M. Winchester n'était pas légale, plus de deux heures se sont écoulées avant que les policiers examinent son iPhone. C'est au cours de cette fouille — qui, comme la Couronne l'admet maintenant, était abusive — que les policiers ont cherché la conversation électronique entre MM. Winchester et Marakah.

[63] D'après la Couronne, la légalité de l'arrestation de M. Winchester atténue la gravité de la violation de la *Charte*. La Couronne fait valoir que la saisie de l'iPhone de M. Winchester effectuée accessoirement à son arrestation n'est entachée d'aucune irrégularité et signale que le juge des requêtes n'a pas conclu à la mauvaise foi de la police. Elle ajoute qu'avant l'arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, [TRANSDUCTION] « la jurisprudence était encore flottante » quant à la nécessité pour les policiers d'obtenir « un autre mandat » pour procéder à l'examen criminel de l'iPhone de M. Winchester.

[64] This reliance on *Fearon* is misplaced. In his reasons for the majority in that case, which concerned the extent of the common law power to search incident to arrest, Cromwell J. described the state of the law as follows, at para. 2:

At least four approaches have emerged. The first is to hold that the power to search incident to arrest generally includes the power to search cell phones, provided that the search is truly incidental to the arrest The second view is that “cursory” searches are permitted A third is that thorough “data-dump” searches are *not* permitted incident to arrest Finally, it has also been held that searches of cell phones incident to arrest are not permitted except in exigent circumstances, in which a “cursory” search is permissible. [Emphasis in original; citations omitted.]

[65] None of these approaches would have justified the search of Mr. Winchester’s iPhone. As the application judge noted, at para. 114 of his reasons, “there is no evidence . . . as to why Winchester’s phone could not have been searched at the time of arrest and at least rendered safe [or] of why the delay of more than two hours occurred before the phone was looked at”. The forensic examination of Mr. Winchester’s iPhone breached the *Charter* not only because of its extent, but also because of its timing. On the application judge’s findings, this simply was not a search incident to arrest. Even if the police acted in good faith in waiting more than two hours to search the iPhone, their error cannot be described as reasonable: see *Paterson*, at para. 44, citing *Buhay*, at para. 59. The law in this regard was clear before *Fearon*, just as it is now. In the absence of any explanation of the delay, searching Mr. Winchester’s iPhone without a warrant two hours after his arrest was “reckless and showed an insufficient regard for *Charter* rights”: *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at para. 24.

[64] La Couronne a tort d’invoquer ainsi l’arrêt *Fearon*. Dans les motifs qu’il a rédigés au nom de la majorité dans cet arrêt, qui portait sur l’étendue du pouvoir reconnu en common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation, le juge Cromwell explique en ces termes l’état du droit, au par. 2 :

Au moins quatre solutions ont été retenues. Selon la première, le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation comprend généralement le pouvoir de fouiller des téléphones cellulaires, pourvu que la fouille soit véritablement accessoire à l’arrestation [. . .] Selon la deuxième, les fouilles « sommaires » sont permises [. . .] Selon une troisième solution, les fouilles en profondeur par vidage de données *ne* sont *pas* permises accessoirement à l’arrestation [. . .] Enfin, on a également estimé que les fouilles accessoires à l’arrestation à l’égard de téléphones cellulaires ne sont pas permises sauf en situation d’urgence, auquel cas une fouille « sommaire » est permise. [En italique dans l’original; références omises.]

[65] Aucune de ces solutions n’aurait justifié la fouille de l’iPhone de M. Winchester. Comme le juge des requêtes l’a souligné, au par. 114 de ses motifs, [TRADUCTION] « il n’y a aucun élément de preuve [. . .] quant aux raisons pour lesquelles le téléphone de M. Winchester n’aurait pas pu être la cible d’une fouille au moment de l’arrestation ou à tout le moins être désactivé [ou] pour expliquer le délai de plus de deux heures que les policiers ont laissé s’écouler avant d’examiner le téléphone ». L’examen criminel de l’iPhone de M. Winchester a violé la *Charte* non seulement en raison de son étendue, mais aussi à cause du moment où il a eu lieu. Il ressort des conclusions du juge des requêtes qu’il ne s’agissait tout simplement pas d’une fouille accessoire à une arrestation. Même si les policiers ont agi de bonne foi en attendant plus de deux heures avant de procéder à la fouille de l’iPhone, cette erreur ne saurait être qualifiée de raisonnable (voir *Paterson*, par. 44, citant *Buhay*, par. 59). Le droit était tout aussi clair à ce sujet avant l’arrêt *Fearon* qu’il l’est maintenant. À défaut d’explication pour ce délai, les agissements des policiers, qui ont attendu deux heures après l’arrestation de M. Winchester avant de fouiller son iPhone sans mandat, « relevaient de l’imprudence et témoignaient d’un manque de respect à l’égard des droits garantis par la *Charte* » (*R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 24).

[66] The police committed a serious breach of the *Charter* in examining Mr. Winchester's iPhone. That this was an infringement of Mr. Winchester's s. 8 right, not Mr. Marakah's, does not detract from its seriousness. Of course, the police also breached Mr. Marakah's s. 8 right directly when, in their search of Mr. Winchester's iPhone, they examined the contents of the electronic conversation between the two men. This, too, lacked any reasonable pretext of lawful authority. I conclude that the conduct of police in accessing and searching the electronic conversation through Mr. Winchester's iPhone was sufficiently serious to favour the exclusion of the evidence.

(2) Impact of the *Charter*-Infringing Conduct on Mr. Marakah's *Charter*-Protected Interests

[67] The impact of the *Charter*-infringing conduct on Mr. Marakah's *Charter*-protected privacy interest was significant. Though, as LaForme J.A. acknowledged, Mr. Marakah had no independent interest in Mr. Winchester's iPhone, he nonetheless had a considerable, *Charter*-protected privacy interest in his and Mr. Winchester's electronic conversation, the contents of which the illegal search of Mr. Winchester's iPhone revealed. That electronic conversation revealed private information that went to Mr. Marakah's biographical core, as I have described. Mr. Marakah had a reasonable expectation that the fact of his electronic conversation with Mr. Winchester, as well as its contents, would remain private. The *Charter*-infringing actions of police obliterated that expectation. The impact on Mr. Marakah's *Charter*-protected interest was not just substantial; it was total.

[68] I recognize that, in certain circumstances, sharing control of subject matter diminishes an individual's privacy interest therein; because Mr. Marakah shared the ability to control access to the electronic conversation with Mr. Winchester, Mr. Marakah's reasonable expectation of privacy was diminished (see

[66] Les policiers ont commis une grave violation de la *Charte* en examinant l'iPhone de M. Winchester. Le fait qu'il s'agissait d'une atteinte au droit garanti par l'art. 8 à M. Winchester, et non à celui garanti à M. Marakah, ne diminue en rien sa gravité. Bien entendu, les policiers ont également violé directement le droit garanti par l'art. 8 à M. Marakah lorsqu'en procédant à la fouille de l'iPhone de M. Winchester, ils ont examiné la teneur de la conversation électronique entre les deux hommes. Cet acte a lui aussi été accompli sans la moindre apparence de pouvoir légal. Je conclus que les actes commis par les policiers en prenant connaissance de la conversation électronique et en la cherchant par le biais de l'iPhone de M. Winchester étaient suffisamment graves pour privilégier l'exclusion des éléments de preuve.

(2) Incidence de la conduite attentatoire sur les droits reconnus par la *Charte* à M. Marakah

[67] L'incidence de l'atteinte portée au droit à la vie privée garanti par la *Charte* à M. Marakah était considérable. Même si, comme le juge LaForme l'a reconnu, M. Marakah n'avait pas d'intérêt personnel en ce qui concerne l'iPhone de M. Winchester, il avait néanmoins un important droit au respect de sa vie privée reconnu par la *Charte* dans la conversation électronique qu'il avait eue avec M. Winchester, dont le contenu avait été révélé à la suite de la fouille illégale de l'iPhone de M. Winchester. Comme je l'ai déjà expliqué, cette conversation électronique avait révélé des renseignements biographiques d'ordre privé au sujet de M. Marakah, qui s'attendait raisonnablement à ce que l'existence de sa conversation électronique avec M. Winchester, ainsi que la teneur de cette conversation, demeurent privées. Les agissements des policiers qui ont eu pour effet de violer les droits garantis à M. Marakah par la *Charte* ont réduit à néant cette attente. Cette violation a eu sur le droit en question une incidence non seulement importante, mais dévastatrice.

[68] Je reconnais que dans certains cas, le partage du contrôle sur l'objet réduit le droit d'un particulier au respect de sa vie privée à l'égard de cet objet; comme M. Marakah contrôlait avec M. Winchester l'accès à leur conversation électronique, l'attente de M. Marakah au respect de sa vie privée, bien que

Cole, at paras. 58 and 92), and that the impact of the search must be assessed accordingly: see *Paterson*, at para. 49; *Grant*, at para. 78; *Buhay*, at para. 65; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 40. Even so, to argue against the evidence’s exclusion on this basis would re-introduce at the s. 24(2) stage the very sort of risk analysis that this Court rejected in *Duarte*. It cannot be that the impact on an accused’s *Charter*-protected interests is less serious when an electronic conversation is illegally accessed through someone else’s phone than when the same conversation — in which the accused has the same *Charter*-protected interest — is illegally accessed through the accused’s own phone. A search may impact other, different *Charter*-protected interests of the accused if it is his phone that is examined. But, so far as the impact on the accused’s privacy interest in the *electronic conversation* is concerned, the two scenarios just described are indistinguishable.

[69] Control of access to an electronic conversation is, by definition, shared by two or more participants. If this fact is sufficient to negate the impact of an illegal search of that conversation, then this factor will tend to favour the admission of the evidence in any case where an electronic conversation has been illegally searched. This can only undermine the very privacy interest that s. 8 of the *Charter* protects. This approach must be rejected. I conclude that the impact of the *Charter*-infringing search on Mr. Marakah’s *Charter*-protected privacy interest was considerable. This factor favours exclusion.

(3) Society’s Interest in the Adjudication of the Case on Its Merits

[70] Society’s interest in the adjudication of the case on its merits is significant. The SMS messages offer highly reliable and probative evidence in the prosecution of a serious offence. Exclusion of the messages “would result in the absence of evidence

raisonnable, était moindre (voir *Cole*, par. 58 et 92), et que l’incidence de la fouille doit être évaluée en conséquence (voir *Paterson*, par. 49; *Grant*, par. 78; *Buhay*, par. 65; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 40). Malgré cela, plaider contre l’exclusion des éléments de preuve en invoquant cette raison reviendrait à réintroduire à cette étape de l’examen fondé sur le par. 24(2) le type même d’analyse du risque que celui que notre Cour a rejeté dans l’arrêt *Duarte*. On ne saurait prétendre que l’impact sur les droits de l’accusé protégés par la *Charte* est moins grave lorsqu’on obtient illégalement une conversation électronique par le biais du téléphone de quelqu’un d’autre que lorsqu’on accède à la même conversation — à l’égard de laquelle l’accusé possède le même droit protégé par la *Charte* — de façon illégale au moyen du téléphone de l’accusé. Une fouille peut avoir des répercussions sur d’autres droits garantis par la *Charte* à l’accusé si c’est son téléphone qui est examiné. Mais, pour ce qui est du droit de l’accusé au respect de sa vie privée à l’égard de la *conversation électronique*, les deux scénarios que je viens d’évoquer ont des conséquences identiques.

[69] Le contrôle de l’accès à une conversation électronique est, par définition, exercé par au moins deux personnes. S’il suffit à annuler l’incidence de la recherche illégale de cette conversation, ce facteur tend alors à favoriser l’admission des éléments de preuve chaque fois qu’une conversation électronique a été obtenue à la suite d’une fouille illégale, ce qui ne peut que compromettre le droit à la vie privée même que protège l’art. 8 de la *Charte*. Cette solution doit être écartée. Je conclus que l’incidence de la fouille attentatoire sur le droit en matière de respect de la vie privée garanti par la *Charte* à M. Marakah était considérable. Ce facteur milite en faveur de l’exclusion des éléments de preuve.

(3) Intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond

[70] L’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond est important. Les messages SMS recèlent des éléments de preuve très fiables et très probants lors de la poursuite d’une infraction grave. L’exclusion des messages « entraînerait l’absence

by which the appellant could be convicted”: *Plant*, at p. 301.

[71] This factor favours admission.

(4) The Evidence Should Be Excluded

[72] As the Court recognized in *Grant*, at para. 84, “while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high”. Though the exclusion of the evidence would eviscerate the Crown’s case against Mr. Marakah on serious charges, “[i]t is . . . important not to allow . . . society’s interest in adjudicating a case on its merits to trump all other considerations, particularly where . . . the impugned conduct was serious and worked a substantial impact on the appellant’s Charter right”: *Paterson*, at para. 56. That is this case.

[73] On balance, I conclude that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. It must therefore be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

E. *Should the Proviso Apply?*

[74] The Crown submits that, even if the text messages obtained from Mr. Winchester’s iPhone should be excluded, the appeal should nonetheless be dismissed on the basis of the “curative proviso” in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The proviso can apply only where the Crown satisfies the court “that the verdict would necessarily have been the same if [the] error had not occurred”: *R. v. Wildman*, [1984] 2 S.C.R. 311, at p. 328, quoting *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 744. The Crown submits that this condition is satisfied in this case because, it says, even if the text messages obtained from Mr. Winchester’s iPhone should have been excluded, the same text messages from Mr. Marakah’s BlackBerry should not have

de preuve permettant de conclure à la culpabilité de l’accusé » (*Plant*, p. 301).

[71] Ce facteur milite en faveur de l’admission en preuve des messages.

(4) Les éléments de preuve doivent être écartés

[72] Comme la Cour l’a reconnu dans *Grant*, par. 84, « si la gravité d’une infraction accroît l’intérêt du public à ce qu’il y ait un jugement au fond, l’intérêt du public en l’irréprochabilité du système de justice n’est pas moins vital, particulièrement lorsque l’accusé encourt de lourdes conséquences pénales ». Même si l’exclusion des éléments de preuve viderait de son sens la preuve que la Couronne souhaite présenter contre M. Marakah à l’appui de graves accusations, « [i]l importe [. . .] de ne pas permettre que [. . .] l’intérêt de la société dans l’instruction de l’affaire au fond [. . .] l’emporte sur toutes les autres considérations, surtout lorsque [. . .] la conduite reprochée est grave et a une grande incidence sur un droit constitutionnel de l’appelant » (*Paterson*, par. 56). C’est bien le cas en l’espèce.

[73] Tout bien considéré, j’estime que l’admission en preuve des éléments en question déconsidérerait l’administration de la justice. Ils doivent par conséquent être exclus en application du par. 24(2) de la *Charte*.

E. *La disposition réparatrice doit-elle s’appliquer?*

[74] La Couronne affirme que, même si les messages textes obtenus de l’iPhone de M. Winchester devraient être exclus, le pourvoi devrait néanmoins être rejeté en raison de la « disposition réparatrice » du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Cette disposition ne peut s’appliquer que lorsque la Couronne établit à la satisfaction du tribunal « que le verdict aurait nécessairement été le même si [l’]erreur ne s’était pas produite » (*R. c. Wildman*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 328, citant l’arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, p. 744). Toujours selon la Couronne, cette condition est remplie en l’espèce parce qu’à son avis, même si les messages textes récupérés de l’iPhone de M. Winchester auraient dû être exclus, les mêmes messages textes provenant du BlackBerry

been. According to the Crown, the application judge did not err in admitting the text messages from Mr. Winchester's phone; he erred in admitting the text messages from the *wrong* phone — he should have admitted them from Mr. Marakah's BlackBerry, instead. The Crown asks this Court to reverse both rulings, conclude that the text messages from Mr. Marakah's BlackBerry should have been admitted, and, by operation of the proviso, allow his convictions to stand.

[75] I would not entertain this submission. It is not open to this Court to speculate as to whether the application judge might have ruled differently on the admissibility of the text messages from Mr. Marakah's BlackBerry if he had not erred in admitting the text messages from Mr. Winchester's iPhone. The application judge made two different rulings based on his assessment of two different searches. That the searches both revealed the same text messages does not make the rulings any less distinct. Nor is it within the scope of this appeal to revisit the application judge's evidentiary decisions at large. As Doherty J.A. explained in *R. v. James*, 2011 ONCA 839, 283 C.C.C. (3d) 212, at para. 56:

The application of the *proviso* must be considered in the context of the evidence heard by the jury, not the evidence it might have heard had the trial judge made different rulings. To consider excluded evidence, even wrongly excluded evidence, in deciding whether the *proviso* should be applied, is to apply the *proviso* to a different case than the one heard by the jury. [Emphasis added.]

[76] The Crown notes that the application judge's reasons for excluding the text messages from Mr. Marakah's BlackBerry referred to his ruling admitting the text messages from Mr. Winchester's iPhone. The application judge said, at paras. 121-23:

de M. Marakah n'auraient pas dû l'être. D'après la Couronne, le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en admettant en preuve les messages textes extraits du téléphone de M. Winchester; il a eu tort d'admettre en preuve les messages textes provenant du *mauvais* téléphone : il aurait plutôt dû admettre en preuve ceux qui avaient été récupérés à partir du BlackBerry de M. Marakah. La Couronne demande à notre Cour d'infirmes les deux décisions, de conclure que les messages textes extraits du BlackBerry de M. Marakah auraient dû être admis en preuve et, par application de la disposition réparatrice, de confirmer les déclarations de culpabilité de M. Marakah.

[75] Je rejette cet argument. Il n'est pas loisible à notre Cour d'émettre des hypothèses sur la question de savoir si le juge des requêtes aurait pu rendre une décision différente sur l'admissibilité des messages textes provenant du BlackBerry de M. Marakah s'il n'avait pas commis d'erreur en admettant en preuve les messages textes récupérés à partir de l'iPhone de M. Winchester. Le juge des requêtes a rendu deux décisions distinctes après avoir évalué deux fouilles différentes. Le fait que les fouilles révélaient les mêmes messages textes ne rend pas ses décisions moins distinctes. Et il ne convient pas non plus dans le cadre du présent pourvoi de revoir les décisions que le juge des requêtes a rendues au chapitre de la preuve en général. Ainsi que le juge Doherty l'a expliqué dans l'arrêt *R. c. James*, 2011 ONCA 839, 283 C.C.C. (3d) 212, par. 56 :

[TRADUCTION] Il faut examiner l'application de la disposition réparatrice en tenant compte de la preuve entendue par le jury, et non de la preuve qu'il aurait pu entendre si le juge de première instance avait rendu des décisions différentes. Tenir compte d'éléments de preuve qui ont été écartés, même d'éléments de preuve écartés à tort, pour décider s'il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice revient à appliquer la disposition à une affaire différente de celle que le jury a instruite. [Je souligne.]

[76] La Couronne fait observer que, dans les motifs où il explique pourquoi il exclut les messages textes du BlackBerry de M. Marakah, le juge des requêtes renvoie à sa décision d'admettre en preuve les messages textes provenant de l'iPhone de M. Winchester. Voici ce que le juge des requêtes écrit, aux par. 121-123 :

Given the seriousness of the offences involved there is no question that society has a significant interest in adjudication of the charges against Mr. Marakah on the merits.

I do not understand, however, that the evidence in issue is crucial to the Crown's case. . . . The key evidence the Crown seeks to adduce at trial from what was seized [from Mr. Marakah's residence] are the text messages . . . recovered from Mr. Marakah's phone. However, the text messages in question are also on Winchester's iPhone and I have held that Mr. Marakah has no standing to challenge its seizure under the Charter. Accordingly, I do not consider that exclusion of the evidence in issue would result in the termination of the Crown's case.

Having regard to all of the three [*Grant*] factors discussed above, it is my conclusion that the admission of the evidence seized in Mr. Marakah's residence at trial would bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, the evidence from what was seized at Mr. Marakah's residence . . . shall be excluded. [Emphasis added.]

[77] This cross-reference, the Crown says, makes this a case like *R. v. C. (W.B.)* (2000), 142 C.C.C. (3d) 490 (Ont. C.A.). At trial, the Crown sought to introduce evidence that was contained in two separate documents, a transcript and a hearsay statement. The evidence in the two documents was substantially the same. The trial judge excluded the transcript and admitted the hearsay statement. A majority of the Court of Appeal concluded that both rulings were wrong and that the proviso applied, because, as Weiler J.A. reasoned for the majority, “[t]he trial judge did not commit two separate compartmentalized errors. He committed one global error respecting the form as to which to admit similar fact evidence or evidence of prior discreditable conduct” (para. 67). This Court unanimously agreed that the proviso was properly applied: 2001 SCC 17, [2001] 1 S.C.R. 530.

[TRADUCTION] Vu la gravité des infractions en cause, il ne fait aucun doute que la société a un intérêt important à ce que les accusations portées contre M. Marakah soient jugées au fond.

Je n'estime toutefois pas que les éléments de preuve en cause sont décisifs pour la poursuite. [. . .] Les éléments de preuve clés que la Couronne cherche à présenter au procès parmi ce qui a été saisi [au domicile de M. Marakah] sont les messages textes [. . .] récupérés à partir du téléphone de M. Marakah. Cependant, les messages textes en question se trouvent également dans l'iPhone de M. Winchester et j'ai déjà jugé que M. Marakah n'a pas qualité pour en contester la saisie en vertu de *Charte*. Par conséquent, je ne considère pas que l'exclusion des éléments de preuve en question porterait un coup fatal à la cause de la Couronne.

Compte tenu des trois facteurs [de l'arrêt *Grant*] examinés précédemment, j'en viens à la conclusion que l'admission en preuve au procès des éléments saisis chez M. Marakah déconsidérerait l'administration de la justice. En conséquence, les éléments de preuve provenant de la saisie pratiquée chez M. Marakah [. . .] seront exclus. [Je souligne.]

[77] Selon la Couronne, ce renvoi, par le juge des requêtes, à sa décision antérieure fait en sorte que la présente espèce s'apparente à l'affaire *R. c. C. (W.B.)* (2000), 142 C.C.C. (3d) 490 (C.A. Ont.). Au procès, la Couronne a cherché à présenter des éléments de preuve qui se trouvaient dans deux documents distincts, soit une transcription et une déclaration relatée. Les éléments de preuve contenus dans ces deux documents étaient essentiellement les mêmes. Le juge de première instance a exclu la transcription et a admis la déclaration relatée. La Cour d'appel a conclu, à la majorité, que ces deux décisions étaient erronées et que la disposition réparatrice s'appliquait parce que, comme l'a expliqué la juge Weiler au nom des juges majoritaires, [TRADUCTION] « [l]e juge de première instance n'a pas commis deux erreurs distinctes. Il n'a commis qu'une seule erreur globale qui portait sur les modalités d'admission d'une preuve de faits similaires ou d'une preuve de conduite antérieure déshonorante » (par. 67). Notre Cour a convenu à l'unanimité que la disposition réparatrice avait été appliquée à bon droit (2001 CSC 17, [2001] 1 R.C.S. 530).

[78] Like the trial judge in *C. (W.B.)*, the application judge in the case at bar admitted the evidence at issue from one source (Mr. Winchester’s iPhone) and excluded the same evidence from another source (Mr. Marakah’s BlackBerry) in the same ruling. In both cases, the reasons given for excluding the evidence from one source referred to the decision to admit it from the other. But the present case must be distinguished nonetheless. In *C. (W.B.)*, the trial judge, having (erroneously) admitted the hearsay statement, “excluded the . . . transcript on the basis that it had become unnecessary”: *C. (W.B.)* (C.A.), at para. 4 (emphasis added). In other words, the trial judge’s rulings were mirror images of one another; the transcript was excluded *because* the statement was admitted. The same cannot be said here. The application judge admitted the text messages from Mr. Winchester’s iPhone because he (erroneously) concluded that Mr. Marakah lacked standing to challenge the constitutionality of the police conduct that uncovered them. The application judge excluded the text messages from Mr. Marakah’s BlackBerry on an entirely separate basis. He determined that the warrant for the search of Mr. Marakah’s residence — in the course of which his BlackBerry was seized — was invalid. Though the application judge acknowledged the admission of the text messages from Mr. Winchester’s iPhone in his ruling excluding the text messages from Mr. Marakah’s BlackBerry, it simply cannot be said that the application judge excluded the text messages from Mr. Marakah’s BlackBerry *because* the text messages from Mr. Winchester’s iPhone would be admitted. Indeed, as I have already concluded, the text messages from Mr. Winchester’s iPhone should have been excluded even though the text messages from Mr. Marakah’s BlackBerry were not admitted, notwithstanding society’s interest in the adjudication of the case on the merits. The two rulings in this case cannot be construed as a single error, and so *C. (W.B.)* does not assist the Crown.

[78] À l’instar du juge de première instance dans *C. (W.B.)*, le juge des requêtes en l’espèce a admis dans la même décision les éléments de preuve en litige provenant d’une source (l’iPhone de M. Winchester) et exclu les mêmes éléments de preuve provenant d’une autre source (le BlackBerry de M. Marakah). Dans un cas comme dans l’autre, les motifs exposés pour justifier l’exclusion des éléments de preuve provenant d’une source faisaient état de la décision d’admettre les éléments de preuve provenant de l’autre source. Il y a néanmoins lieu d’établir une distinction entre cette affaire et la présente espèce. Dans l’affaire *C. (W.B.)*, après avoir admis (à tort) la déclaration relatée, le juge de première instance [TRADUCTION] « a exclu [. . .] la transcription au motif qu’elle n’était plus nécessaire » (*C. (W.B.)* (C.A.), par. 4 (je souligne)). Autrement dit, les décisions du juge de première instance étaient le reflet l’une de l’autre; la transcription a été écartée *parce que* la déclaration avait été admise. On ne peut en dire autant en l’espèce. Le juge des requêtes a admis en preuve les messages textes récupérés de l’iPhone de M. Winchester parce qu’il avait conclu (à tort) que M. Marakah n’avait pas qualité pour contester la constitutionnalité des agissements des policiers qui avaient permis de les découvrir. Le juge des requêtes a exclu les messages textes provenant du BlackBerry de M. Marakah pour une raison tout à fait différente. Il a estimé que le mandat autorisant la perquisition du domicile de M. Marakah — au cours de laquelle le BlackBerry de ce dernier avait été saisi — était invalide. Bien que le juge des requêtes ait fait état de l’admission des messages textes extraits de l’iPhone de M. Winchester dans sa décision d’exclure les messages textes provenant du BlackBerry de M. Marakah, on ne peut tout simplement pas dire que le juge des requêtes a exclu les messages textes provenant du BlackBerry de M. Marakah *parce que* les messages textes récupérés à partir de l’iPhone de M. Winchester seraient admis en preuve. D’ailleurs, comme je l’ai déjà conclu, les messages textes provenant de l’iPhone de M. Winchester auraient dû être exclus même si les messages textes extraits du BlackBerry de M. Marakah n’ont pas été admis en preuve, et ce malgré l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond. Les deux décisions rendues dans la présente affaire ne peuvent être considérées comme une seule erreur; l’arrêt *C. (W.B.)* n’est donc d’aucun secours pour la Couronne.

[79] Here, the application judge’s error was in admitting the text messages from Mr. Winchester’s iPhone. Without the erroneously admitted evidence obtained from Mr. Winchester’s iPhone, Mr. Marakah would have been acquitted. He was convicted instead. To allow that conviction to stand would be a miscarriage of justice. The proviso does not apply.

III. Conclusion and Disposition

[80] The application judge and the majority of the Court of Appeal erred in holding that Mr. Marakah had no standing to challenge the admission of the SMS messages obtained from Mr. Winchester’s iPhone. Mr. Marakah reasonably expected that his electronic conversation with Mr. Winchester would remain private, even though it could be accessed through Mr. Winchester’s mobile device. That reasonable expectation was protected by s. 8 of the *Charter*.

[81] The Crown concedes that, if Mr. Marakah had standing, the search was unreasonable and violated Mr. Marakah’s right under s. 8. It follows that the evidence is *prima facie* inadmissible. Since I conclude that its admission against Mr. Marakah would bring the administration of justice into disrepute, it must be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The curative proviso does not apply.

[82] I would allow the appeal, set aside the convictions and enter acquittals on all charges.

The following are the reasons delivered by

[83] ROWE J. — Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that “[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.” To ground a claim under s. 8, individuals must establish that they have a reasonable expectation of privacy in the subject matter being

[79] En l’espèce, l’erreur du juge des requêtes consiste à avoir admis en preuve les messages textes provenant de l’iPhone de M. Winchester. Sans les éléments de preuve récupérés de l’iPhone de M. Winchester qui ont été admis à tort en preuve, M. Marakah aurait été acquitté au lieu d’être déclaré coupable. Confirmer cette déclaration de culpabilité constituerait une erreur judiciaire. La disposition réparatrice ne s’applique pas.

III. Conclusion et dispositif

[80] Le juge des requêtes et la majorité de la Cour d’appel ont commis une erreur en concluant que M. Marakah n’avait pas qualité pour contester l’admission en preuve des messages SMS obtenus de l’iPhone de M. Winchester. M. Marakah s’attendait raisonnablement à ce que sa conversation électronique avec M. Winchester demeure privée, même si les policiers pouvaient en prendre connaissance par le truchement de l’appareil mobile de M. Winchester. Cette attente raisonnable était protégée par l’art. 8 de la *Charte*.

[81] La Couronne admet que si M. Marakah avait qualité pour agir, la fouille était abusive et violait le droit reconnu à M. Marakah par l’art. 8. Il s’ensuit que les éléments de preuve recueillis sont inadmissibles à première vue. Comme je conclus que leur admission en preuve contre M. Marakah serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, ces éléments de preuve doivent être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. La disposition réparatrice ne s’applique pas.

[82] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler les déclarations de culpabilité et de prononcer l’acquiescement à l’égard de tous les chefs d’accusation.

Version française des motifs rendus par

[83] LE JUGE ROWE — L’article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dispose que « [c]haque un a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » Pour justifier un recours fondé sur l’art. 8, le demandeur doit établir qu’il a une attente raisonnable au respect de

searched. Once that expectation is established, the individual claimant gains standing, which allows them to challenge the lawfulness of a search or seizure and to seek to exclude unlawfully obtained evidence under s. 24(2) of the *Charter*. As noted by the Chief Justice, however, “[s]tanding is merely the opportunity to argue one’s case. It does not follow that the [claimant’s] argument will succeed, or that the search . . . will be found to violate s. 8” (para. 51).

[84] The existence of a reasonable expectation of privacy depends on the “totality of the circumstances” with reference to four factors: the subject matter of the search, the claimant’s interest in the subject matter at stake, the claimant’s subjective expectation of privacy in that subject matter, and the objective reasonableness of that expectation: *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 18; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 40; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 27; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 42. This final factor — the objective reasonableness of the expectation — is assessed by a number of considerations that vary according to the circumstances of each case.

[85] In this case, both the Chief Justice and Justice Moldaver assess the objective reasonableness of the expectation of privacy of the appellant, Mr. Marakah, on the basis of three considerations: the place of the search, the private nature of the subject matter, and control over the subject matter. The crux of their disagreement is the importance of control in this analysis. The Chief Justice takes the view that Mr. Marakah and his accomplice, Mr. Winchester, *shared control* over their electronic conversation and that this is “only one factor to be considered in the totality of the circumstances” (para. 44). Justice Moldaver, by contrast, considers control to be the decisive variable of the analysis on the basis that “when it comes to the reasonableness of a person’s expectation of privacy in a communication — including text message conversations — control is a crucial contextual factor” (para. 117). He reasons that by virtue of Mr. Marakah having *no control* over his message, his

sa vie privée relativement à l’objet de la fouille. Une fois que l’existence de cette attente est établie, le demandeur obtient la qualité pour agir qui lui permet de contester la légalité d’une perquisition, d’une fouille ou d’une saisie et de chercher à faire écarter, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus illégalement. Comme l’a souligné la Juge en chef, cependant, « [l]a qualité pour agir ne confère que la possibilité de faire valoir son point de vue. Cela ne veut pas dire pour autant que l’argument [du demandeur] sera retenu ou que [la fouille] sera jugée contraire à l’art. 8 » (par. 51).

[84] L’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dépend de l’« ensemble des circonstances », soit quatre facteurs : l’objet de la fouille, l’intérêt du demandeur dans l’objet en question, l’attente subjective du demandeur au respect de sa vie privée à l’égard de cet objet et le caractère objectivement raisonnable de cette attente (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 18; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 40; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 27; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 42). Ce dernier facteur — le caractère objectivement raisonnable de l’attente — est évalué à l’aune de considérations qui varient selon les circonstances de chaque cas.

[85] En l’espèce, tant la Juge en chef que le juge Moldaver évaluent le caractère objectivement raisonnable de l’attente de l’appellant, M. Marakah, au respect de sa vie privée en s’appuyant sur trois considérations : le lieu fouillé, le caractère privé de l’objet et le contrôle sur celui-ci. Leur désaccord porte essentiellement sur l’importance que revêt le contrôle dans cette analyse. La Juge en chef se dit d’avis que M. Marakah et son complice, M. Winchester, *se partageaient le contrôle* de leur conversation électronique et que ce « n’est qu’un des facteurs à prendre en considération parmi l’ensemble des circonstances » (par. 44). Pour sa part, le juge Moldaver estime que le contrôle est la variable décisive de l’analyse car, « en ce qui concerne le caractère raisonnable de l’attente d’une personne au respect de sa vie privée à l’égard d’une communication — telle une conversation par message texte —, le contrôle est un élément contextuel crucial » (par. 117). Il

expectation of privacy was not objectively reasonable.

[86] The technological means by which we communicate continue to change. An approach based on the totality of circumstances responds to such change because “the broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 is meant to keep pace with technological development”: *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 44. Digital communication inherently limits the control we have over the messages we send, as it inevitably creates a record that is beyond our control. While the same may be true of letters, for example, courts should analogize with care when comparing such different modes of communication. As this Court held in *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657:

The privacy interests implicated by computer searches are markedly different from those at stake in searches of receptacles such as cupboards and filing cabinets. Computers potentially give police access to vast amounts of information that users cannot control, that they may not even be aware of or may have chosen to discard and which may not be, in any meaningful sense, located in the place of the search. [Emphasis added; para. 24.]

[87] Similar considerations apply to the search of text messages. The quantity of information they contain and the speed at which they are transmitted give text messages a conversational quality that differs markedly from letters. For this reason, text messages are akin to a digital conversation. The modalities of texting *inherently* limited Mr. Marakah in his capacity to exercise control over the record of his conversation with Mr. Winchester. This *alone* should not be fatal to his reasonable expectation of privacy.

[88] The general approach set out by the Chief Justice with respect to the existence of a reasonable

estime que, comme M. Marakah n’exerçait *aucun contrôle* sur son message, son attente au respect de sa vie privée n’était pas objectivement raisonnable.

[86] Les moyens technologiques par lesquels nous communiquons continuent de changer. Une approche fondée sur l’ensemble des circonstances répond à ce changement parce que « le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l’art. 8 doit évoluer au rythme des progrès technologiques » (*R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 44). La communication numérique limite de par sa nature même le contrôle que nous exerçons sur les messages que nous envoyons, vu qu’elle crée forcément un historique qui échappe à notre contrôle. Bien que cela vaille aussi pour les lettres, par exemple, les tribunaux devraient procéder avec soin lorsqu’ils comparent des moyens de communication aussi différents. Comme l’a dit la Cour dans *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657 :

Les intérêts en matière de respect de la vie privée que met en jeu la fouille des ordinateurs diffèrent nettement de ceux en cause lors de la fouille de contenants tels des placards et des classeurs. En effet, les ordinateurs sont susceptibles de donner aux policiers accès à de vastes quantités de données sur lesquelles les utilisateurs n’ont aucune maîtrise, dont ils ne connaissent peut-être même pas l’existence ou dont ils peuvent avoir choisi de se départir, et qui d’ailleurs pourraient fort bien ne pas se trouver concrètement dans le lieu fouillé. [Je souligne; par. 24.]

[87] Des considérations similaires s’appliquent à la recherche de messages textes. La quantité des renseignements qu’ils contiennent et la vitesse à laquelle ils sont transmis leur confèrent une qualité de conversation qui diffère nettement de celle des lettres. C’est pourquoi les messages textes s’apparentent à une conversation numérique. Les modalités du textage limitaient *de par leur nature même* la capacité de M. Marakah d’exercer un contrôle sur l’historique de la conversation qu’il avait eue avec M. Winchester. Ce fait ne devrait pas, *à lui seul*, être fatal à son attente raisonnable au respect de sa vie privée.

[88] L’approche générale énoncée par la Juge en chef quant à l’existence d’une attente raisonnable

expectation of privacy accords with the jurisprudence of this Court. Applying that approach to the facts of this case, I would agree that Mr. Marakah has standing.

[89] That being said, I share the concerns raised by Justice Moldaver as to the consequences of this decision on standing. If the sender has a reasonable expectation of privacy in the record of his digital conversation, what happens when the recipient wants to show that record to the police? Are we opening the door to challenges by senders of text messages to the voluntary disclosure of those messages by recipients? As Justice Moldaver suggests, this would lead to the perverse result where the voluntary disclosure of text messages received by a complainant could be challenged by a sender who is alleged to have abused the complainant. Furthermore, what Justice Moldaver refers to as large project prosecutions — often with multiple accused allegedly involved in organized crime — would become more complex and might collapse under their own weight if each accused gains standing to challenge the admissibility of messages received by any other person involved in the alleged offence. I see no way within the confines of this case to deal with these concerns, as they do not arise here on the facts. I would say only that principle and practicality must not be strangers in the application of s. 8 or we might well thwart justice in the course of seeking to achieve it.

[90] In the end, I concur with the Chief Justice.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

MOLDAVER J. (dissenting) —

I. Overview

[91] Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees “[e]veryone . . . the right

en matière de respect de la vie privée est conforme à la jurisprudence de la Cour. Après avoir appliqué cette approche aux faits de l’espèce, je conviens que M. Marakah a qualité pour agir.

[89] Cela dit, je partage les préoccupations exprimées par le juge Moldaver au sujet des conséquences de cette décision sur la qualité pour agir. Si l’expéditeur a une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de l’historique de sa conversation numérique, qu’arrive-t-il quand le destinataire veut montrer cet historique aux policiers? Permettons-nous aux expéditeurs de messages textes de contester la divulgation volontaire de ces messages par leurs destinataires? Comme le laisse entendre le juge Moldaver, on obtiendrait alors le résultat pervers que la divulgation volontaire des messages textes que reçoit le plaignant peut être contestée par un expéditeur qui lui aurait infligé des sévices. En outre, ce que le juge Moldaver appelle les projets de poursuites de grande envergure — qui mettent souvent en cause de nombreux accusés prétendument mêlés au crime organisé — deviendraient plus complexes et risqueraient de s’effondrer sous leur propre poids si chaque accusé se voyait accorder qualité pour contester l’admissibilité en preuve de messages reçus par une autre personne mêlée à l’infraction reprochée. Je ne vois pas comment on peut traiter de ces préoccupations dans le cadre de la présente affaire, car elles ne se posent pas au vu des faits. Je me contenterai de dire que les considérations de principe et les considérations pratiques ne doivent pas s’exclure les unes des autres dans l’application de l’art. 8, sinon nous pourrions bien faire obstacle à la justice en tentant de la rendre.

[90] En dernière analyse, je partage l’avis de la Juge en chef.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LE JUGE MOLDAVER (dissident) —

I. Aperçu

[91] Aux termes de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, « [c]hacun a droit à la

to be secure against unreasonable search or seizure.” The protection guaranteed by s. 8 strikes a balance between the privacy rights of individuals and the public interest in law enforcement. In this appeal, the Court is called upon to consider that balance as it applies to text message conversations stored on personal devices.

[92] Text messaging is a ubiquitous form of electronic communication in modern-day society. It is frequently used to convey intimate and deeply personal information. The question in this appeal is not whether text messaging is private — clearly, it is. The police cannot intercept text messages without obtaining a judicial authorization under Part VI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; a production order is necessary to obtain disclosure of text message conversations held by a service provider (see *R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696); and the police require lawful authority to access text message conversations stored on a personal device.² In each of these contexts, the police are governed by the constitutional protections of s. 8 of the *Charter*.

[93] This appeal is about standing.³ In particular, it asks whether an accused has standing to challenge the search and seizure of text message conversations stored on another person’s cellphone. The fact that text message conversations are private in nature,

protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » La protection garantie par l’art. 8 établit un équilibre entre le droit à la vie privée des particuliers et l’intérêt public à ce que la loi soit appliquée. Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à examiner cet équilibre dès lors qu’il s’applique aux conversations par message texte enregistrées dans des appareils personnels.

[92] Les communications électroniques par message texte sont omniprésentes dans la société actuelle. Elles sont couramment utilisées pour transmettre des renseignements intimes et très personnels. Il ne s’agit pas de savoir, dans le présent pourvoi, si la messagerie texte est privée; de toute évidence, elle l’est. La police ne peut intercepter de messages textes sans avoir obtenu une autorisation judiciaire prévue à la partie VI du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46; il lui faut une ordonnance de communication pour qu’on lui divulgue les conversations par message texte conservées par un fournisseur de services (voir *R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696); et elle doit obtenir une autorisation légale pour prendre connaissance des conversations par message texte enregistrées dans un appareil personnel². Dans chacun de ces contextes, la police est assujettie aux protections constitutionnelles de l’art. 8 de la *Charte*.

[93] Le présent pourvoi porte sur la qualité pour agir³. En particulier, il soulève la question de savoir si un accusé a qualité pour contester la recherche et la saisie de conversations par message texte enregistrées dans le téléphone cellulaire d’une autre

² This should not be read as excluding other exceptional forms of lawful authorization for a search, such as under ss. 184.1 and 184.4 of the *Code*.

³ Note that standing under s. 8 is distinct from the general standing that accused persons have to contest the admissibility of evidence tendered against them: see the comments of Doherty J.A. in *R. v. Belnavis* (1996), 29 O.R. (3d) 321 (C.A.), at p. 330, aff’d [1997] 3 S.C.R. 341. Nothing prevents an accused from bringing a s. 8 argument; however that argument will not gain a foothold if the accused does not establish, as a preliminary requirement for s. 8 purposes, that he or she has a reasonable expectation of *personal* privacy in the subject matter of the alleged search or seizure. That said, as I will explain, a lack of standing for s. 8 purposes does not foreclose an accused from challenging, in appropriate circumstances, the admissibility of evidence seized by the police under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

² Il ne faut pas en conclure que les autres formes exceptionnelles d’autorisation légale en matière de fouilles sont exclues, notamment celles prévues aux art. 184.1 et 184.4 du *Code*.

³ Il convient de signaler que la qualité pour agir en vertu de l’art. 8 se distingue de la qualité générale des accusés pour contester l’admissibilité de la preuve produite contre eux : voir les propos du juge Doherty dans *R. c. Belnavis* (1996), 29 O.R. (3d) 321 (C.A.), p. 330, conf. par [1997] 3 R.C.S. 341. Rien n’empêche l’accusé de présenter un argument fondé sur l’art. 8; cet argument sera toutefois dépourvu de fondement si l’accusé n’établit pas, en guise de condition préalable à l’application de l’art. 8, qu’il a une attente raisonnable au respect de sa vie privée *personnelle* à l’égard de l’objet de la prétendue fouille, perquisition ou saisie. Cela dit, comme je l’expliquerai, l’absence de qualité pour agir en ce qui concerne l’art. 8 n’empêche pas l’accusé de contester en vertu de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte*, lorsque les circonstances s’y prêtent, l’admissibilité des éléments de preuve saisis par les policiers.

such that their inspection by the police will constitute a search under s. 8, does not mean that *anyone* has standing to challenge that search. Section 8 is a personal right. To bring a s. 8 challenge, an accused must show that his or her personal privacy right under s. 8 has been violated. More precisely, an accused must show that he or she has a reasonable expectation of *personal* privacy in the subject matter of the search.

[94] In this case, the subject matter of the search is the text message conversations between the appellant, Nour Marakah, and his associate, Andrew Winchester. The two men exchanged a number of text messages pertaining to the illicit purchase and sale of firearms. They were both arrested, and in the process, the police seized their cellphones. A record of their text message conversations was later recovered from each of their phones.

[95] Mr. Marakah brought s. 8 challenges against the search of his phone and the search of Mr. Winchester's phone. Justice Pattillo, the pre-trial application judge ("application judge"), found that the search of Mr. Marakah's phone was unreasonable and he excluded the evidence obtained from it under s. 24(2) of the *Charter*: application judge's reasons, reproduced in A.R., at pp. 1-27. As for the search of Mr. Winchester's phone ("Winchester search"), while the application judge concluded that the search was unreasonable under s. 8, he found that Mr. Marakah lacked standing to pursue a s. 8 challenge. Accordingly, he ruled that the text message conversations recovered from the Winchester search were admissible. At trial, the trial judge, O'Marra J., used this evidence against Mr. Marakah in convicting him of two counts of trafficking in firearms, conspiracy to traffic in firearms, possession of a loaded restricted firearm, and possession of a firearm without a valid licence: trial reasons, reproduced in R.R., at pp. 1-26. Two further counts of conspiracy to traffic in firearms were conditionally stayed. Mr. Marakah was

personne. Le fait que ces conversations sont de nature privée et que leur inspection par les policiers constitue donc une fouille au sens de l'art. 8 ne signifie pas que *toute personne* a qualité pour contester cette fouille. L'article 8 confère un droit personnel. Pour présenter une contestation fondée sur l'art. 8, l'accusé doit démontrer la violation du droit au respect de sa vie privée personnelle que lui garantit l'art. 8. Plus précisément, il doit établir une attente raisonnable au respect de sa vie privée *personnelle* à l'égard de l'objet de la fouille.

[94] En l'espèce, la fouille vise les conversations par message texte entre l'appelant, Nour Marakah, et son associé, Andrew Winchester. Les deux hommes ont échangé plusieurs messages textes concernant l'achat et la vente illicites d'armes à feu. Ils ont tous les deux été arrêtés et, lors de cette arrestation, la police a saisi leurs téléphones cellulaires. Le relevé contenant leurs conversations par message texte a pu ensuite être récupéré à partir de chacun de leurs téléphones.

[95] M. Marakah a contesté la fouille de son téléphone et celle du téléphone de M. Winchester sur le fondement de l'art. 8. Le juge Pattillo, le juge des requêtes préliminaires (« juge des requêtes »), a conclu que la fouille du téléphone de M. Marakah était abusive et a exclu, en application du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue à la suite de cette fouille (motifs du juge des requêtes, reproduits dans le d.a., p. 1-27). Quant à la fouille du téléphone de M. Winchester (« fouille Winchester »), le juge des requêtes a conclu qu'elle était abusive au sens de l'art. 8, mais que M. Marakah n'avait pas qualité pour la contester sur le fondement de la même disposition. Il a donc statué que les messages textes récupérés lors de la fouille Winchester étaient admissibles. Au procès, le juge O'Marra s'est servi de cette preuve pour déclarer M. Marakah coupable de deux chefs de trafic d'armes à feu, de complot en vue de faire le trafic d'armes à feu, de possession d'une arme à feu chargée à autorisation restreinte et de possession d'une arme à feu sans permis valide (motifs de première instance, reproduits dans le

sentenced to imprisonment for nine years, less credit for pre-sentence custody: 2015 ONSC 1576.

[96] Mr. Marakah appealed from his convictions, arguing that the application judge erred in holding that he lacked standing to challenge the Winchester search and in refusing to exclude the evidence obtained from that search under s. 24(2). Writing for a majority of the Court of Appeal for Ontario, MacPherson J.A. agreed with the application judge on the issue of standing: 2016 ONCA 542, 131 O.R. (3d) 561. In dissent, LaForme J.A. concluded that Mr. Marakah had standing to challenge the Winchester search. He accepted the application judge's finding that the Winchester search was unreasonable and determined that the evidence obtained from it, which was used to implicate Mr. Marakah in the various firearms offences, should be excluded.

[97] For reasons that follow, I agree with both the application judge and the majority of the Court of Appeal that, in the circumstances, Mr. Marakah lacked standing to challenge the Winchester search. Both legal and policy considerations lead me to this conclusion.

[98] From a legal standpoint, the reasonableness of a person's expectation of privacy depends on the nature and strength of that person's connection to the subject matter of the search. This connection must be examined by looking at the totality of the circumstances in a particular case. Control over the subject matter in the circumstances is a crucial factor in assessing an individual's personal connection to it. Where an individual lacks any measure of control, this serves as a compelling indicator that an expectation of personal privacy is unreasonable, and that the individual does not have standing to challenge the search.

d.i., p. 1-26). Deux autres chefs de complot en vue de se livrer au trafic d'armes à feu ont fait l'objet d'une suspension conditionnelle. M. Marakah a été condamné à neuf ans d'emprisonnement, moins le temps crédité pour la détention présentencielle (2015 ONSC 1576).

[96] M. Marakah a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité, soutenant que le juge des requêtes avait commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas qualité pour contester la fouille Winchester et en refusant d'exclure, en application du par. 24(2), la preuve obtenue à la suite de cette fouille. S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge MacPherson a souscrit à l'opinion du juge des requêtes sur la question de la qualité pour agir (2016 ONCA 542, 131 O.R. (3d) 561). Le juge LaForme, dissident, a conclu que M. Marakah avait qualité pour contester la fouille Winchester. Il a fait sienne la conclusion du juge des requêtes selon laquelle la fouille Winchester était abusive, et a décidé qu'il y avait lieu d'exclure la preuve obtenue grâce à cette fouille et ayant servi à impliquer M. Marakah dans la perpétration des différentes infractions relatives aux armes à feu.

[97] Pour les motifs qui suivent, je conviens avec le juge des requêtes et la majorité de la Cour d'appel que, dans les circonstances, M. Marakah n'avait pas qualité pour contester la fouille Winchester. Des considérations juridiques et de politique générale m'amènent à cette conclusion.

[98] Sur le plan juridique, le caractère raisonnable de l'attente d'une personne au respect de sa vie privée dépend de la nature et de la solidité du lien de cette personne avec l'objet de la fouille. Il faut examiner le lien en question en étudiant l'ensemble des circonstances dans un cas donné. Le contrôle sur l'objet de la fouille dans les circonstances est un facteur crucial quand il s'agit d'évaluer le lien personnel d'un individu avec cet objet. L'absence de tout contrôle indique de manière convaincante qu'une attente en matière de respect de la vie privée est déraisonnable et que l'intéressé n'a pas qualité pour contester la fouille ou la perquisition.

[99] Here, Mr. Marakah had no control whatsoever over the text message conversations on Mr. Winchester's phone. Mr. Winchester had complete autonomy over those conversations. He was free to disclose them to anyone he wished, at any time, and for any purpose. To say that Mr. Marakah had a reasonable expectation of personal privacy in the text message conversations despite his total lack of control over them severs the interconnected relationship between privacy and control that has long formed part of our s. 8 jurisprudence. It is equally at odds with the fundamental principle that individuals can and will share information as they see fit in a free and democratic society.

[100] From the standpoint of policy, granting Mr. Marakah standing in these circumstances would vastly expand the scope of persons who can bring a s. 8 challenge. The Chief Justice, speaking for a majority of the Court, adopts an approach to s. 8 that has no ascertainable bounds and threatens a sweeping expansion of s. 8 standing. This carries with it a host of foreseeable consequences that will add to the complexity and length of criminal trial proceedings and place even greater strains on a criminal justice system that is already overburdened. Worse yet, expanding the scope of persons who can bring a s. 8 challenge risks disrupting the delicate balance that s. 8 strives to achieve between privacy and law enforcement interests, particularly in respect of offences that target the most vulnerable members of our society, including children, the elderly, and people with mental disabilities. In my view, the logic of the Chief Justice's approach leads inexorably to the conclusion that a sexual predator who sends sexually explicit text messages to a child, or an abusive partner who sends threatening text messages to his or her spouse, has a reasonable expectation of privacy in those messages on that child or spouse's phone. With respect, I cannot accept this result.

[99] En l'espèce, M. Marakah n'exerçait absolument aucun contrôle sur les conversations par message texte enregistrées dans le téléphone de M. Winchester. Ce dernier jouissait d'une liberté complète vis-à-vis de ces conversations. Il était libre de les divulguer à qui bon lui semblait, en tout temps et à toute fin. Affirmer que M. Marakah avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations par message texte malgré son absence totale de contrôle sur celles-ci rompt l'interconnexion entre la vie privée et le contrôle qui fait depuis longtemps partie de notre jurisprudence sur l'art. 8. En outre, cette affirmation va à l'encontre de la proposition fondamentale suivant laquelle, dans une société libre et démocratique, les gens peuvent communiquer, et communiqueront, les renseignements qu'ils jugent à propos de communiquer.

[100] Sur le plan de la politique générale, reconnaître à M. Marakah la qualité pour agir dans les circonstances étendrait considérablement l'éventail des personnes habiles à présenter une contestation fondée sur l'art. 8. Au nom de la majorité de la Cour, la Juge en chef aborde l'art. 8 d'une manière qui a des contours indéfinissables et risque d'élargir considérablement la qualité pour agir en vertu de l'art. 8. Cette approche comporte son lot de conséquences prévisibles qui compliqueront et prolongeront les procès criminels, en plus d'exercer des pressions encore plus fortes sur un système de justice pénale déjà surchargé. Pire encore, étendre l'éventail des personnes habiles à présenter une contestation fondée sur l'art. 8 risque de perturber l'équilibre délicat que cet article vise à atteindre entre le droit au respect de la vie privée et l'intérêt à appliquer la loi, surtout dans le cas des infractions ciblant les membres les plus vulnérables de notre société, dont les enfants, les aînés et les gens qui souffrent d'une déficience mentale. À mon avis, la logique de l'approche adoptée par la Juge en chef conduit inexorablement à la conclusion selon laquelle le prédateur sexuel qui envoie des messages textes sexuellement explicites à un enfant, ou la personne violente qui adresse des messages textes menaçants à son conjoint ou à sa conjointe, a une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard de ces messages dans le téléphone de l'enfant ou du conjoint en question. Soit dit en tout respect, je ne puis accepter ce résultat.

[101] I would dismiss the appeal and uphold Mr. Marakah’s convictions.

II. Analysis

A. *The Issue in This Case Is Standing*

(1) Introduction

[102] A person who seeks to challenge police conduct under s. 8 of the *Charter* must establish the existence of a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the alleged police search. To meet this requirement, the person must show that he or she had a subjective expectation of privacy in the subject matter and that this expectation was objectively reasonable in the circumstances: *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 18; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 40; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 32; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 27. This case turns on the latter of these two requirements, namely: whether Mr. Marakah had an objectively reasonable expectation of privacy in the text message conversations between him and Mr. Winchester.

[103] I hasten to point out that the issue in this appeal is not whether a text message conversation can ever attract a reasonable expectation of privacy — clearly it can. Both police interception of text message conversations and police inspection of a private record of text messages amount to searches under s. 8 of the *Charter*, and the police require lawful authority to conduct them: see *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621 (inspection of text messages); and *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3 (interception of text messages).

[104] To be clear, the issue in this appeal is whether Mr. Marakah has standing to challenge the search of the text message conversations on

[101] Je rejetterais le pourvoi et confirmerais les déclarations de culpabilité de M. Marakah.

II. Analyse

A. *Le présent pourvoi porte sur la qualité pour agir*

(1) Introduction

[102] Quiconque conteste la conduite de la police sur le fondement de l’art. 8 de la *Charte* doit établir l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l’égard de l’objet de la prétendue fouille policière. Pour satisfaire à cette exigence, la personne doit démontrer qu’elle s’attendait subjectivement au respect de sa vie privée quant à l’objet de la fouille et que cette attente était objectivement raisonnable dans les circonstances (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 18; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 40; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 32; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 27). La présente affaire porte sur la dernière de ces deux exigences, à savoir : M. Marakah avait-il une attente objectivement raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard des conversations par message texte qu’il avait échangées avec M. Winchester?

[103] Je m’empresse de souligner qu’il ne s’agit pas de savoir en l’espèce s’il est possible qu’une conversation par message texte suscite une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée; de toute évidence, elle le peut. Tant l’interception policière de ces conversations que l’inspection policière d’un relevé contenant des messages textes privés équivalent à des fouilles au sens de l’art. 8 de la *Charte* et la police doit obtenir une autorisation légale pour procéder à des fouilles de ce genre (voir *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621 (inspection de messages textes); et *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3 (interception de messages textes)).

[104] En clair, la question en l’espèce consiste à savoir si M. Marakah a qualité pour contester la recherche des conversations par message texte dans le

Mr. Winchester’s phone. In that regard, while the subject matter of a police search may be private in nature, it does not follow that an individual with *any connection* to that subject matter has standing to challenge the search: *R. v. Pugliese* (1992), 8 O.R. (3d) 259 (C.A.), at pp. 266-67. Rather, as I will explain, in assessing whether a person can assert a reasonable expectation of *personal* privacy over the subject matter of the search, the nature and strength of the person’s connection to the subject matter must be examined with an eye to the specific circumstances of the case.

(2) The Two Inquiries Addressed by the Reasonable Expectation of Privacy Test

[105] The existence of a reasonable expectation of privacy has generally been framed as a single issue. However, the determination of whether there is a reasonable expectation of privacy addresses two distinct inquiries: (1) whether the police activity in question amounts to a “search” or “seizure” such that s. 8 of the *Charter* is triggered (“search inquiry”); and (2) whether an individual has standing to challenge a particular search (“standing inquiry”). Each inquiry fulfills a distinct purpose in the s. 8 analysis.

[106] The search inquiry is objective in nature. It asks whether the subject matter of the alleged police search is private in nature, such that *someone* may, in the circumstances, hold a reasonable expectation of privacy in it: see *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at pp. 50-51; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 19; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293; *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, at para. 86. In the present case, no issue is taken with the fact that the Winchester search amounted to a “search or seizure” within the scope of s. 8. Text message conversations are objectively private in nature and constitutionally protected by s. 8. They may, and often will, contain intimate and deeply personal information that is central to one’s biographical core. When text message conversations

téléphone de M. Winchester. À cet égard, bien que l’objet d’une fouille policière puisse être de nature privée, cela ne veut pas dire que *toute* personne *ayant un lien* avec cet objet a qualité pour contester la fouille (*R. c. Pugliese* (1992), 8 O.R. (3d) 259 (C.A.), p. 266-267). Au contraire, comme je vais l’expliquer, il faut examiner la nature et la solidité du lien de la personne avec l’objet de la fouille eu égard aux circonstances précises de l’affaire pour juger si la personne peut prétendre à une attente raisonnable au respect de sa vie privée *personnelle* à l’égard de cet objet.

(2) Les deux questions abordées par le critère de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée

[105] On considère de façon générale que l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée se résume à une seule question. Cependant, pour décider s’il existe pareille attente raisonnable, il faut répondre à deux questions distinctes : (1) l’activité policière en cause équivaut-elle à une « fouille ou perquisition » ou à une « saisie » de nature à déclencher l’application de l’art. 8 de la *Charte* (« question de la fouille »)? et (2) la personne concernée a-t-elle qualité pour contester cette fouille (« question de la qualité pour agir »)? Chacune de ces questions joue un rôle distinct dans l’analyse fondée sur l’art. 8.

[106] La question de la fouille est de nature objective. Il s’agit de savoir si l’objet de la fouille policière contestée est de nature privée, de sorte que *quelqu’un* peut, dans les circonstances, avoir une attente raisonnable au respect de sa vie privée à son égard (voir *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 50-51; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 19; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293; *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, par. 86). Dans le cas qui nous occupe, nul ne conteste le fait que la fouille Winchester était assimilable à « [une] fouill[e], [à une] perquisitio[n] ou [à une] saisi[e] » relevant de l’art. 8. Les conversations par message texte sont objectivement de nature privée et bénéficient de la protection constitutionnelle de l’art. 8. Elles peuvent contenir, et

are sheltered from public access on a personal phone, there is no basis for arguing that they are not private in nature, such that the police would be relieved from having to comply with s. 8 of the *Charter*: see *Fearon*, at paras. 51-54.

[107] In cases where it is obvious that the police activity in question amounts to a search or seizure under s. 8 of the *Charter* — such as here — the real question is whether an individual claimant has standing to challenge the search. Homes, vehicles and computers are prime examples of objectively private subject matter that fall within the protection of s. 8 of the *Charter*. But this does not settle the question of standing, which may entail a separate inquiry. *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, serves as an example. In that case, the main issue facing the Court was whether a boyfriend had standing to challenge a search of his girlfriend's apartment. Likewise, in *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, a passenger's standing to challenge a vehicle search was in issue. In addition, in *Cole*, the Court considered whether an employee had standing to challenge a search of his work-issued computer.

[108] Standing is premised on the notion that not everyone can challenge police conduct that amounts to a search or seizure under s. 8 of the *Charter*. In *Edwards*, this Court indicated that a person must have standing to challenge a search under s. 8 because s. 8 is a personal right — it protects people, not places (para. 45). In addition, a claim for relief under s. 24(2) of the *Charter* can only be made by the person whose *Charter* rights have been infringed (*ibid.*). As a result, a particular claimant will only have the right to challenge a search under s. 8 where he or she can establish a reasonable expectation of *personal* privacy in the subject matter of the search: *Edwards*, at paras. 45 and 51; *Pugliese*, at

contiennent bien souvent, de l'information intime et très personnelle se situant au cœur des renseignements biographiques d'une personne. Rien ne permet de soutenir que les conversations par message texte à l'abri du public sur un téléphone personnel ne sont pas de nature privée et que la police n'est pas tenue dans un tel cas de respecter l'art. 8 de la *Charte* (voir *Fearon*, par. 51-54).

[107] Dans les cas où il est évident que l'activité policière en cause équivaut à une fouille, à une perquisition ou à une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* — comme en l'espèce — la véritable question qui se pose est de savoir si le demandeur a qualité pour contester la fouille ou la perquisition. Les résidences, les véhicules et les ordinateurs sont tous des exemples par excellence d'objets objectivement privés qui bénéficient de la protection de l'art. 8 de la *Charte*. Toutefois, la question de la qualité pour agir demeure entière, ce qui peut commander une analyse distincte. Citons l'exemple de l'affaire *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, où la principale question dont était saisie la Cour consistait à savoir si un petit ami pouvait contester la perquisition de l'appartement de sa petite amie. De même, l'arrêt *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, portait sur la qualité de la passagère d'un véhicule de contester la fouille de celui-ci. Par ailleurs, dans l'arrêt *Cole*, la Cour s'est demandé si un employé avait qualité pour contester la fouille de l'ordinateur fourni pour son travail.

[108] La qualité pour agir repose sur l'idée que tout le monde ne peut pas contester une conduite policière qui équivaut à une fouille, à une perquisition ou à une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Dans *Edwards*, notre Cour a précisé qu'une personne doit avoir qualité pour contester une fouille ou une perquisition au titre de l'art. 8 parce que cet article confère un droit personnel : il protège les gens, et non les lieux (par. 45). En outre, une demande de réparation fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* ne peut être présentée que par la personne victime d'une atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte* (*ibid.*). C'est pourquoi le demandeur n'aura le droit de contester une fouille ou une

pp. 266-67; *R. v. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236 (B.C.C.A.), at pp. 255-56.

[109] The standing requirement under s. 8 should not be confused with condonation or encouragement of *Charter* breaches by the police. Irrespective of whether an individual claimant has standing, where the police conduct amounts to a search, it remains subject to s. 8 of the *Charter*. The denial of standing to an individual claimant does not signify a grant of immunity to the police from s. 8. Rather, the denial of standing simply means that an individual claimant is not *personally* entitled to advance a challenge to the reasonableness of the police search. Another claimant may have standing to bring a s. 8 challenge against the search or seizure in his or her own criminal trial.

[110] Moreover, as I will explain in due course, even where s. 8 standing is denied, ss. 7 and 11(d) of the *Charter* offer residual protection that can, in certain circumstances, provide a claimant with an alternative route to challenge police conduct in the course of a search or seizure. This ensures that the effects of the standing requirement are not exploited by the police as a loophole in *Charter* protection.

B. *Mr. Marakah Lacks Standing*

(1) The Subject Matter in This Case

[111] The first step in determining whether Mr. Marakah has standing is to define the subject matter of the police search. This must be done with a careful eye to the privacy interests at stake in the subject matter — in this case, private conversations that could reveal intimate information about the participants: see *Ward*, at para. 65; *Spencer*, at para. 26.

perquisition en vertu de l'art. 8 que s'il peut établir l'existence d'une attente raisonnable au respect de sa vie privée *personnelle* à l'égard de l'objet de la fouille (*Edwards*, par. 45 et 51; *Pugliese*, p. 266-267; *R. c. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236 (C.A. C.-B.), p. 255-256).

[109] Il ne faut pas confondre l'exigence de la qualité pour agir en vertu de l'art. 8 avec le fait de cautionner ou d'encourager les violations de la *Charte* par la police. Qu'un demandeur donné ait qualité pour agir ou pas, la conduite policière assimilable à une fouille ou à une perquisition demeure assujettie à l'application de l'art. 8 de la *Charte*. Le refus d'accorder la qualité pour agir à un demandeur donné ne signifie pas que les policiers échappent à l'application de l'art. 8. Ce refus veut simplement dire qu'un demandeur donné n'a pas *personnellement* le droit d'attaquer le caractère raisonnable de la fouille ou perquisition policière. Il se peut qu'un autre demandeur ait qualité pour présenter une contestation fondée sur l'art. 8 à l'encontre de la fouille, de la perquisition ou de la saisie lors de son propre procès criminel.

[110] En outre, comme je l'expliquerai en temps et lieu dans les présents motifs, même si l'on refuse la qualité pour agir en vertu de l'art. 8, l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* offrent une protection résiduelle qui peut, dans certains cas, fournir au demandeur un autre moyen de contester la conduite policière dans le cadre d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Cela permet d'éviter que les policiers se servent des répercussions de l'exigence de la qualité pour agir comme d'une faille dans la protection accordée par la *Charte*.

B. *M. Marakah n'a pas qualité pour agir*

(1) L'objet de la fouille en l'espèce

[111] La première chose à faire pour juger si M. Marakah a qualité pour agir consiste à définir l'objet de la fouille policière. Il faut pour cela porter une attention particulière aux intérêts en matière de vie privée mis en jeu par l'objet de la fouille — en l'occurrence des conversations privées susceptibles de révéler des renseignements intimes sur les

The Chief Justice defines the subject matter of the search as an “electronic conversation” (para. 17). I take no issue with that characterization. The text message conversations between Mr. Marakah and Mr. Winchester were “what the police were really after” when they searched Mr. Winchester’s phone: *Ward*, at para. 67. Accordingly, and consistent with the Chief Justice’s characterization, I would define the subject matter of the search as text message conversations between Mr. Marakah and Mr. Winchester.

(2) The Objective Reasonableness of Mr. Marakah’s Expectation of Privacy

[112] Once it is understood that the subject matter of the search in this case is the text message conversations between Mr. Marakah and Mr. Winchester, the question then becomes whether Mr. Marakah had a reasonable expectation of *personal* privacy in those conversations. In my respectful view, he did not. This is borne out by both legal and policy considerations.

[113] From a legal standpoint, assessing the reasonableness of an individual’s expectation of personal privacy requires examining the nature and strength of the individual’s personal connection to the subject matter of the search. Control over the subject matter in the circumstances of the case is a crucial factor in evaluating the strength of an individual’s connection to it. Absent exceptional circumstances, a reasonable expectation of personal privacy requires some measure of control over the subject matter of the search. In this case, Mr. Marakah had none. Granting him standing in these circumstances is unprecedented and severs the interconnected relationship between privacy and control that has long formed part of our s. 8 jurisprudence. Furthermore, granting Mr. Marakah standing endorses as “reasonable” an expectation of privacy that is at odds with the fundamental principle that individuals can and will share information as they see fit in a free and democratic society.

interlocuteurs : voir *Ward*, par. 65; *Spencer*, par. 26. Selon la Juge en chef, l’objet de la fouille est une « conversation électronique » (par. 17). Je n’en disconviens pas. [TRADUCTION] « [C]e que les policiers cherchaient vraiment » quand ils ont examiné le contenu du téléphone de M. Winchester, ce sont les conversations échangées par message texte entre MM. Marakah et Winchester : *Ward*, par. 67. Par conséquent, et dans la même veine que la qualification de la Juge en chef, j’affirme que l’objet de la fouille consiste en les conversations échangées par message texte entre MM. Marakah et Winchester.

(2) La raisonnable objective de l’attente de M. Marakah au respect de sa vie privée

[112] Une fois bien compris le fait que l’objet de la fouille en l’espèce consiste en les conversations échangées par message texte entre M. Marakah et M. Winchester, il faut alors se demander si M. Marakah avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée *personnelle* à l’égard de ces conversations. À mon humble avis, il n’en avait pas. Cette opinion est confortée par des considérations autant d’ordre juridique que de politique générale.

[113] Sur le plan juridique, il faut examiner la nature et la solidité du lien personnel de l’intéressé avec l’objet de la fouille pour juger du caractère raisonnable de son attente au respect de sa vie privée personnelle. Le contrôle sur l’objet dans les circonstances de l’espèce est un facteur crucial lorsqu’il s’agit d’évaluer la solidité de ce lien. En l’absence de circonstances exceptionnelles, une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée nécessite l’exercice d’un certain contrôle sur l’objet de la fouille. M. Marakah n’en avait aucun dans la présente affaire. Lui reconnaître la qualité pour agir dans les circonstances est sans précédent et rompt l’interconnexion entre la vie privée et le contrôle qui fait depuis longtemps partie de notre jurisprudence sur l’art. 8. Qui plus est, lui accorder la qualité pour agir revient à reconnaître le caractère « raisonnable » d’une attente en matière de respect de la vie privée qui va à l’encontre du principe fondamental selon lequel, dans une société libre et démocratique, les gens peuvent communiquer, et communiqueront, les renseignements qu’ils jugent à propos de communi-

[114] From the standpoint of policy, the Chief Justice's approach vastly expands the scope of persons who can bring a s. 8 challenge. This expansion carries with it a host of practical implications which will add to the burdens of an already overburdened criminal justice system and risk disrupting the delicate balance that s. 8 strives to achieve between privacy and law enforcement interests.

(a) *The Reasonable Expectation of Privacy Test Is Context Driven*

[115] The reasonable expectation of privacy test requires looking at the totality of the circumstances in any given case. Put another way, the reasonable expectation of privacy test is context driven: see e.g. *Edwards*, at para. 45; *Spencer*, at para. 17; *Cole*, at para. 52. The reasonableness of an accused's expectation of personal privacy depends on the nature and strength of his or her connection to the subject matter of the search in the circumstances of the case. The nature and strength of this connection will vary depending on context. As such, an accused may have a reasonable expectation of personal privacy in the subject matter of a search in one context, but not in another.

[116] Countless examples illustrate this point. For instance, DNA is capable of revealing intimate details about people that are central to their biographical cores. Nonetheless, the reasonableness of an expectation of personal privacy in DNA may, and often will, vary depending on the context. While an accused may reasonably expect informational privacy in DNA when it is found on his body or stored at a hospital (*R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417), the same cannot be said when the same DNA is deposited on a complainant or a physical object at a crime scene in a public place: see *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 62. Similarly, a person may have a reasonable expectation of personal privacy in his or her intimate thoughts about friends, hobbies and romantic interests when they are recorded in a diary, but not when these same thoughts are shared publicly on social media or reality television.

[114] Sur le plan de la politique générale, l'approche de la Juge en chef étend considérablement l'éventail des personnes habiles à présenter une contestation fondée sur l'art. 8. Cet élargissement comporte son lot de conséquences pratiques qui alourdiront le fardeau d'un système de justice pénale déjà surchargé et risqueront de rompre l'équilibre fragile que l'art. 8 vise à atteindre entre le droit au respect de la vie privée et l'intérêt à appliquer la loi.

a) *Le critère de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée est axé sur le contexte*

[115] Le critère de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée implique d'analyser l'ensemble des circonstances dans tous les cas. Autrement dit, ce critère est axé sur le contexte (voir, p. ex., *Edwards*, par. 45; *Spencer*, par. 17; *Cole*, par. 52). Le caractère raisonnable de l'attente de l'accusé au respect de sa vie privée personnelle dépend de la nature et de la solidité du lien qu'il a avec l'objet de la fouille dans les circonstances de l'espèce. La nature et la solidité de ce lien varient selon le contexte. Ainsi, l'accusé peut s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée à l'égard de l'objet d'une fouille ou d'une perquisition dans un contexte, mais pas dans un autre.

[116] D'innombrables exemples illustrent ce point. Entre autres, l'ADN peut révéler à propos des gens des détails intimes qui sont au cœur de leurs renseignements biographiques. Néanmoins, le caractère raisonnable de l'attente au respect de la vie privée à l'égard de l'ADN peut varier selon le contexte, et c'est souvent le cas. Si un accusé peut raisonnablement s'attendre à une intimité informationnelle lorsque son ADN est trouvé sur son corps ou conservé à l'hôpital (*R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417), on ne peut en dire autant lorsqu'il est découvert sur un plaignant ou sur un objet se trouvant sur les lieux d'un crime (voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 62). Dans la même veine, une personne peut s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée personnelle quant à ses pensées intimes au sujet de ses amis, de ses passe-temps et de ses sentiments amoureux lorsqu'elles sont consignées dans

Finally, a person may have a reasonable expectation of personal privacy in the informational contents of a garbage bag when it is inside his or her home, but not when that same garbage bag is placed on the curb outside the home for collection: see *Patrick*, at para. 64.

[117] In sum, an individual may have a reasonable expectation of personal privacy in the subject matter in one context, but not in another. Although the subject matter itself remains the same, the nature and strength of the person’s connection to the subject matter will vary depending on the circumstances. Context is therefore necessary for determining whether a person has standing to challenge a search under s. 8 of the *Charter*. And, as I will explain, when it comes to the reasonableness of a person’s expectation of privacy in a communication — including text message conversations — control is a crucial contextual factor.

(b) *The Relationship Between Control and Privacy*

[118] Control is inseparable from the concept of privacy. As stated by Doherty J.A. in *R. v. Belnavis* (1996), 29 O.R. (3d) 321 (C.A.), at p. 332, aff’d [1997] 3 S.C.R. 341, “[c]ontrol of access is central to the privacy concept”. A total absence of control is therefore a compelling indicator that there is no reasonable expectation of personal privacy. At the same time, control must not be equated with ownership and does not necessarily require formal property rights: see *Pugliese*, at pp. 265-67; *Cole*, at para. 51. Rather, control has a nuanced and functional meaning in this context — direct or exclusive control is not necessarily required.

[119] Control distinguishes a *personal desire* for privacy from a *reasonable expectation* of privacy. In a perfect world, one might desire privacy rights

un journal intime, mais non lorsqu’elles sont diffusées publiquement sur les réseaux sociaux ou dans une émission de télé-réalité. Enfin, une personne peut s’attendre raisonnablement au respect de sa vie privée personnelle à l’égard du contenu informationnel d’un sac d’ordures quand celui-ci se trouve à l’intérieur de son domicile, mais non lorsqu’on place le même sac d’ordures au bord du chemin en vue de son ramassage (voir *Patrick*, par. 64).

[117] En somme, un individu peut s’attendre raisonnablement au respect de sa vie privée personnelle à l’égard de l’objet de la fouille dans un contexte, mais pas dans un autre. Même si l’objet en soi demeure le même, la nature et la solidité du lien de la personne avec l’objet varie selon les circonstances. Il faut donc tenir compte du contexte pour décider si quelqu’un a qualité pour contester une fouille ou une perquisition en vertu de l’art. 8 de la *Charte*. Et, comme je vais l’expliquer, en ce qui concerne le caractère raisonnable de l’attente d’une personne au respect de sa vie privée à l’égard d’une communication — telle une conversation par message texte — le contrôle est un élément contextuel crucial.

b) *Le rapport entre le contrôle et la vie privée*

[118] La notion de contrôle est indissociable de celle de vie privée. Comme l’a dit le juge Doherty dans l’arrêt *R. c. Belnavis* (1996), 29 O.R. (3d) 321 (C.A.), p. 332, conf. par [1997] 3 R.C.S. 341, [TRANSDUCTION] « [l]e contrôle de l’accès est au cœur de la notion de vie privée ». L’absence totale de contrôle est donc un indicateur convaincant qu’il n’existe aucune attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle. En revanche, le contrôle ne doit pas être assimilé à la propriété; il ne suppose pas nécessairement l’existence d’un droit de propriété formel (voir *Pugliese*, p. 265-267; *Cole*, par. 51). En fait, le contrôle a dans ce contexte un sens nuancé et fonctionnel; il ne doit pas nécessairement être direct ou exclusif.

[119] Le contrôle établit une distinction entre le *désir personnel* de respect de la vie privée et l’*attente raisonnable* au respect de la vie privée. Dans

over the use of any and all personal information that could potentially expose, embarrass or incriminate oneself. However, s. 8 of the *Charter* protects only a reasonable expectation of privacy. A desire to protect a certain subject matter that has the capacity to reveal intimate information may be useful in identifying whether a subjective expectation of privacy exists, but control is a crucial part of what makes that expectation of privacy objectively reasonable.

[120] In saying this, I do not mean to downplay the faith and trust that people place in others to maintain confidences and keep sensitive information to themselves. Depending on the nature of the relationship, a person may well have a subjective expectation of privacy in communications sent to another. For example, husbands and wives — and parents and children — may subjectively expect that their communications will not be betrayed — although this will not always be the case. The same can be said about good friends and associates.

[121] But we are not here concerned solely with a person's subjective expectation of privacy. We are dealing with the legal requirements of s. 8 of the *Charter*, and the balance it is meant to achieve between the privacy rights of individuals and the public interest in law enforcement. This requires that a person's subjective expectation of privacy be objectively reasonable as well.

[122] When assessing the objective reasonableness of a claimant's expectation of personal privacy in the subject matter of a search, the claimant's control over the subject matter is vital. The standing inquiry is concerned with a claimant's personal connection to the subject matter in the circumstances of the case. Control plays an integral role in defining the strength of that connection.

un monde idéal, chacun pourrait vouloir bénéficier de droits à la vie privée sur l'utilisation de tous les renseignements personnels susceptibles de l'exposer à un risque, de l'embarrasser ou de l'incriminer. Toutefois, l'art. 8 de la *Charte* ne protège que l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Le désir de protéger un certain objet susceptible de révéler des renseignements intimes peut aider à décider s'il existe une attente subjective, mais le contrôle est un élément crucial du motif pour lequel cette attente en matière de respect de la vie privée est objectivement raisonnable.

[120] En disant cela, je n'entends pas minimiser la foi et la confiance que les gens accordent aux autres pour ce qui est de garder secrètes leurs confidences et de ne pas révéler à qui que ce soit des renseignements sensibles. Selon la nature de la relation, une personne peut fort bien avoir une attente subjective au respect de sa vie privée à l'égard des communications adressées à autrui. Par exemple, les époux de même que les parents et leurs enfants peuvent subjectivement s'attendre à ce que leurs communications ne soient pas trahies, mais il n'en est pas toujours ainsi. Il en va de même des bons amis et des associés.

[121] Or, il n'est pas uniquement question en l'espèce de l'attente subjective d'une personne au respect de sa vie privée. La présente affaire porte sur les exigences légales de l'art. 8 de la *Charte* et l'équilibre que cette disposition vise à atteindre entre les droits à la vie privée des particuliers et l'intérêt public à ce que la loi soit appliquée. Cela exige que l'attente subjective d'une personne au respect de sa vie privée soit aussi objectivement raisonnable.

[122] Lorsqu'il s'agit de juger du caractère objectivement raisonnable de l'attente d'un demandeur au respect de sa vie privée personnelle à l'égard de l'objet d'une fouille, le contrôle que le demandeur exerce sur cet objet est vital. L'examen de la qualité pour agir s'attache au lien personnel du demandeur avec l'objet de la fouille dans les circonstances de l'espèce. Le contrôle joue un rôle fondamental lorsqu'il s'agit de définir la force de ce lien.

[123] The importance of control is illustrated in s. 8 cases where standing has been the key issue. For instance, in *Edwards*, there was no question that the intrusion by the police into the apartment occupied by the claimant's girlfriend amounted to a search under s. 8. The sole issue was standing — whether the claimant himself had a reasonable expectation of *personal* privacy. In concluding that Mr. Edwards lacked standing, the Court focused on factors which related to his degree of control over the apartment, “that [Mr. Edwards] was ‘just a visitor’” (para. 47), “he did not contribute to the rent or household expenses” (para. 48), and he “lacked the authority to regulate access to the premises” (para. 49). The Court summed up its rationale for denying standing as follows (paras. 49-50):

An important aspect of privacy is the ability to exclude others from the premises. This is apparent from one of the definitions of the word “privacy” found in *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989). It is set out in these terms:

b. The state or condition of being alone, undisturbed, or free from public attention, as a matter of choice or right; freedom from interference or intrusion.

The right to be free from intrusion or interference is a key element of privacy. It follows that the fact that the appellant could not be free from intrusion or interference in Ms. Evers' apartment is a very important factor in confirming the finding that he did not have a reasonable expectation of privacy. [Emphasis added.]

[124] Similarly, in *Belnavis*, the main issue was whether a passenger, Ms. Lawrence, had a reasonable expectation of personal privacy in the vehicle she was in when it was stopped by the police. In concluding that Ms. Lawrence, unlike the driver, lacked standing to challenge the search, the Court highlighted the absence of control as a key factor (para. 22):

[123] L'importance du contrôle ressort des décisions sur l'art. 8 où la qualité pour agir était au cœur du litige. Par exemple, dans l'affaire *Edwards*, il ne faisait aucun doute que l'intrusion par la police dans l'appartement occupé par la petite amie du demandeur constituait une fouille ou une perquisition au sens de l'art. 8. La seule question en litige était celle de la qualité — le demandeur lui-même avait-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée *personnelle*? En concluant que M. Edwards n'avait pas qualité pour agir, la Cour s'est concentrée sur des facteurs qui se rapportaient à son degré de contrôle sur l'appartement : « [M. Edwards] [TRADUCTION] “n'était qu'un visiteur” » (par. 47), il « ne contribuait pas au paiement du loyer ou des dépenses du ménage » (par. 48), et il « n'avait pas le pouvoir [de] régir l'accès [à l'appartement] » (par. 49). La Cour a résumé ainsi les raisons pour lesquelles elle a refusé à M. Edward la qualité pour agir (par. 49-50) :

Un aspect important du droit à la vie privée (« privacy ») dans un lieu est la capacité d'en interdire l'accès à autrui. C'est ce qui ressort de l'une des définitions du mot « privacy » que l'on trouve dans *The Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), et qui est ainsi libellée :

[TRADUCTION] **b.** Le fait d'être seul, de ne pas être dérangé ou d'échapper à l'attention publique, à la suite d'un choix ou de l'exercice d'un droit; le fait d'être à l'abri de toute ingérence ou intrusion.

Le droit d'être à l'abri de toute intrusion ou ingérence est un élément clé de la notion de vie privée. Il s'ensuit que le fait que l'appelant ne pouvait être à l'abri de toute intrusion ou ingérence dans l'appartement de M^{me} Evers revêt une grande importance pour ce qui est de confirmer la conclusion qu'il n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée. [Je souligne.]

[124] De même, dans *Belnavis*, il s'agissait principalement de déterminer si la passagère, M^{me} Lawrence, avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard du véhicule dans lequel elle se trouvait au moment où celui-ci a été intercepté par la police. Concluant que M^{me} Lawrence, contrairement à la conductrice, n'avait pas qualité pour contester la fouille, la Cour a souligné que l'absence de contrôle était un facteur clé (par. 22) :

There was no evidence that she had any control over the vehicle, nor that she had used it in the past or had any relationship with the owner or driver which would establish some special access to or privilege in regard to the vehicle. Lawrence did not demonstrate any ability to regulate access to the vehicle.

[125] Granted, these cases were concerned with territorial privacy in homes and vehicles. However, control remains equally important in respect of informational privacy: *Spencer*, at para. 40; *Ward*, at para. 60. Control is integral because of the ease with which information can change from private to public in nature, depending on the context. In this regard, privacy has been defined as, “the right of the individual to determine for himself when, how, and to what extent he will release personal information about himself”: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 46; see also A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7, cited in *Tessling*, at para. 23; see also *Spencer*, at para. 40.

[126] For private communications in particular, the concept of control helps explain why a claimant may have a reasonable expectation of personal privacy in a communication *while it is ongoing*, but not in the same communication *once it has been received*. The ability of an individual to control the circumstances in which something is said is central to the existence of a reasonable expectation of personal privacy in the communicative process: *Duarte*, at p. 51. In choosing *who* to speak to, *where* the conversation takes place, and the *medium* of communication, the individual exercises control over the ongoing conversation such that he or she may reasonably expect the conversation to be private.

[127] That said, absolute control is not guaranteed. During a conversation, there is always a risk — however remote — that someone may be listening in and making a permanent record of the conversation. But this risk is not one that individuals should reasonably be required to bear: see *Duarte*, at pp. 48-49. This Court has held that people should

Il n’y avait aucune preuve qu’elle exerçait un contrôle sur le véhicule, qu’elle l’avait utilisé dans le passé ou qu’elle avait avec le propriétaire ou la conductrice une relation qui établirait l’existence d’un accès spécial au véhicule ou d’un privilège s’y rapportant. Lawrence n’a pas démontré qu’elle était capable de régir l’accès au véhicule.

[125] Certes, ces décisions portaient sur l’aspect territorial du droit à la vie privée dans les maisons et les véhicules. Or, le contrôle est tout aussi important pour ce qui est de l’aspect informationnel du droit à la vie privée (*Spencer*, par. 40; *Ward*, par. 60). Le contrôle est essentiel à cause de l’aisance avec laquelle l’information peut passer de la sphère privée à la sphère publique, selon le contexte. À cet égard, la Cour a défini la vie privée comme « le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant » (*R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 46; voir aussi A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7, cité dans *Tessling*, par. 23; voir aussi *Spencer*, par. 40).

[126] S’agissant plus particulièrement des communications privées, la notion de contrôle aide à expliquer pourquoi un demandeur peut s’attendre raisonnablement au respect de sa vie privée personnelle à l’égard d’une communication *en cours*, mais non à l’égard de la même communication *une fois celle-ci reçue*. La capacité d’un individu à maîtriser les circonstances dans lesquelles on dit quelque chose est au cœur de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle à l’égard du processus de communication : *Duarte*, p. 51. En choisissant à *qui* il s’adresse, le *lieu* de la conversation et le *moyen* de communication, l’individu exerce un contrôle sur la conversation en cours qui lui permet de s’attendre raisonnablement à ce que cette conversation soit privée.

[127] Cela dit, le contrôle absolu n’est pas assuré. Lors d’une conversation, le risque — aussi éloigné soit-il — que quelqu’un écoute la conversation et la consigne en permanence est toujours présent. Mais ce risque n’en est pas un que les particuliers devraient être obligés de supporter (voir *Duarte*, p. 48-49). Notre Cour a jugé que les gens ne devraient pas

not have to assume, as “the price of choosing to speak to another human being”, the risk that every time they speak, someone — be it the state or some other third party — may be recording their words (*ibid.*, at p. 48). If every time people opened their mouths, they had to assume the risk that someone might be recording their words, it would never be reasonable to expect privacy in an ongoing conversation (*ibid.*). As this Court noted in *Duarte*, a society in which individuals must bear this risk would be “one in which privacy no longer had any meaning” (p. 44). Hence, if the police were to *intercept* a text message conversation while it was ongoing, the sender would have standing to challenge the search under s. 8 of the *Charter*: see *R. v. Shayesteh* (1996), 31 O.R. (3d) 161 (C.A.), at pp. 173-74; *R. v. Rendon* (1999), 140 C.C.C. (3d) 12 (Que. C.A.); R. W. Hubbard, P. M. Brauti and S. K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure* (loose-leaf), vol. 2, at p. 8-58.

[128] By contrast, once a private communication is received, an individual generally retains no control over what another participant in the conversation will do with his or her record or recollection of it. In the case of an oral conversation, once the conversation is over, each participant is left with an independent recollection of it. This recollection falls within his or her exclusive control, and he or she is free to share it with anyone, at any time, and for any purpose. Similarly, in the case of a text message conversation, once a text message is received, both sender and recipient are left with an independent record of the conversation. They each have exclusive control over their own record, and can freely share it with anyone and everyone. In both scenarios, there is a complete lack of control over the other person’s record or recollection of the conversation.

[129] Accessing a text message conversation on a recipient’s phone therefore occurs in a different context from that of an interception, one in which the sender no longer has control over the subject matter of the search. This is a compelling indicator

avoir à supporter, comme « prix de l’exercice du choix d’adresser la parole à un autre être humain », le risque que, chaque fois qu’ils parlent, quelqu’un — que ce soit l’État ou un autre tiers — enregistre leurs propos (*ibid.*, p. 48). Si, chaque fois que les gens ouvraient la bouche, ils devaient supporter le risque que quelqu’un enregistre leurs propos, il ne serait jamais raisonnable de s’attendre au respect de la vie privée lors d’une conversation en cours (*ibid.*). Comme l’a souligné notre Cour dans *Duarte*, une société où les particuliers doivent supporter ce risque serait « une société où la notion de vie privée serait vide de sens » (p. 44). Par conséquent, si les policiers devaient *intercepter* une conversation par message texte en cours, l’expéditeur aurait qualité pour contester la fouille en vertu de l’art. 8 de la *Charte* (voir *R. c. Shayesteh* (1996), 31 O.R. (3d) 161 (C.A.), p. 173-174; *R. c. Rendon* 1999 CanLII 9511 (C.A. Qc); R. W. Hubbard, P. M. Brauti et S. K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure* (feuilles mobiles), vol. 2, p. 8-58).

[128] À l’inverse, une fois reçue une communication privée, une personne n’a en général plus de contrôle sur ce que son interlocuteur en fera, sa consignation ou le souvenir qu’il en gardera. Dans le cas d’une conversation de vive voix, une fois celle-ci terminée, chaque interlocuteur en garde son propre souvenir, qui relève de son contrôle exclusif, et est libre de le communiquer à qui que ce soit en tout temps et à toute fin. De même, dans le cas d’une conversation par message texte, une fois celui-ci reçu, l’expéditeur et le destinataire gardent leur propre trace écrite de la conversation. Ils exercent chacun un contrôle exclusif sur leur propre trace écrite et peuvent la communiquer à qui bon leur semble. Dans l’un et l’autre cas, il y a une absence totale de contrôle sur la trace écrite que l’autre personne a de la conversation et sur le souvenir qu’elle en garde.

[129] On prend donc connaissance d’une conversation par message texte sur le téléphone d’un destinataire dans un contexte différent de celui d’une interception, un contexte où l’expéditeur n’exerce plus de contrôle sur l’objet de la fouille. Voilà un

that he or she no longer maintains a reasonable expectation of personal privacy in that conversation. The risk that a recipient may repeat what was said during a conversation, or share his or her record of the conversation with others, is a risk that individuals must reasonably assume, and thus may defeat a reasonable expectation of privacy: see *Duarte*, at p. 49. As I explain below at paras. 173-77, a person's expectation of privacy in informational subject matter that falls under another person's exclusive control cannot be reasonable in a society that values the freedom of individuals to share information.

[130] That said, control is not the exclusive consideration that informs the existence of a reasonable expectation of personal privacy. And there are exceptional cases where control is not necessary. Where a loss of control over the subject matter is involuntary, such as where a person is in police custody or the subject matter is stolen from the person by a third party, then a reasonable expectation of personal privacy may persist: see *Stillman*, at paras. 61-62 (privacy may persist in a tissue discarded while in police custody); *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227, at para. 28 (privacy may persist in a safe stolen by a third party). In general, however, recognizing a reasonable expectation of privacy in the face of a total absence of control is, in my view, both unprecedented and antithetical to the notion of personal privacy. Some measure of control is therefore generally necessary to establish standing.

[131] In saying this, I wish to be clear that control does not necessarily need to be exclusive or direct — other degrees or forms of control can give rise to a reasonable expectation of personal privacy.

indice convaincant qu'il n'a plus une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle relativement à cette conversation. Le risque qu'un destinataire répète ce qui a été dit lors d'une conversation ou communique sa trace écrite de la conversation à d'autres personnes est un risque que les particuliers doivent raisonnablement supporter et il peut donc contrecarrer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (voir *Duarte*, p. 49). Comme je l'explique ci-dessous aux par. 173-177, l'attente d'une personne au respect de sa vie privée à l'égard d'un objet informationnel ressortissant au contrôle exclusif d'autrui ne saurait être raisonnable dans une société qui valorise la liberté des particuliers de communiquer de l'information.

[130] Cela dit, le contrôle n'est pas la seule considération qui sous-tend l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle. D'ailleurs, dans certains cas exceptionnels, le contrôle n'est pas nécessaire. Si la perte de contrôle sur l'objet est involontaire, par exemple lorsque la personne est détenue par la police ou que l'objet lui a été volé par un tiers, la personne peut encore s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée personnelle (voir *Stillman*, par. 61-62 (le droit à la vie privée peut subsister à l'égard d'un papier mouchoir que l'accusé a jeté alors qu'il était détenu par la police); *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227, par. 28 (le droit à la vie privée peut subsister à l'égard d'un coffre-fort volé par un tiers)). En général, cependant, reconnaître l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée alors qu'il y a absence complète de contrôle me paraît sans précédent et à l'opposé de la notion de vie privée personnelle. Un certain contrôle est donc nécessaire à l'établissement de la qualité pour agir.

[131] Aussi, je tiens à préciser que le contrôle n'a pas à être exclusif ou direct; d'autres degrés ou formes de contrôle peuvent donner naissance à une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle.

(i) Non-exclusive Control

[132] Control does not need to be exclusive. For example, in *Cole*, this Court considered whether a teacher had a reasonable expectation of personal privacy in the informational content of his school-issued computer, over which he did not have exclusive control. The school owned the computer and retained the right to monitor its use at any point in time (paras. 50 and 55-56). In assessing whether Mr. Cole had a reasonable expectation of personal privacy, the Court concluded that his lack of exclusive control “diminished [his] privacy interest in his laptop, at least in comparison to the personal computer at issue in [*R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253], but . . . did not eliminate it entirely” (para. 58). That is consistent with this Court’s prior conclusion that a reasonable expectation of privacy may exist in a hotel room, even when an individual is aware that hotel staff or other guests will have access: *Buhay*, at para. 22; *Wong*, at p. 51.

[133] In short, while a lack of exclusive control may diminish the strength of a reasonable expectation of privacy, it does not necessarily eliminate it: *Cole*, at para. 58; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 41. But — and this is critical — the absence of exclusive control is not the same thing as a *total absence of control*.

[134] In *Cole*, for example, Mr. Cole had possession of the computer, the ability to exclude persons other than his employer, and control over its informational content, as he was able to “browse the Internet and to store personal information on the hard drive” (para. 43). Crucially, he retained the ability to delete information on the computer and prevent its dissemination. Thus, it was possible for him to maintain a reasonable expectation of personal privacy in the subject matter. Likewise, in *Wong*, although a number of individuals had access to the

(i) Contrôle non exclusif

[132] Il n’est pas nécessaire que le contrôle soit exclusif. Par exemple, dans *Cole*, la Cour s’est demandé si un enseignant avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l’égard du contenu informationnel de son ordinateur, fourni par l’école, sur lequel il n’exerçait pas un contrôle exclusif. L’école était propriétaire de l’ordinateur et conservait le droit de superviser en tout temps l’usage qui en était fait (par. 50 et 55-56). Appelée à décider si M. Cole avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle, la Cour a conclu que cette absence de contrôle exclusif « réduis[ait] [son] droit [. . .] au respect de sa vie privée à l’égard de son ordinateur portatif, du moins par comparaison avec l’ordinateur personnel en cause dans l’arrêt [*R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253], mais [elle] ne l’élimin[ait] pas complètement » (par. 58). Cette conclusion concorde avec celle où la Cour a reconnu la possibilité qu’il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans une chambre d’hôtel même lorsque la personne concernée sait que le personnel de l’hôtel ou d’autres clients pourront y entrer (*Buhay*, par. 22; *Wong*, p. 51).

[133] En résumé, bien que l’absence de contrôle exclusif puisse réduire la force de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, elle ne l’élimine pas nécessairement (*Cole*, par. 58; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, par. 41). Cependant — et cette nuance est cruciale — l’absence de contrôle exclusif n’équivaut pas à une *absence totale de contrôle*.

[134] Dans l’affaire *Cole*, par exemple, M. Cole avait en sa possession l’ordinateur, la capacité d’empêcher quiconque d’y accéder, sauf son employeur, et le contrôle de son contenu informationnel, étant donné qu’il pouvait « naviguer sur Internet et [. . .] stocker des renseignements personnels sur le disque dur » (par. 43). Fait essentiel, il avait conservé la capacité de supprimer l’information stockée dans l’ordinateur et d’empêcher sa diffusion. Ainsi, il lui était possible de conserver une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l’égard de

hotel room, Mr. Wong retained the ability to regulate that access by excluding certain individuals (p. 52). Shared or qualified control is still a form of control that may ground a reasonable expectation of personal privacy.

[135] If, for example, Mr. Marakah and Mr. Winchester shared control over Mr. Winchester's phone, this would change the s. 8 analysis. The same can be said if Mr. Marakah could remotely access the text message conversations on Mr. Winchester's phone. In both scenarios, Mr. Marakah would have shared control over the text message conversations on Mr. Winchester's phone, and his expectation of personal privacy in those conversations would in all likelihood be reasonable. But that is not the case here. Indeed, Mr. Marakah repeatedly asked Mr. Winchester to delete the text messages from his phone — further evidence that Mr. Marakah had no control over the text message conversations on Mr. Winchester's phone. The situations in *Cole* and *Wong* therefore differ markedly from the present case.

(ii) Constructive Control

[136] In addition, control need not always be direct. A reasonable expectation of privacy will likely arise where a claimant exercises personal control over the subject matter in issue, as in the case of one's home, possessions, and body. However, under a functional approach, constructive control may suffice to ground a reasonable expectation of personal privacy in other contexts.

[137] For example, constructive control may exist by virtue of a claimant's professional or commercial relationship with another person or entity that has direct control over the subject matter in question: see *Dyment*, at p. 432; *Spencer*, at paras. 61-63; *Plant*, at

l'objet. De même, dans l'affaire *Wong*, M. Wong avait conservé la capacité de régir l'accès à la chambre d'hôtel en excluant certaines personnes, même si plusieurs autres y avaient accès (p. 52). Un contrôle partagé ou restreint demeure un contrôle susceptible de fonder une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle.

[135] Si, par exemple, MM. Marakah et Winchester se partageaient le contrôle du téléphone de ce dernier, cela modifierait l'analyse fondée sur l'art. 8. L'analyse serait également modifiée si M. Marakah pouvait accéder à distance aux conversations par message texte dans le téléphone de M. Winchester. Dans l'un et l'autre cas de figure, M. Marakah aurait partagé le contrôle sur les conversations par message texte dans le téléphone de M. Winchester, et son attente au respect de sa vie privée personnelle à l'égard de ces conversations aurait selon toute vraisemblance été raisonnable. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce. En effet, M. Marakah a demandé maintes fois à M. Winchester de supprimer les messages textes sur son téléphone, une autre preuve qu'il n'exerçait aucun contrôle sur les conversations par message texte enregistrées dans ce téléphone. Les situations qui prévalaient dans *Cole* et *Wong* diffèrent donc nettement de celle en l'espèce.

(ii) Contrôle imputé

[136] En outre, il n'est pas toujours nécessaire que le contrôle soit direct. Une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée prendra vraisemblablement naissance si le demandeur exerce un contrôle personnel sur l'objet en cause, comme on le fait à l'égard de sa maison, de ses biens et de son corps. Toutefois, selon l'approche fonctionnelle, l'exercice d'un contrôle imputé pourrait suffire à fonder une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle dans d'autres contextes.

[137] Par exemple, il peut y avoir un contrôle imputé lorsque le demandeur entretient une relation professionnelle ou commerciale avec une autre personne ou une entité qui exerce un contrôle direct sur l'objet en cause (voir *Dyment*, p. 432; *Spencer*,

p. 294; *Patrick*, at para. 67. The most obvious examples where this arises include a claimant's relationship with a lawyer, doctor, psychiatrist or another professional who owes a duty of confidentiality or trust to the claimant.

[138] This list is not closed, nor is it limited to formal "trust-like, confidential or therapeutic relationships": *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 27. Accordingly, complainants may maintain a reasonable expectation of privacy in personal information contained in records held by the police, so as to trigger the third party records production regime in ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*: *Quesnelle*. Care must be taken in making this comparison because of the different dynamics which are at play under s. 8 of the *Charter*, and those that exist in a production regime: *Quesnelle*, at paras. 28 and 35-36. Nonetheless, due to the professional status of the police, *Quesnelle* clarifies that "the subjects of police occurrence reports could reasonably expect the police to safeguard their private information, unless and until disclosure is justified" (para. 30). The Court explained the rationale for this, at paras. 39 and 43:

Where an individual voluntarily discloses sensitive information to police, or where police uncover such information in the course of an investigation, it is reasonable to expect that the information will be used for the purpose for which it was obtained: the investigation and prosecution of a particular crime. . . .

People provide information to police in order to protect themselves and others. They are entitled to do so with confidence that the police will only disclose it for good reason. The fact that the information is in the hands of the police should not nullify their interest in keeping that information private from other individuals.

[139] This conclusion was based on the fact that the police, as professionals, are constrained in their

par. 61-63; *Plant*, p. 294; *Patrick*, par. 67). Parmi les exemples les plus patents de contrôle imputé, mentionnons la relation d'un demandeur avec un avocat, un médecin, un psychiatre ou toute autre personne tenue envers lui à une obligation de confidentialité ou de confiance.

[138] Cette liste n'est pas exhaustive, pas plus qu'elle ne se limite aux « relations confidentielles, thérapeutiques ou fondées sur la confiance » (*R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 27). Par conséquent, les demandeurs peuvent toujours s'attendre raisonnablement au respect de leur vie privée à l'égard des renseignements personnels contenus dans les dossiers de la police, de sorte que ces renseignements soient soumis au régime de communication des dossiers en la possession de tiers établi aux art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* (*Quesnelle*). C'est avec prudence que l'on doit faire cette comparaison parce que la dynamique de l'art. 8 de la *Charte* diffère de celle d'un régime de communication (*Quesnelle*, par. 28 et 35-36). Cependant, l'arrêt *Quesnelle* précise que, eu égard au statut professionnel des policiers, « une personne visée par un rapport de police peut raisonnablement s'attendre à ce que la police protège ses renseignements personnels, sauf si cette dernière est justifiée de les communiquer » (par. 30). La Cour explique ainsi la raison d'être de cette affirmation aux par. 39 et 43 :

Lorsqu'un particulier communique de son gré des renseignements délicats à la police ou que celle-ci les découvre au cours d'une enquête, il est raisonnable qu'il s'attende à ce que les renseignements servent dans le but pour lequel ils ont été obtenus, à savoir l'enquête et la poursuite relatives à un acte criminel. . .

Les gens fournissent des renseignements à la police dans le but d'assurer leur propre protection et celle d'autrui. Ils sont en droit de s'attendre à ce que la police ne les communique que pour un motif valable. La possession des renseignements par la police ne saurait écarter le droit à ce que leur confidentialité soit assurée.

[139] Cette conclusion repose sur le fait qu'en tant que professionnels, les policiers possèdent une

ability to share and use information — a constraint that generally holds true for professionals who collect personal information for a specific purpose: see *Dyment*, at pp. 432 and 434-35; *Law*, at paras. 22-23 and 28.

[140] Similarly, an individual can maintain a reasonable expectation of privacy in personal information stored with certain commercial entities, such as telecommunication service providers: see *Jones*, at paras. 38-46 (per Côté J.); *TELUS*, at para. 32; *Spencer*, at para. 66; *R. v. Rogers Communications Partnership*, 2016 ONSC 70, 128 O.R. (3d) 692, at paras. 19-31. These commercial entities are subject to the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“*PIPEDA*”). As Cromwell J. explained in *Spencer*, at para. 63:

... *PIPEDA* ... permits disclosure only if a request is made by a government institution with “lawful authority” to request the disclosure. It is reasonable to expect that an organization bound by *PIPEDA* will respect its statutory obligations with respect to personal information. [Emphasis added.]

[141] As these cases illustrate, even a qualified obligation on professional and commercial entities to maintain confidentiality over personal information provides a measure of constructive control which can support a reasonable expectation of privacy. This stands in stark contrast to the unfettered discretion individuals have to share information for any reason or purpose. At a normative level, the existence of a reasonable expectation of privacy in the context of professional or commercial relationships therefore does not create the same tension with autonomy interests, which may arise in the context of ordinary interactions between private citizens: see below, at paras. 173-77.

[142] Ultimately, as this Court stated in *Quesnelle*, at para. 38, “[w]hether a person is entitled to expect that their information will be kept private is a

capacité restreinte à communiquer et à utiliser des renseignements — restriction qui s’applique en général aussi aux professionnels qui recueillent des renseignements personnels dans un but précis (voir *Dyment*, p. 432 et 434-435; *Law*, par. 22-23 et 28).

[140] De même, une personne peut conserver une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard des renseignements personnels stockés par certaines entités commerciales tels les fournisseurs de services de télécommunication (voir *Jones*, par. 38-46 (la juge Côté); *TELUS*, par. 32; *Spencer*, par. 66; *R. c. Rogers Communications Partnership*, 2016 ONSC 70, 128 O.R. (3d) 692, par. 19-31). Ces entités commerciales sont assujetties à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« *LPRPDE* »). Comme l’a expliqué le juge Cromwell dans l’arrêt *Spencer*, par. 63 :

... la *LPRPDE* [...] n’autorise la communication de renseignements que lorsqu’une institution gouvernementale mentionne la « source de l’autorité légitime » étayant sa demande. En effet, il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une organisation assujettie à la *LPRPDE* respecte les obligations que celle-ci lui impose à l’égard des renseignements personnels. [Je souligne.]

[141] Comme le montrent ces décisions, même une obligation restreinte faite aux entités professionnelles et commerciales d’assurer la confidentialité de renseignements personnels apporte un certain degré de contrôle imputé pouvant étayer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, ce qui contraste vivement avec le pouvoir discrétionnaire absolu qu’ont les personnes de communiquer des renseignements pour quelque motif que ce soit. Sur le plan normatif, l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans le cadre de rapports professionnels ou commerciaux ne crée donc pas la même tension avec les droits à l’autonomie que celle qui peut se poser dans le cadre de liens ordinaires entre particuliers (voir plus loin aux par. 173-177).

[142] En définitive, comme notre Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Quesnelle*, par. 38, « [l]’analyse qui permet de déterminer si une personne est en droit de

contextual inquiry.” In my view, where the information in question is under the exclusive control of another person, an interest in the subject matter and a personal relationship with that person does not suffice. Something more is necessary, such as a relationship connoting some measure of constructive control or obligation, to surpass a mere hope or desire for privacy and ground a reasonable expectation of personal privacy.

[143] In sum, control, like privacy, is “not an all or nothing concept”: *Quesnelle*, at paras. 29 and 37. The degree and form of control that a claimant has over the subject matter of the search in the circumstances of the case is central to whether the claimant has a reasonable expectation of personal privacy. Accordingly, a total absence of any measure of control provides a compelling basis to deny standing.

(c) *Mr. Marakah Had No Control Over the Text Message Conversations on Mr. Winchester’s Phone*

[144] The text message conversations between Mr. Marakah and Mr. Winchester were accessed by police after they had been received on Mr. Winchester’s phone. The conversations were not intercepted by police during the transmission process, and they were not accessed on Mr. Marakah’s phone. As I will explain, these are important contextual distinctions that show that Mr. Marakah had no control over the subject matter of the search in the circumstances of this case.

[145] In this case, Mr. Winchester had exclusive control over the text message conversations accessed by the police. The conversations were stored on his phone and he had complete autonomy to disclose them to anyone, at any time, and for any purpose. Mr. Marakah had no control over the text message conversations on Mr. Winchester’s phone

s’attendre à ce que des renseignements la concernant demeurent privés est de nature contextuelle. » À mon avis, lorsque les renseignements en question relèvent du contrôle exclusif d’une autre personne, il ne suffit pas d’avoir un intérêt à l’égard de l’objet et d’entretenir une relation personnelle avec cette personne. Il faut quelque chose de plus, comme une relation dénotant un certain degré de contrôle ou d’obligation imputé, pour dépasser le simple espoir ou désir de respect de la vie privée et fonder une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle.

[143] En somme, le contrôle, tout comme le droit à la vie privée, « n’est pas absol[u] » (*Quesnelle*, par. 29 et 37). Le degré et la forme du contrôle que le demandeur exerce sur l’objet de la fouille dans les circonstances de l’espèce sont primordiaux lorsque vient le temps de décider si le demandeur a une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle. Par conséquent, une absence totale de contrôle constitue un motif convaincant de refuser de reconnaître la qualité pour agir.

c) *M. Marakah n’exerçait aucun contrôle sur les conversations par message texte enregistrées dans le téléphone de M. Winchester*

[144] Les policiers ont pris connaissance des conversations échangées par message texte entre MM. Marakah et Winchester après leur réception sur le téléphone de M. Winchester. Les conversations n’ont pas été interceptées par la police durant leur transmission, ni n’ont été obtenues par le biais du téléphone de M. Marakah. Comme je l’expliquerai, ce sont d’importantes différences contextuelles qui démontrent que M. Marakah n’exerçait aucun contrôle sur l’objet de la fouille dans les circonstances de l’espèce.

[145] En l’espèce, M. Winchester exerçait un contrôle exclusif sur les conversations par message texte dont ont pris connaissance les policiers. Les conversations étaient enregistrées dans son téléphone et il était tout à fait libre de les communiquer à qui que ce soit, en tout temps et à toute fin. M. Marakah n’exerçait aucun contrôle sur les conversations par

— a compelling indicator that he did not have a reasonable expectation of personal privacy in them.

[146] This case is thus distinct from an interception case. It is beyond question that Mr. Marakah had a reasonable expectation of personal privacy in the text message conversations while they were in the process of transmission to Mr. Winchester's phone. In that context, Mr. Marakah had control over the circumstances in which he was communicating with Mr. Winchester. He reasonably assumed that, in conversing with Mr. Winchester through text messaging, he was communicating *only* to Mr. Winchester. In these circumstances, it was reasonable for him to expect that his text message conversations with Mr. Winchester would not be clandestinely intercepted. As indicated, if the police had intercepted the conversations at that stage, Mr. Marakah would have had standing to challenge the search of Mr. Winchester's phone under s. 8 of the *Charter*.

[147] This case is also distinct from one involving police access to text message conversations *on Mr. Marakah's phone*. Unquestionably, Mr. Marakah had a reasonable expectation of personal privacy in the text message conversations on his own personal phone. This is because Mr. Marakah retained control over the conversations — he was able to delete them, or disclose them to anyone he wished. The text message conversations on Mr. Winchester's phone are contextually different from the same text message conversations on Mr. Marakah's personal phone, just as DNA found on a complainant is contextually different from the same DNA found on an accused person's body — even though both sources may reveal identical and extremely intimate information.

[148] In sum, viewed contextually, Mr. Marakah had no measure of control over the text message conversations in the circumstances of this case.

message texte dans le téléphone de M. Winchester, un indice convaincant qu'il n'avait pas d'attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à leur égard.

[146] La présente affaire se distingue donc d'un cas d'interception. Il ne fait aucun doute que M. Marakah avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations par message texte en train d'être acheminées vers le téléphone de M. Winchester. Dans ce contexte, M. Marakah maîtrisait les circonstances dans lesquelles il communiquait avec M. Winchester. Il supposait raisonnablement qu'en bavardant avec M. Winchester par messagerie texte, il communiquait *uniquement* avec M. Winchester. Dans ces conditions, il était raisonnable pour lui de s'attendre à ce que ses conversations par message texte avec M. Winchester ne soient pas interceptées clandestinement. Rappelons que si la police avait intercepté les conversations à ce stade, M. Marakah aurait eu qualité pour contester la fouille du téléphone de M. Winchester en vertu de l'art. 8 de la *Charte*.

[147] La présente affaire se distingue également du cas de figure où les policiers obtiendraient les conversations par message texte enregistrées *dans le téléphone de M. Marakah*. Ce dernier avait indubitablement une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations par message texte enregistrées dans son propre téléphone personnel. En effet, M. Marakah exerçait toujours un contrôle sur les conversations : il pouvait les supprimer ou les divulguer à qui bon lui semblait. Les conversations par message texte enregistrées dans le téléphone de M. Winchester sont contextuellement différentes des mêmes conversations enregistrées dans le téléphone personnel de M. Marakah, tout comme l'ADN découvert sur une plaignante diffère contextuellement de l'ADN découvert sur le corps d'un accusé, et ce, même si les deux sources peuvent révéler des renseignements identiques et extrêmement intimes.

[148] En somme, vu le contexte, M. Marakah n'exerçait aucun contrôle sur les conversations par message texte dans les circonstances de l'espèce.

(3) The Chief Justice’s Approach to the Reasonableness of Mr. Marakah’s Expectation of Privacy

(a) *The Place(s) of the Search and Mr. Marakah’s Control Over the Text Message Conversations*

[149] The Chief Justice asserts that the search may have occurred in one of two places: either the police accessed the text message conversations in what she calls a “metaphorical chat room” (para. 30), or they accessed them on Mr. Winchester’s phone (para. 29). Ultimately, the Chief Justice leaves unanswered the question of where the search occurred. According to her, neither the metaphorical chat room, nor Mr. Winchester’s physical phone, exclude a reasonable expectation of privacy (paras. 28-30). In either scenario, “Mr. Marakah did not give up control over the information” he sent to Mr. Winchester (para. 41). Rather, the two shared control over their text message conversations (paras. 42 and 68). With respect, the Chief Justice’s approach gives rise to serious difficulties, and I cannot agree with it.

[150] I begin with the Chief Justice’s first proposition — that the place of the search may be a metaphorical chat room. In her view, this “electronic world of digital communication” is “every bit as real as [a] physical space” (para. 28). This position was not advanced by any of the parties, and the Chief Justice cites no authority for it. In my view, it is a fiction which has the effect of circumventing the overriding problem standing in the way of Mr. Marakah’s bid for standing, namely: that once his messages were received by Mr. Winchester, he retained no control over them whatsoever.

[151] By evaluating the reasonableness of an expectation of personal privacy in a context that is divorced from the reality of where the search actually occurred — in this case, Mr. Winchester’s phone — the Chief Justice effectively holds that participants in a communication maintain a reasonable

(3) La manière dont la Juge en chef aborde le caractère raisonnable de l’attente de M. Marakah au respect de sa vie privée

a) *Le(s) lieu(x) de la fouille et le contrôle exercé par M. Marakah sur les conversations par message texte*

[149] La Juge en chef avance que la fouille peut s’être déroulée à l’un de deux endroits : soit les policiers ont pris connaissance des conversations par message texte dans ce qu’elle appelle un « salon de cyberbavardage métaphorique » (par. 30), soit ils en ont pris connaissance sur le téléphone de M. Winchester (par. 29). Au bout du compte, la Juge en chef laisse entière la question du lieu où s’est déroulée la fouille. D’après elle, ni le salon de cyberbavardage métaphorique, ni le téléphone physique de M. Winchester n’écartent une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (par. 28-30). Dans l’un ou l’autre scénario, « M. Marakah n’a pas renoncé au contrôle sur les renseignements » qu’il avait transmis à M. Winchester (par. 41). Les deux se partageaient plutôt le contrôle de leurs conversations par message texte (par. 42 et 68). Avec égards, l’approche de la Juge en chef pose de sérieux problèmes et je ne peux y souscrire.

[150] Je commence par la première proposition de la Juge en chef : le lieu de la fouille peut être un salon de cyberbavardage métaphorique. À son avis, cet « univers électronique de communication numérique » est « tout aussi réel qu[’un] espace physique » (par. 28). Ce point de vue n’a été exprimé par aucune des parties et la Juge en chef ne cite aucune source à l’appui. Il m’apparaît comme une fiction qui a pour effet de contourner le problème fondamental auquel se bute M. Marakah dans sa quête de la qualité pour agir, à savoir qu’une fois ses messages reçus par M. Winchester, il n’exerçait plus aucun contrôle sur eux.

[151] En évaluant le caractère raisonnable d’une attente en matière de respect de la vie privée personnelle dans un contexte étranger au véritable lieu de la fouille — en l’occurrence le téléphone de M. Winchester — la Juge en chef conclut en fait que les participants à une communication conservent

expectation of personal privacy in a text message conversation regardless of where that conversation is accessed in the real world. This cannot be right. The reasonable expectation of privacy analysis is context-driven, and requires looking at the totality of circumstances — which includes the *actual* place of the search.

[152] The Chief Justice also proposes that the place of the search may be the physical location where the text message conversations were accessed or stored — in other words, Mr. Winchester’s phone (para. 29). According to the Chief Justice, in this alternative situation, Mr. Marakah’s expectation of privacy is reduced (paras. 30 and 54), but not defeated. The Chief Justice relies on *Cole* to support her position that even though Mr. Marakah did not control Mr. Winchester’s phone, he nevertheless shared control over the text message conversations and retained a reasonable expectation of privacy in the those conversations. In my view, *Cole* does not support her conclusion.

[153] The Chief Justice likens Mr. Marakah’s shared control over the text message conversations with Mr. Winchester to Mr. Cole’s shared control over his work-issued laptop with his employer. Her analogy appears to rest on two premises. First, Mr. Marakah, like Mr. Cole, did not have exclusive control over the subject matter of the search — Mr. Cole’s employer had access to the contents of the laptop just as Mr. Winchester had access to the text message conversations (para. 42). And second, Mr. Marakah’s lack of control over Mr. Winchester’s phone is irrelevant, just as Mr. Cole’s lack of control over the laptop was irrelevant, because both Mr. Cole and Mr. Marakah exercised control “over the *information* reflected therein” — in this case, the text message conversations; in *Cole*, the pornographic images (para. 43 (emphasis in original)).

une attente raisonnable au respect de leur vie privée personnelle à l’égard d’une conversation par message texte, peu importe l’endroit où l’on prend connaissance de cette conversation dans la réalité. Cette conclusion ne peut être exacte. L’analyse de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée est axée sur le contexte et suppose d’examiner l’ensemble des circonstances, dont le *véritable* lieu de la fouille.

[152] La Juge en chef fait en outre valoir que la fouille peut aussi se dérouler dans le lieu physique où les conversations par message texte ont été obtenues ou conservées, autrement dit, le téléphone de M. Winchester (par. 29). Selon la Juge en chef, dans cette autre situation, l’attente de M. Marakah au respect de sa vie privée est moindre (par. 30 et 54), mais non contrecarrée. La Juge en chef se fonde sur *Cole* pour étayer sa position selon laquelle, même si M. Marakah n’exerçait aucun contrôle sur le téléphone de M. Winchester, il partageait néanmoins le contrôle des conversations par message texte et gardait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de ces conversations. À mon avis, l’arrêt *Cole* n’appuie pas sa conclusion.

[153] La Juge en chef trace un parallèle entre le contrôle partagé de M. Marakah sur les conversations par message texte qu’il a eues avec M. Winchester et le contrôle que partageait M. Cole avec son employeur sur l’ordinateur portatif fourni pour son travail. L’analogie de la Juge en chef semble reposer sur deux prémisses. Tout d’abord, à l’instar de M. Cole, M. Marakah n’exerçait pas un contrôle exclusif sur l’objet de la fouille; l’employeur de M. Cole avait accès au contenu de l’ordinateur portatif, tout comme M. Winchester pouvait accéder aux conversations par message texte (par. 42). Ensuite, l’absence de contrôle par M. Marakah sur le téléphone de M. Winchester n’est pas pertinente, tout comme l’absence de contrôle par M. Cole sur l’ordinateur portatif, parce que tant M. Cole que M. Marakah exerçaient un contrôle « sur l’*information* qui s’y trouvait » — en l’espèce, les conversations par message texte; dans *Cole*, les images pornographiques (par. 43 (en italique dans l’original)).

[154] Respectfully, I cannot agree with either premise. In *Cole*, the pornographic images were located on a laptop in Mr. Cole’s possession, and Mr. Cole’s employer was able to *remotely* access those images. In this case, however, the text message conversations were on Mr. Winchester’s phone in Mr. Winchester’s possession, and Mr. Marakah could *not* remotely access these conversations. As such, Mr. Marakah had no control over the conversations on Mr. Winchester’s phone.

[155] The Chief Justice’s second premise — that it does not matter whether Mr. Marakah had control over Mr. Winchester’s phone — escapes me. If Mr. Marakah shared control over Mr. Winchester’s phone, or if Mr. Marakah was able to remotely access the text message conversations on Mr. Winchester’s phone, he could have deleted the text message conversations or prevented their dissemination. The ability to delete or prevent dissemination of text message conversations are telltale signs that an individual exercises control over those conversations — a compelling indicator of a reasonable expectation of privacy. Conversely, as I explain at paras. 134-35, the fact that Mr. Marakah had absolutely no ability to delete or prevent dissemination of the text message conversations on Mr. Winchester’s phone shows that Mr. Marakah had no control over the subject matter of the search in these circumstances.

[156] As indicated, the Chief Justice does not decide where the police accessed the text message conversations. She nevertheless points out that Mr. Marakah’s expectation of privacy would be stronger if the place of the search was the metaphorical chat room, than if the place of the search was Mr. Winchester’s phone (para. 54). The Chief Justice’s “either/or” approach is not only confusing, it also has serious implications for the s. 24(2) analysis.

[157] The Chief Justice appears to acknowledge at para. 68 of her reasons that a diminished expectation of privacy lessens the impact of a *Charter* infringing search on a claimant’s s. 8 rights, which favours admission under the second *Grant* factor:

[154] Soit dit en tout respect, je ne peux souscrire à aucune de ces prémisses. Dans *Cole*, les images pornographiques se trouvaient dans un ordinateur en la possession de M. Cole et l’employeur de ce dernier pouvait accéder à *distance* à ces images. En l’espèce, toutefois, les conversations par message texte étaient à l’intérieur du téléphone de M. Winchester dont il avait possession et M. Marakah *ne* pouvait *pas* accéder à distance à ces conversations. En conséquence, M. Marakah n’exerçait aucun contrôle sur elles dans le téléphone de M. Winchester.

[155] Je ne saisis pas la seconde prémisse de la Juge en chef : il importe peu que M. Marakah exerçait ou non un contrôle sur le téléphone de M. Winchester. Si M. Marakah partageait le contrôle de ce téléphone, ou s’il était en mesure d’accéder à distance à des conversations par message texte sur celui-ci, il aurait pu les supprimer ou prévenir leur diffusion. La capacité de supprimer des conversations par message texte ou d’en prévenir la diffusion est un signe éloquent de contrôle exercé sur ces conversations, un indice convaincant de l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. À l’inverse, comme je l’explique aux par. 134-135, le fait que M. Marakah n’était pas du tout en mesure de supprimer les conversations par message texte ou d’en prévenir la diffusion sur le téléphone de M. Winchester démontre qu’il n’exerçait aucun contrôle sur l’objet de la fouille dans les circonstances.

[156] Rappelons que la Juge en chef ne décide pas où les policiers ont pris connaissance des conversations par message texte. Elle souligne néanmoins que l’attente de M. Marakah au respect de sa vie privée serait plus élevée si la fouille s’était déroulée dans le salon de cyberbavardage métaphorique plutôt que dans le téléphone de M. Winchester (par. 54). Non seulement l’approche ambivalente de la Juge en chef sème-t-elle la confusion, mais elle a aussi de graves répercussions sur l’analyse relative au par. 24(2).

[157] La Juge en chef semble reconnaître au par. 68 de ses motifs qu’une attente moindre en matière de respect de la vie privée atténue l’incidence d’une fouille attentatoire sur les droits garantis au demandeur par l’art. 8, ce qui milite en faveur de

see *Cole*, at para. 92; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at paras. 76-78. In cases involving text message conversations, the third *Grant* factor will favour admission as well, as the communications will almost always be reliable: *Grant*, at para. 81. Consequently, the *Charter* infringing conduct would have to be very serious under the first *Grant* factor to justify exclusion: *Grant*, at para. 74. Indeed, it would likely need to amount to deliberate or serious misconduct by the police. Otherwise, the attenuated impact of the breach and society's interest in adjudication on the merits are likely to tilt the balance towards admission: see *Grant*, at paras. 85-86. However, by not identifying the actual place of the search, the Chief Justice equivocates on the strength of a claimant's expectation of privacy. As such, one is left to ask how courts are to engage in the difficult balancing of the three *Grant* factors, with a view to determining whether unconstitutionally obtained electronic communications should be excluded under s. 24(2).

(b) *Duarte Does Not Support the Chief Justice's Position*

[158] The Chief Justice relies on *Duarte* to say that Mr. Marakah's inability to control what Mr. Winchester did with the conversations on his phone is irrelevant to whether Mr. Marakah had a reasonable expectation of privacy in those conversations (para. 40). In the Chief Justice's view, the fact that a person has assumed the risk that the recipient may share the communication with the public is irrelevant to the reasonable expectation of privacy inquiry. This is because even though a participant to a conversation may share a record of the conversation with others, it is still reasonable to expect that *the state* will not gain access to this record (paras. 40 and 45). In the Chief Justice's view, the question of whether there is a reasonable expectation of privacy is answered in relation to *the state* in isolation, not against the public at large.

l'admission de la preuve selon le deuxième facteur énoncé dans *Grant* (voir *Cole*, par. 92; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 76-78). Dans les cas de conversations par message texte, le troisième facteur de l'arrêt *Grant* militera lui aussi en faveur de l'admission de la preuve, car les communications sont presque toujours fiables (*Grant*, par. 81). Par conséquent, il faudrait que la conduite attentatoire soit très grave à l'aune du premier facteur énoncé dans *Grant* pour justifier l'exclusion de la preuve (*Grant*, par. 74). En effet, il devrait probablement équivaloir à une inconduite délibérée ou grave de la police. Sinon, l'incidence atténuée de la violation et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond font vraisemblablement pencher la balance en faveur de l'admission de la preuve (voir *Grant*, par. 85-86). Cependant, en n'identifiant pas le véritable lieu de la fouille, la Juge en chef se prononce de façon équivoque sur la solidité de l'attente d'un demandeur au respect de sa vie privée. Il faut donc se demander comment les tribunaux doivent se livrer à la mise en balance ardue des trois facteurs de l'arrêt *Grant* dans le but de juger s'il y a lieu d'exclure en application du par. 24(2) des communications électroniques obtenues de manière inconstitutionnelle.

b) *L'arrêt Duarte n'étaye pas le point de vue de la Juge en chef*

[158] La Juge en chef s'appuie sur l'arrêt *Duarte* pour dire que l'incapacité de M. Marakah à maîtriser ce que M. Winchester a fait des conversations sur son téléphone n'est pas pertinente pour juger si M. Marakah avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement à ces conversations (par. 40). Selon la Juge en chef, le fait qu'une personne a supporté le risque que le destinataire rende publique la communication n'est pas pertinent pour l'analyse de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Il en est ainsi parce que, même si un participant à une conversation peut communiquer une trace écrite de la conversation, il est raisonnable de s'attendre à ce que *l'État* n'ait pas accès à cette trace écrite (par. 40 et 45). De l'avis de la Juge en chef, il faut répondre à la question de savoir s'il y a attente raisonnable en matière de respect de la vie privée au regard de *l'État* pris isolément et non par rapport au grand public.

[159] As such, Mr. Marakah’s complete lack of control over the text message conversations on Mr. Winchester’s phone — which Mr. Winchester can freely share with anyone — does not defeat the reasonableness of Mr. Marakah’s expectation of personal privacy in those conversations against the state. In support of her position, the Chief Justice relies on a single passage from *Duarte*, at p. 44:

The regulation of electronic surveillance protects us from a risk of a different order, i.e., not the risk that someone will repeat our words but the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit our words . . .

(C.J.’s reasons, at para. 40)

[160] I cannot accept this interpretation of *Duarte*. Like all *Charter* rights, s. 8 provides protection to individuals against the state. State conduct is therefore required to engage s. 8. Nonetheless, in this Court’s significant body of s. 8 jurisprudence, including *Duarte*, the question of whether an individual holds a reasonable expectation of privacy in a particular subject matter is answered in relation to the world at large, not the state in isolation. If an expectation of personal privacy is unreasonable against the public, then it is also unreasonable against the state. It is unreasonable for a person to expect publicly accessible information or other subject matter to remain private against the state in isolation.

[161] In *Patrick*, in finding that the accused did not have a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the search, the Court relied heavily on the fact that the garbage bags were accessible to “street people, bottle pickers, urban foragers, nosy neighbours and mischievous children, not to mention dogs and assorted wildlife”, as well as to “the garbage collectors and the police” (para. 55 (emphasis added)). No distinction was made between public access and state access for the purpose of the reasonable expectation of privacy analysis. If the

[159] Par conséquent, l’absence totale de contrôle de M. Marakah sur les conversations par message texte enregistrées dans le téléphone de M. Winchester — que ce dernier peut librement transmettre à n’importe qui — ne rend pas déraisonnable l’attente de M. Marakah à la protection de sa vie privée personnelle à l’égard de ces conversations contre l’ingérence de l’État. La Juge en chef appuie sa position sur un seul passage de *Duarte*, p. 44 :

La réglementation de la surveillance électronique nous protège plutôt contre un risque différent : non plus le risque que quelqu’un répète nos propos, mais le danger bien plus insidieux qu’il y a à permettre que l’État, à son entière discrétion, enregistre et transmette nos propos . . .

(motifs de la Juge en chef, par. 40)

[160] Je ne puis souscrire à cette interprétation de *Duarte*. Comme dans le cas de tous les droits reconnus par la *Charte*, l’art. 8 offre aux particuliers une protection contre l’État. Une conduite étatique doit donc être présente pour faire intervenir l’art. 8. Néanmoins, dans l’abondante jurisprudence de notre Cour sur cet article, notamment *Duarte*, l’on répond à la question de savoir si une personne a une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard d’un objet précis au regard de la population en général, et non de l’État pris isolément. Si une attente en matière de respect de la vie privée est déraisonnable par rapport au public, elle l’est aussi vis-à-vis de l’État. Il est déraisonnable pour quelqu’un de s’attendre à ce qu’une information ou un autre objet accessible au public demeure confidentiel vis-à-vis de l’État pris isolément.

[161] Dans *Patrick*, en concluant que l’accusé n’avait pas d’attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille, la Cour s’est fondée en grande partie sur le fait que les sacs d’ordures étaient à la portée des « sans-abri, [d]es ramasseurs de bouteilles, [d]es fouilleurs de poubelles, [d]es voisins fouineurs et [d]es galopins, sans oublier les chiens et autres animaux, ainsi que [d]es éboueurs et [d]es policiers » (par. 55 (je souligne)). La Cour n’a établi aucune distinction entre l’accès du public et celui de l’État pour les besoins de l’analyse de

public could access a garbage bag containing personal information left at the curb, so too could the police.

[162] In my view, when an individual assumes the risk of public access, they are equally assuming the risk of state access. That is why the risk of publicity has featured prominently in so many of this Court's decisions applying the reasonable expectation of privacy test: see *Patrick*, at paras. 2 and 43; *Gomboc*, at paras. 33 and 41; *Tessling*, at paras. 40 and 46-47; *Plant*, at pp. 294-95; *Stillman*, at para. 62. Translated into the circumstances of this case, if Mr. Marakah assumed the risk of Mr. Winchester allowing the public to access his text message conversations — a point which the Chief Justice appears to concede (para. 41) — then he assumed the risk of the police accessing it. The risks of state access and public access are not distinct for the purposes of the reasonable expectation of privacy test.

[163] With respect, when the passage from *Duarte* that the Chief Justice cites above is read in context, it is apparent that the Court was drawing an entirely different distinction than the one she identifies. In *Duarte*, the Court considered whether someone could hold a reasonable expectation of privacy in an ongoing conversation, despite the risk that each participant could freely share what was said after it was complete. The Court distinguished the risk that someone will repeat the contents of the private communication after it is over, from the risk that the private communication will be intercepted. The risk that a participant to a conversation will repeat the contents of a conversation after it is complete does not diminish the reasonableness of an expectation of personal privacy in the conversation while it is ongoing. Put simply, despite the reality that someone may share information from a conversation after it is complete, it is still reasonable for people to expect that their private conversations will not be covertly intercepted and recorded. In my view, this is evident from the other excerpts

l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Si la population pouvait prendre un sac d'ordures contenant des renseignements personnels laissés sur le bord de la route, la police pouvait aussi le faire.

[162] À mon avis, lorsqu'une personne supporte le risque que le public obtienne des renseignements la concernant, elle supporte tout autant le risque que l'État les obtienne. C'est pourquoi le risque de publicité occupe une place de choix dans un si grand nombre des décisions où notre Cour applique le critère de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (voir *Patrick*, par. 2 et 43; *Gomboc*, par. 33 et 41; *Tessling*, par. 40 et 46-47; *Plant*, p. 294-295; *Stillman*, par. 62). Lorsqu'on transpose cette proposition dans les circonstances de l'espèce, on se rend compte que si M. Marakah a supporté le risque que M. Winchester permette au public de consulter ses conversations par message texte — un point que la Juge en chef semble concéder (par. 41) —, alors il a supporté le risque que les policiers les obtiennent. Ces deux risques ne diffèrent pas pour l'application du critère de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

[163] Avec égards, lorsqu'on interprète dans son contexte le passage de *Duarte* cité précédemment par la Juge en chef, il est évident que la Cour établissait une distinction tout à fait différente de celle dont la Juge en chef parle en l'espèce. Dans *Duarte*, la Cour s'est demandé si quelqu'un pouvait avoir une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard d'une conversation en cours malgré le risque que tous les participants communiquent librement les propos une fois celle-ci terminée. La Cour a distingué le risque que quelqu'un répète le contenu de la communication privée une fois celle-ci terminée du risque d'interception de la communication privée. Le risque qu'un participant à une conversation répète le contenu de celle-ci une fois qu'elle est terminée ne rend pas moins raisonnable l'attente en matière de respect de la vie privée personnelle à l'égard de la conversation en cours. Autrement dit, malgré la possibilité que quelqu'un communique des renseignements tirés d'une conversation une fois celle-ci terminée, il est raisonnable pour les gens de s'attendre à ce que leurs conversations privées ne

from *Duarte* where these distinct risks are being discussed *without* reference to the state:

The rationale for regulating the power of the state to record communications that their originator expects will not be intercepted by anyone other than the person intended by the originator to receive it (see definition section of Part IV.1 [now Part VI] of the *Code*) has nothing to do with protecting individuals from the threat that their interlocutors will divulge communications that are meant to be private. . . .

I am unable to see any similarity between the risk that someone will listen to one's words with the intention of repeating them and the risk involved when someone listens to them while simultaneously making a permanent electronic record of them. . . . [T]he law recognizes that we inherently have to bear the risk of the "tattletale" but draws the line at concluding that we must also bear, as the price of choosing to speak to another human being, the risk of having a permanent electronic recording made of our words. [Emphasis added.]

(*Duarte*, at pp. 43-44 and 48)

[164] It is helpful to recall that *Duarte* was concerned with whether an interception of a private communication amounted to a search under s. 8 of the *Charter*. In this context, it makes sense to consider the intrusive effects of *state* surveillance on the communicative process. That does not mean that a person's reasonable expectation of personal privacy against the state is distinct from his or her reasonable expectation of personal privacy against the world.

[165] In sum, far from supporting the Chief Justice's view, *Duarte* in fact undercuts it. *Duarte* draws a crucial distinction between the context of an interception during the communicative process and subsequent access to a recollection of a communication. In doing so, *Duarte* illustrates the idea that the reasonableness of an expectation of personal

soient pas secrètement interceptées et enregistrées. À mon avis, c'est ce qui ressort des autres extraits de *Duarte* où la Cour examine ces risques distincts *sans* parler de l'État :

La raison d'être de la réglementation du pouvoir de l'État d'enregistrer des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient entendues que par leur destinataire (voir les définitions à la partie IV.1 [maintenant la partie VI] du *Code*) n'a rien à voir avec la protection de particuliers contre la menace que leurs interlocuteurs divulguent des communications censément privées. . . .

Je ne vois pas de similitude entre le risque que quelqu'un écoute nos propos avec l'intention de les répéter et le risque couru quand quelqu'un les écoute et en fait simultanément un enregistrement électronique permanent. [. . .] [L]e droit reconnaît que nous devons par la force des choses assumer le risque posé par le « rapporteur », mais refuse d'aller jusqu'à conclure que nous devons en outre supporter, comme prix de l'exercice du choix d'adresser la parole à un autre être humain, le risque que soit fait un enregistrement électronique permanent de nos propos. [Je souligne.]

(*Duarte*, p. 43-44 et 48)

[164] Il convient de rappeler que *Duarte* portait sur la question de savoir si l'interception d'une communication privée équivalait à une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Dans ce contexte, il est logique de prendre en compte les effets envahissants de la surveillance par l'*État* du processus de communication. Cela ne veut pas dire que l'attente raisonnable d'une personne à la protection de sa vie privée personnelle contre l'État diffère de son attente raisonnable à la protection de sa vie privée personnelle contre tout le monde.

[165] En somme, au lieu d'étayer le point de vue de la Juge en chef, l'arrêt *Duarte* l'affaiblit. *Duarte* établit une distinction cruciale entre une interception faite au cours du processus de communication et l'obtention subséquente du souvenir d'une communication. Ce faisant, *Duarte* montre que le caractère raisonnable d'une attente en matière de

privacy will vary depending on context. *Duarte* stands for the proposition that it is reasonable for people to go about their business and carry out their daily activities in the expectation that their private conversations will not be clandestinely intercepted and recorded. That is because in this situation, an individual has control over the circumstances in which something is said — including the medium of the communication and who it is said to.

[166] That is a far cry from a case like the present one. Here, there was no covert intrusion on the communicative process and both parties were completely aware that in texting each other, they were creating independent records of their conversations that would fall within the exclusive control of the other. *Duarte* therefore provides no support for Mr. Marakah’s standing claim. If anything, the reasoning in *Duarte* implicitly suggests that no reasonable expectation of privacy exists in a record of a private communication that falls under the exclusive control of another participant and may be freely shared with others: see pp. 43-44 and 48-49; see also *Wong*, at p. 48. Indeed, the Court was unequivocal that individuals “inherently have to bear the risk of the ‘tattletale’”: *Duarte*, at p. 48.

(c) *The Chief Justice Attempts to Limit Her Analysis to the Facts of This Case*

[167] The Chief Justice attempts to confine her analysis to the particular circumstances of this case, noting that “different facts may well lead to a different result” (para. 55). In other words, finding a reasonable expectation of privacy in this case does not mean that a text message conversation will always attract a reasonable expectation of privacy (para. 5). With respect, the Chief Justice purports to limit her analysis to the facts of this case in a way that is difficult to comprehend. If by texting each other, Mr. Marakah and Mr. Winchester created a “metaphorical chat room” over which they shared control, I fail to see how the same would not be true for any participant to a text message conversation. Similarly,

respect de la vie privée varie selon le contexte. L’arrêt *Duarte* permet d’affirmer que les gens peuvent raisonnablement s’attendre à pouvoir vaquer à leurs occupations et exercer leurs activités quotidiennes sans que leurs conversations privées soient clandestinement interceptées et enregistrées. Il en est ainsi parce que dans ce cas, un particulier maîtrise les circonstances dans lesquelles on dit quelque chose, y compris le moyen de communication et le destinataire des propos.

[166] On est loin d’un cas comme la présente affaire. En l’espèce, il n’y a eu aucune atteinte clandestine au processus de communication et les deux parties savaient parfaitement qu’en s’envoyant des messages textes, elles créaient des relevés distincts reproduisant leurs conversations qui seraient assujettis au contrôle exclusif de l’autre. L’arrêt *Duarte* ne saurait donc appuyer la prétention de M. Marakah selon laquelle il a qualité pour agir. Le raisonnement de l’arrêt *Duarte* laisse même plutôt entendre qu’il n’existe aucune attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l’égard d’un relevé contenant une communication privée qui ressortit au contrôle exclusif d’un interlocuteur et peut être librement transmis à d’autres personnes (voir p. 43-44 et 48-49; voir aussi *Wong*, p. 48). En effet, la Cour a affirmé sans équivoque que les particuliers « d[oi]vent par la force des choses assumer le risque posé par le “rapporteur” » (*Duarte*, p. 48).

(c) *La Juge en chef tente de restreindre son analyse aux faits de l’espèce*

[167] La Juge en chef tente de restreindre son analyse aux circonstances particulières de l’espèce en faisant remarquer que « des faits différents pourraient fort bien aboutir à un résultat différent » (par. 55). En d’autres termes, conclure à l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en l’espèce ne veut pas dire qu’une conversation par message texte suscitera toujours pareille attente (par. 5). Malgré tout le respect que je lui dois, la Juge en chef prétend limiter son analyse aux faits de l’espèce d’une manière difficile à saisir. Si en se textant, M. Marakah et M. Winchester ont créé un « salon de cyberbavardage métaphorique » dont ils se partageaient le contrôle, je ne vois pas

if Mr. Marakah does exercise control over the text message conversations on Mr. Winchester's phone, it seems to me that any person who sends a text message will retain control over the conversation on the recipient's phone. In my view, contrary to what the Chief Justice states at para. 5 of her reasons, her approach does in fact "lead inexorably to the conclusion that an exchange of electronic messages *will always* attract a reasonable expectation of privacy" (emphasis in original).

[168] In sum, as I read her reasons, the Chief Justice effectively holds that *everyone* has a reasonable expectation of privacy in text message conversations, even when those conversations are on another person's phone. As such, under her all-encompassing approach to standing, even a sexual predator who lures a child into committing sexual acts and then threatens to kill the child if he or she tells anyone will retain a reasonable expectation of privacy in the text message conversations on the child's phone. Likewise, an abusive ex-husband who sends harassing text messages to his ex-wife and threatens to harm her and their children if she goes to the police will retain a reasonable expectation of privacy in the text message conversations on the ex-wife's phone.

[169] With respect, these examples show that the Chief Justice's approach to standing is effectively boundless. To hold that the sexual predator and the abusive spouse retain a *reasonable* expectation of privacy in the text messages once they are received by their victims is remarkable. Indeed, I am hard pressed to think of anything more *unreasonable*. This effectively eradicates the principle of standing and renders it all but meaningless.

[170] And it is no answer to say, as the Chief Justice does, that granting the sexual predator or the

pourquoi il n'en serait pas ainsi pour tout participant à une conversation par message texte. De même, si M. Marakah exerce effectivement un contrôle sur les conversations par message texte dans le téléphone de M. Winchester, il me semble que tout expéditeur d'un message texte gardera le contrôle de la conversation dans le téléphone du destinataire. À mon avis, contrairement à ce que mentionne la Juge en chef au par. 5 de ses motifs, son approche « conduit [. . .] forcément [en fait] à la conclusion selon laquelle un échange de messages électroniques fait *toujours* naître une [. . .] attente raisonnable en matière de respect de la vie privée » (en italique dans l'original).

[168] Bref, selon mon interprétation de ses motifs, la Juge en chef conclut bel et bien que *tout le monde* a une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard de conversations par message texte, même celles enregistrées dans le téléphone d'une autre personne. Par conséquent, d'après la manière très large dont elle aborde la qualité pour agir, même le prédateur sexuel qui induit un enfant à commettre des actes sexuels et qui menace ensuite de le tuer s'il parle à qui que ce soit conservera une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux conversations par message texte sur le téléphone de l'enfant. Dans le même ordre d'idées, l'homme violent qui envoie à son ex-épouse des messages afin de la harceler et menace de faire du mal à elle et à leurs enfants si elle porte plainte à la police conservera une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des conversations par message texte sur le téléphone de l'ex-épouse.

[169] Soit dit en tout respect, les exemples ci-dessus montrent que la conception que se fait la Juge en chef de la qualité pour agir est effectivement dépourvue de limites. Conclure que le prédateur sexuel et le conjoint violent conservent une attente *raisonnable* au respect de leur vie privée à l'égard des messages textes reçus par leurs victimes est étonnant. En effet, j'ai peine à imaginer quelque chose de plus *déraisonnable*. Cette conclusion supprime dans les faits le principe de la qualité pour agir et le rend pour ainsi dire inutile.

[170] Et il ne sert à rien de répondre, comme le fait la Juge en chef, qu'accorder la qualité pour agir

abusive spouse standing does not mean that the text messages on their victims' phones will necessarily be excluded from evidence; rather, it simply gives them the right to challenge the admissibility of those messages (C.J.'s reasons, at paras. 49-52).

[171] With respect, that response not only misses the point, it emphatically makes the point that on the Chief Justice's approach, the principle of standing is virtually limitless and, for all intents and purposes, it ceases to exist when two or more people converse with each other through text messaging or any other electronic medium. In short, it belies the Chief Justice's overriding position that standing is to be assessed on a case-by-case basis, having regard to the totality of the circumstances, and that Mr. Marakah's successful claim to standing is limited to the facts and circumstances of his case: C.J.'s reasons, at paras. 5, 51 and 55.

[172] But even if I have misconstrued her position on this, the Chief Justice provides no guidance as to what factors would militate against finding a reasonable expectation of privacy in an electronic communication; nor does she explain why the circumstances of this case are different than any other case where people participate in a text message conversation. Police, defence and Crown counsel, trial and appellate judges, and the public at large, are left to guess when and under what circumstances electronic messages will not attract a reasonable expectation of privacy. With respect, that is a highly unsatisfactory state of affairs.

(4) The Freedom of Individuals to Share Information Over Which They Have Exclusive Control

[173] In my view, it is unreasonable to expect another individual to maintain the privacy in text message conversations over which that individual has

au prédateur sexuel ou au conjoint violent n'entraînera pas nécessairement l'exclusion des messages textes sur les téléphones de ses victimes; la qualité pour agir leur donne plutôt uniquement le droit de contester l'admissibilité en preuve de ces messages (motifs de la Juge en chef, par. 49-52).

[171] Soit dit en tout respect, cette réponse ne fait pas que passer à côté de la question : elle démontre de manière évidente que, suivant l'approche de la Juge en chef, le principe de la qualité pour agir ne connaît pratiquement aucune limite et qu'il cesse d'exister à toutes fins utiles quand deux personnes ou plus conversent entre elles par messagerie texte ou au moyen de tout autre support électronique. Bref, cette réponse dément la position prédominante de la Juge en chef selon laquelle il faut évaluer la qualité pour agir au cas par cas eu égard à l'ensemble des circonstances, et le succès de la demande de qualité pour agir présentée par M. Marakah se limite aux faits et aux circonstances de sa cause (motifs de la Juge en chef, par. 5, 51 et 55).

[172] Même si j'ai mal interprété sa position sur ce point, la Juge en chef ne fournit aucune indication quant aux facteurs qui empêcheraient de conclure à l'existence d'une attente raisonnable au respect de la vie privée à l'égard d'une conversation électronique, et elle n'explique pas non plus en quoi les circonstances de l'espèce diffèrent de celles de tout autre cas où des gens prennent part à une conversation par message texte. Les policiers, les avocats de la défense et les procureurs de la Couronne ainsi que les juges de première instance, ceux des cours d'appel et le grand public en sont réduits à deviner quand et dans quelles circonstances les messages électroniques ne susciteront pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Avec égards, cette situation est fort insatisfaisante.

(4) La liberté des particuliers de communiquer les renseignements sur lesquels ils exercent un contrôle exclusif

[173] À mon avis, nul ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une autre personne protège le caractère privé de conversations par message texte sur

exclusive control. This is because — save for limited exceptions which do not apply in this case — individuals are free to share information that falls within their control as they see fit.

[174] Sharing a record of a private communication may be motivated by things as diverse as an opportunity for personal gain, a temptation to gossip, a request from a third party, or for no reason at all. At the extreme end, where a private communication takes the sinister form of a death threat or sexual luring of a child, an individual's sharing may be motivated by interests as sacrosanct as an individual's personal safety, dignity and liberty: see *R. v. Sandhu*, 2014 BCSC 303; *R. v. Lowrey*, 2016 ABPC 131, 357 C.R.R. (2d) 76; *R. v. Craig*, 2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28.

[175] Indeed, in some cases, a private communication may involve physical violence, as in the case of a person capturing a video of verbal and physical abuse by his or her partner. It is unrealistic to say that a person will have a reasonable expectation of privacy in records of communications over which that person has no control and which are under the exclusive control of someone else. That sexual predators and abusive partners could maintain a reasonable expectation of privacy in records of communications within the exclusive control of their victims illustrates the implausibility of this proposition.

[176] Not only is this proposition implausible, it is also at odds with what this Court has recognized as a hallmark of a free and democratic society — namely, the freedom of individuals to share information as they wish: see *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, at paras. 48-49 and 86; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 125. Section 8 protects “standards of privacy that persons can expect to enjoy in a free and democratic society”: see *Wong*, at p. 61. Given that our society recognizes that people may freely share information as

lesquelles cette personne exerce un contrôle exclusif. En effet, sauf quelques exceptions qui ne s'appliquent pas en l'espèce, les particuliers peuvent communiquer comme bon leur semble les renseignements dont ils ont le contrôle.

[174] La transmission de la trace d'une communication privée peut être motivée par des choses aussi variées que la possibilité d'un gain personnel, la tentation du commérage, une demande d'un tiers ou pour aucune raison. À l'extrémité de l'éventail, lorsqu'une communication privée tourne à la menace de mort ou au leurre d'enfant à des fins sexuelles, la communication de renseignements peut être motivée par des droits aussi sacro-saints que la sécurité, la dignité et la liberté personnelles d'un particulier (voir *R. c. Sandhu*, 2014 BCSC 303; *R. c. Lowrey*, 2016 ABPC 131, 357 C.R.R. (2d) 76; *R. c. Craig*, 2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28).

[175] En effet, dans certains cas, la communication privée peut concerner de la violence physique, comme dans le cas d'une personne qui enregistre une vidéo montrant la violence verbale et physique que lui fait subir son conjoint. Il n'est pas réaliste de dire qu'une personne a une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des traces de communications sur lesquelles elle n'exerce aucun contrôle et qui ressortissent au contrôle exclusif de quelqu'un d'autre. La possibilité que des prédateurs sexuels et des conjoints violents conservent une attente raisonnable au respect de leur vie privée à l'égard de traces de communications qui ressortissent au contrôle exclusif de leurs victimes illustre l'in vraisemblance de cette proposition.

[176] Non seulement cette proposition est-elle invraisemblable, mais elle contredit également ce que notre Cour a reconnu comme une marque d'une société libre et démocratique, à savoir la liberté des particuliers de communiquer à leur guise des renseignements : voir *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 48-49 et 86; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 125. L'article 8 protège les « normes du respect de la vie privée auxquelles on peut s'attendre dans une société libre et démocratique » (voir *Wong*, p. 61). Puisque notre société

they see fit, it is unreasonable to expect privacy in informational subject matter that falls within the exclusive control of another person. Such an expectation would run counter to what society has deemed both valuable and fundamental — the freedom to share information.

[177] It follows that the proper approach to s. 8 is one that recognizes that, absent a relationship connoting some measure of constructive control, including a legal, professional or commercial relationship of the kind described above (at paras. 137-42), each participant in a text message conversation can choose to keep his or her record of it private, or to share it freely with anyone or everyone, including with the police. To conclude otherwise would not only be inconsistent with a core Canadian value, it would also greatly expand s. 8 standing, with serious implications for the administration of criminal justice.

(5) Practical Considerations Regarding Law Enforcement and the Administration of Criminal Justice

(a) *Granting Mr. Marakah Standing Would Burden an Already Overburdened Criminal Justice System*

[178] Since *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, courts have acknowledged that the protection guaranteed under s. 8 of the *Charter* entails striking a balance between privacy and law enforcement interests (pp. 159-60):

... an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

[179] The need to balance “societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement” has been specifically identified as a key consideration informing

reconnaît que les gens peuvent communiquer librement de l'information comme bon leur semble, il est déraisonnable de s'attendre au respect de la vie privée à l'égard d'un objet informationnel relevant du contrôle exclusif d'une autre personne. Pareille attente irait à l'encontre de ce que la société a jugé précieux et fondamental : la liberté de communiquer des renseignements.

[177] Il s'ensuit que la bonne façon d'aborder l'art. 8 consiste à reconnaître qu'en l'absence d'une relation dénotant un certain contrôle imputé, notamment une relation juridique, professionnelle ou commerciale du genre décrit ci-dessus (par. 137-142), chaque participant à une conversation par message texte peut choisir d'en garder la trace écrite confidentielle, ou de la transmettre librement à tout un chacun, y compris la police. Toute autre conclusion serait non seulement contraire à une valeur centrale du Canada, mais aurait aussi pour effet d'élargir considérablement la qualité pour agir au titre de l'art. 8 en plus d'être lourde de conséquences pour l'administration de la justice pénale.

(5) Considérations d'ordre pratique concernant l'application de la loi et l'administration de la justice pénale

a) *Accorder à M. Marakah la qualité pour agir alourdirait un système de justice pénale déjà surchargé*

[178] Depuis l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, les tribunaux reconnaissent que la protection garantie par l'art. 8 de la *Charte* suppose que l'on établisse un équilibre entre le droit au respect de la vie privée et l'intérêt à appliquer la loi (p. 159-160) :

... il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

[179] La nécessité de mettre en balance les « droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi » a été expressément reconnue

the reasonable expectation of privacy test: *Patrick*, at para. 20, quoting *Plant*, at p. 293; see also *Tessling*, at paras. 17-18; *Duarte*, at pp. 45 and 49; *Dyment*, at p. 428.

[180] In the present case, if it is determined that Mr. Marakah has a reasonable expectation of personal privacy in the text message conversations on Mr. Winchester's phone, I foresee a number of troubling consequences for law enforcement and the administration of criminal justice that could disrupt this balance. Although these consequences are not determinative of the reasonableness of Mr. Marakah's expectation of privacy, their cumulative effect weighs heavily in favour of denying him standing.

[181] Under the Chief Justice's approach, where police search a cellphone or other device for an electronic communication, any participant to that communication would have standing to challenge the lawfulness of the search. The same may be true even where a witness voluntarily shares an electronic communication with the police, as there remains uncertainty in the law as to whether reception by police of this evidence amounts to a search engaging s. 8 of the *Charter*: see *R. v. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, at paras. 21-35 (CanLII) (per Doherty J.A.). As such, in these circumstances, s. 8 may be engaged and a search warrant may well be necessary to comply with s. 8. Indeed, the Chief Justice appears to concede that police may require a warrant even where a victim or his or her parents voluntarily provide police with threatening or offensive text messages: see C.J.'s reasons, at para. 50.

[182] The law governing third party consent presents further difficulties. In *Cole*, at paras. 74-79, this Court rejected the notion that "a third party could validly consent to a search or otherwise waive a constitutional protection on behalf of another" (para. 79). If this stands as a strict rule, then the police would never be able to obtain information about an accused

comme un facteur clé qui sous-tend le critère de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (*Patrick*, par. 20, citant *Plant*, p. 293; voir aussi *Tessling*, par. 17-18; *Duarte*, p. 45 et 49; *Dyment*, p. 428).

[180] En l'espèce, si l'on décide que M. Marakah a une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations par message texte dans le téléphone de M. Winchester, j'entrevois plusieurs conséquences inquiétantes pour l'application de la loi et l'administration de la justice pénale qui pourraient rompre cet équilibre. Bien que ces conséquences ne soient pas déterminantes quant au caractère raisonnable de l'attente de M. Marakah au respect de sa vie privée, leur effet cumulatif milite fortement en faveur du refus de lui accorder la qualité pour agir.

[181] Suivant l'approche de la Juge en chef, lorsque les policiers cherchent une communication électronique à l'intérieur d'un cellulaire ou d'un autre appareil, tout participant à cette communication aurait qualité pour contester la légalité de la fouille. Cela vaut même lorsqu'un témoin divulgue de son plein gré une communication électronique à la police, car le droit n'indique toujours pas avec certitude si la réception de ces messages par les policiers constitue une fouille qui met en jeu l'art. 8 de la *Charte* (voir *R. c. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, par. 21-35 (CanLII) (le juge Doherty)). Ainsi, vu ces circonstances, l'art. 8 peut entrer en jeu et un mandat pourrait fort bien s'avérer nécessaire pour respecter cette disposition. En fait, la Juge en chef semble admettre que les policiers pourraient devoir obtenir un mandat même dans un cas où la victime ou ses parents divulguent de leur plein gré aux policiers des messages textes menaçants ou offensants (voir les motifs de la Juge en chef, par. 50).

[182] Le droit applicable au consentement d'un tiers présente des difficultés supplémentaires. Dans l'arrêt *Cole*, par. 74-79, notre Cour a rejeté l'idée qu'« un tiers p[uisse] donner un consentement valide à une fouille ou autrement renoncer à une garantie constitutionnelle pour le compte d'une autre personne » (par. 79). S'il s'agit d'une règle stricte,

through electronic communications offered by victims and witnesses on consent. Anytime this occurred, an accused person would have standing to challenge that search and it would constitute an automatic infringement of the accused's s. 8 rights. As a result, the overall number of instances where the police will be required to obtain judicial authorizations to gather evidence could increase dramatically.

[183] Even if the prohibition on third party consent is relaxed, this would not solve the problem. The doctrine of consent still has onerous requirements which would undoubtedly be put to the test by accused persons seeking to exclude evidence provided by witnesses “on consent”: see *R. v. Reeves*, 2017 ONCA 365, 350 C.C.C. (3d) 1, at paras. 51 and 63-71. In the absence of a warrant, any search or seizure of this evidence by the police would be presumed to be an unreasonable search and the Crown would bear the burden of demonstrating compliance with s. 8: *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851, at para. 21; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 277-78. This would require the Crown to establish on a balance of probabilities that the elements of fully informed and voluntary consent were met: see *R. v. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337 (C.A.), at pp. 353-54; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, at p. 162. And it would not be a foregone conclusion that these requirements could always be satisfied. For example, in assessing the issue of consent, it is possible that the capacity of vulnerable complainants — including children, adults with mental disabilities, or the elderly — could be challenged, as could the validity of consent provided by a reluctant or recanting witness.

[184] Moreover, the process itself could be needlessly harmful, exposing children or other vulnerable witnesses to cross-examination about consent given to the police to search their phones or other devices for private communications that may involve threats or sexual predation: see *Sandhu* (2014), *Lowrey* and *Craig*. Ultimately, the resulting uncertainty is likely

les policiers ne pourraient jamais obtenir de l'information sur un accusé grâce aux communications électroniques transmises sur consentement par des victimes et des témoins. Chaque fois que cela se produit, l'accusé aurait qualité pour contester cette fouille, laquelle constituerait automatiquement une atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8. Par conséquent, le nombre total de cas où la police devra obtenir une autorisation judiciaire pour recueillir des éléments de preuve risque d'augmenter de façon spectaculaire.

[183] Même si l'interdiction du consentement d'un tiers était assouplie, cela ne réglerait pas le problème. La doctrine du consentement demeure assortie d'exigences rigoureuses qui pourraient sans aucun doute être mises à l'épreuve par les accusés cherchant à faire écarter des éléments de preuve fournis « sur consentement » par des témoins (voir *R. c. Reeves*, 2017 ONCA 365, 350 C.C.C. (3d) 1, par. 51 et 63-71). En l'absence d'un mandat, la recherche ou la saisie de ces éléments de preuve par la police serait présumée constituer une fouille ou perquisition abusive et il incomberait à la Couronne de démontrer la conformité à l'art. 8 (*R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851, par. 21; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 277-278), ce qui obligerait la Couronne à établir, selon la prépondérance des probabilités, que les conditions relatives au consentement libre et éclairé ont été remplies : voir *R. c. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337 (C.A.), p. 353-354; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, p. 162. Et il n'est pas acquis que l'on pourrait toujours satisfaire à ces exigences. Par exemple, lorsqu'on se penche sur la question du consentement, il se peut que la capacité de plaignants vulnérables — notamment les enfants, les adultes souffrant d'une déficience mentale ou les aînés — soit contestée, tout comme la validité du consentement donné par un témoin récalcitrant ou qui se rétracte.

[184] De plus, le processus lui-même pourrait être inutilement préjudiciable et soumettre des enfants ou d'autres témoins vulnérables à un contre-interrogatoire portant sur le consentement donné à la police de procéder à la fouille de leurs téléphones ou autres appareils afin de prendre connaissance des communications privées pouvant comporter des

to cause police to seek judicial authorizations in most cases out of an abundance of caution to take basic investigative steps such as obtaining records of electronic communications between witnesses and accused persons.

[185] The increased need for these judicial authorizations could strain police and judicial resources in an already overburdened criminal justice system. Investigations would be slowed, more judicial officers would be required, and the administration of criminal justice as a whole will suffer. And the effects do not end at the investigative stage.

[186] At the trial stage, each of the above repercussions could significantly complicate and prolong proceedings. For example, in large project prosecutions, accused persons could gain standing to challenge numerous searches conducted against collateral targets that yield records of any private communications involving the accused person: see *R. v. McBride*, 2016 BCSC 1059, at para. 2. Beyond the court time and resources required to accommodate this litigation, it could significantly expand the scope of already voluminous disclosure that would become relevant in mounting these collateral s. 8 challenges.

[187] The Chief Justice does not provide any solutions to these foreseeable consequences, stating that “[i]f and when such concerns arise, it will be for courts to address them” (para. 53). But experience teaches that these concerns are real — and we ignore them at our peril. It is only prudent for this Court to consider the predictable consequences of its decision in a case like the present one, which has major implications for the criminal justice system. This is especially so at a time where our criminal justice system is stressed to the breaking point. In this regard, I note that the Chief Justice’s decision to leave for another day these obvious concerns departs from the approach taken in past criminal law

menaces ou de la prédation sexuelle (voir *Sandhu* (2014), *Lowrey et Craig*). Au bout du compte, l’incertitude en résultant risque d’amener la police à demander une autorisation judiciaire dans la plupart des cas par excès de prudence pour prendre des mesures d’enquête élémentaires comme obtenir les relevés reproduisant des communications électroniques entre des témoins et des accusés.

[185] La nécessité accrue d’obtenir cette autorisation judiciaire pourrait grever les ressources policières et judiciaires d’un système de justice pénale déjà surchargé. Les enquêtes seraient ralenties, il faudrait plus de fonctionnaires judiciaires et l’administration de la justice pénale tout entière en souffrira. Et les effets ne s’arrêtent pas à l’étape de l’enquête.

[186] À l’étape du procès, chacune des répercussions susmentionnées pourrait considérablement compliquer et prolonger les instances. Par exemple, dans les projets de poursuites de grande envergure, l’accusé pourrait se voir reconnaître la qualité pour contester maintes fouilles ou perquisitions effectuées à l’encontre de cibles indirectes qui cèdent des traces des communications privées auxquelles a participé l’accusé (voir *R. c. McBride*, 2016 BCSC 1059, par. 2). Outre le temps d’audience et les ressources judiciaires nécessaires pour répondre aux besoins d’un tel litige, cela pourrait considérablement élargir la portée de la communication de la preuve déjà volumineuse qui deviendrait pertinente dans la préparation de ces contestations incidentes fondées sur l’art. 8.

[187] La Juge en chef n’offre aucune solution à ces conséquences prévisibles, disant que « [s]i de telles craintes se concrétisent, et quand elles se concrétiseront, il appartiendra aux tribunaux d’y répondre » (par. 53). Or, l’expérience nous enseigne que ces craintes sont réelles et que nous en faisons abstraction à nos risques et périls. Notre Cour fait uniquement preuve de prudence en examinant les conséquences prévisibles de sa décision dans une cause comme celle dont nous sommes saisis, qui a d’énormes répercussions sur le système de justice pénale. Cela est d’autant plus vrai à une époque où notre système de justice pénale subit des pressions quasi insupportables. À ce chapitre, je constate que la décision de

matters, where she herself has engaged in elaborate forecasting of the doctrinal and practical implications arising from this Court's decisions: see e.g. *R. v. D.A.I.*, 2012 SCC 5, [2012] 1 S.C.R. 149, at paras. 64-71 (per McLachlin C.J.); *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, at paras. 19-21, 38-42, 44-49 and 52-53 (per McLachlin C.J. and Cromwell J.).

[188] In my view, the cumulative effect of the practical concerns for law enforcement and the administration of criminal justice weighs heavily in favour of denying standing to claimants such as Mr. Marakah.

[189] In saying this, I wish to stress that denying Mr. Marakah standing does not grant the police immunity from s. 8 of the *Charter*. Where, as here, the police activity amounts to a search or seizure, it remains subject to s. 8 and a particular claimant's standing should not be mistaken as the exclusive means of enforcement. Another claimant may have standing to bring a s. 8 challenge against the search or seizure in his or her own criminal trial, or to bring a claim for *Charter* damages: see *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28. Moreover, as I will now explain, even where s. 8 standing is denied, ss. 7 and 11(d) of the *Charter* offer residual protection that can, in certain circumstances, provide a claimant with an alternative route to challenge the propriety of police conduct in the course of a search or seizure.

- (b) *Sections 7 and 11(d) of the Charter Ensure Protection Against Police Abuse and Charter Evasion*

[190] Mr. Marakah suggests that denying him standing will create a gap in the protection guaranteed

la Juge en chef de reporter à plus tard l'examen de ces craintes évidentes s'écarte de la démarche adoptée dans des affaires antérieures de droit criminel où elle s'est elle-même livrée à des prévisions détaillées sur les ramifications doctrinales et pratiques de la jurisprudence de notre Cour (voir p. ex. *R. c. D.A.I.*, 2012 CSC 5, [2012] 1 R.C.S. 149, par. 64-71 (la juge en chef McLachlin); *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, par. 19-21, 38-42, 44-49 et 52-53 (la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell)).

[188] À mon avis, l'effet cumulatif des préoccupations d'ordre pratique concernant l'application de la loi et l'administration de la justice pénale milite fortement en faveur du refus de reconnaître la qualité pour agir aux demandeurs comme M. Marakah.

[189] Cela dit, je tiens à souligner que le fait de refuser à M. Marakah la qualité pour agir ne met pas la police à l'abri de l'art. 8 de la *Charte*. Lorsque, comme en l'espèce, l'activité policière constitue une fouille, une perquisition ou une saisie, elle demeure assujettie à l'art. 8 et la qualité pour agir d'un demandeur en particulier ne doit pas être prise pour l'unique moyen de faire respecter les droits. Un autre demandeur pourrait avoir qualité pour présenter une contestation fondée sur l'art. 8 à l'encontre d'une fouille, perquisition ou saisie dans son propre procès criminel, ou pour présenter une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* (voir *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28). De plus, comme je vais maintenant l'expliquer, même lorsque la qualité pour présenter une contestation fondée sur l'art. 8 est refusée, l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* offrent une protection résiduelle qui peut, dans certaines circonstances, permettre à un demandeur d'emprunter une autre voie pour contester le bien-fondé de la conduite policière au cours d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie.

- (b) *L'article 7 et l'al. 11d) de la Charte assurent une protection contre la conduite abusive des policiers et la tentative de ceux-ci de se soustraire à l'application de la Charte*

[190] M. Marakah prétend que le fait de lui refuser la qualité pour agir créera une faille dans la

by s. 8 of the *Charter* and “[p]olice would remain free to search through the contents of a recipient’s cell phone, without any lawful authority whatsoever, to collect evidence against the sender”: A.F., at para. 61. He echoes the comments of LaForme J.A., at paras. 173-74 of his dissenting reasons at the Court of Appeal:

Increasingly, the police have access to records of electronic communications stored by third parties. And, as far as text messages are concerned, they will always have this ability since there will always be at least two parties with a copy of the messages.

In my view, concluding that individuals cannot challenge the search or seizure of records of their text messages will permit the Crown to routinely admit such messages into evidence even if the messages were obtained in defiance of *Charter*-protected rights and even if the admission of the evidence will bring the administration of justice into disrepute.

[191] This concern about the police exploiting the effects of the standing requirement through targeting third party devices without lawful authority is not borne out by experience. Following this Court’s decision in *Edwards*, there is no evidence of any epidemic of unlawful residential searches seeking evidence against third parties. Nor is there evidence of a flood of unlawful car searches targeting passengers after this Court’s decision in *Belnavis*. As indicated, irrespective of whether a particular claimant has standing, the police remain subject to s. 8 of the *Charter* when they conduct a search of a home, a car or a cellphone.

[192] More importantly, insofar as deliberate *Charter* evasion is a realistic concern, it can be fully addressed under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, which, in conjunction with s. 24(1), empower a trial judge to exclude evidence as a matter of trial fairness: *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R.

protection garantie par l’art. 8 de la *Charte* et que [TRADUCTION] « [I]a police demeurerait libre de fouiller le téléphone cellulaire d’un destinataire, sans aucune autorisation légale, afin de recueillir des éléments de preuve contre l’expéditeur » (m.a., par. 61). Il reprend les propos tenus par le juge LaForme aux par. 173-174 de ses motifs dissidents en Cour d’appel :

[TRADUCTION] Les policiers ont de plus en plus accès à des relevés contenant des communications électroniques conservés par des tiers. Et, pour ce qui est des messages textes, ils auront toujours cette possibilité puisqu’il y aura toujours au moins deux parties en possession d’une copie des messages.

À mon avis, conclure que les personnes ne peuvent pas contester la fouille ou la saisie des relevés contenant leurs messages textes permettra à la Couronne de faire admettre couramment en preuve ces messages, même s’ils ont été obtenus au mépris de droits garantis par la *Charte* et même si l’admission des éléments de preuve déconsidérera l’administration de la justice.

[191] Cette crainte que la police exploite les effets de l’exigence relative à la qualité pour agir en prenant pour cibles les appareils de tiers sans autorisation légale n’est pas confirmée par l’expérience. Depuis l’arrêt *Edwards* de notre Cour, rien ne prouve qu’il y ait eu une épidémie de perquisitions résidentielles illégales visant à recueillir des éléments de preuve contre des tiers. Rien ne prouve non plus qu’il y ait eu un déluge de fouilles illégales d’automobiles visant les passagers à la suite de l’arrêt *Belnavis* de notre Cour. Comme je l’ai indiqué, indépendamment de la question de savoir si un demandeur en particulier a qualité pour agir, la police demeure assujettie à l’art. 8 de la *Charte* lorsqu’elle effectue une fouille ou une perquisition dans une maison, une voiture ou un téléphone cellulaire.

[192] Plus important encore, dans la mesure où la tentative délibérée de se soustraire à l’application de la *Charte* constitue une préoccupation réaliste, cette question peut être pleinement examinée sous l’angle de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte*, qui, en conjonction avec le par. 24(1), habilite le juge du

651, at paras. 3 and 22.⁴ This Court has previously held that even where an accused person cannot invoke the protection of a *Charter* right such as s. 8, evidence may be excluded if it “is gathered in a way that fails to meet certain minimum standards”: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at paras. 108-9 and 111; see also *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at paras. 13-14 (per La Forest J.) and paras. 42-46 (per McLachlin J. concurring). This ensures that the conduct of law enforcement does not go completely unchecked, even when certain *Charter* rights are not directly engaged. In my view, ss. 7 and 11(d) are equally applicable in providing residual protection against any deliberate *Charter* evasion or abuse of the limitations of s. 8 standing by the police.

[193] The discretion to exclude evidence pursuant to ss. 7, 11(d) and 24(1) of the *Charter* to protect trial fairness is “flexible and contextual”: *Bjelland*, at para. 18. It may be engaged if evidence is obtained through deliberate *Charter* evasion or serious misconduct by the police that rises to a level where trial fairness could be compromised by its admission. It may also arise from conduct and strategy deployed across related investigations and prosecutions. For example, it may be appropriate to exercise this discretion where the grounds for a search of an accused person derive from the fruits of a different search in a related investigation which the accused lacks standing to challenge. The same could be said where the police conduct a series of unlawful searches and seizures in related investigations and the Crown tenders only evidence which each accused person lacks standing to challenge. This list is not closed and trial

⁴ In addition to the exclusion of evidence, the trial judge would of course retain the discretion to stay the proceedings where the impact of the state conduct on the integrity of the justice system is so egregious as to amount to an abuse of process: see *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at paras. 31-32.

procès à écarter des éléments de preuve afin d’assurer l’équité du procès (*R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 3 et 22)⁴. Notre Cour a déjà conclu que, même lorsque l’accusé ne peut invoquer la protection d’un droit garanti par la *Charte* comme celle prévue à l’art. 8, un élément de preuve peut être exclu s’il « est obtenu [. . .] d’une manière qui ne respecte pas certaines conditions de base » (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 108-109 et 111; voir aussi *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 13-14 (le juge La Forest) et par. 42-46 (la juge McLachlin dans des motifs concordants)). On s’assure ainsi que la conduite des forces de l’ordre n’est pas laissée totalement incontrôlée, même lorsque certains droits garantis par la *Charte* n’entrent pas directement en jeu. À mon avis, l’art. 7 et l’al. 11d) s’appliquent tout autant pour offrir une protection résiduelle contre toute tentative délibérée des policiers de se soustraire à l’application de la *Charte* ou toute utilisation abusive par ceux-ci des limites de la qualité pour agir en vertu de l’art. 8.

[193] Le pouvoir discrétionnaire d’écarter des éléments de preuve en vertu de l’art. 7, de l’al. 11d) et du par. 24(1) de la *Charte* afin de préserver l’équité du procès est « flexibl[e] et contextue[l] » (*Bjelland*, par. 18). Il peut entrer en jeu si un élément de preuve est obtenu par le biais d’une tentative délibérée des policiers de se soustraire à l’application de la *Charte* ou d’une inconduite grave de ceux-ci à un point tel que l’équité du procès pourrait être compromise par son admission. L’entrée en jeu de ce pouvoir peut aussi découler de la conduite et de la stratégie déployées dans des enquêtes et poursuites interreliées. Par exemple, il peut être indiqué d’exercer ce pouvoir discrétionnaire lorsque les motifs invoqués à l’appui de la fouille d’un accusé proviennent des fruits d’une autre fouille ou perquisition effectuée lors d’une enquête connexe que l’accusé n’a pas qualité pour contester. Il en va de même lorsque la

⁴ Outre l’exclusion d’éléments de preuve, le juge de première instance conserverait bien entendu le pouvoir discrétionnaire d’arrêter les procédures lorsque l’incidence de la conduite étatique sur l’intégrité du système de justice est grave au point de constituer un abus de procédure : voir *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 31-32.

judges should be trusted to exercise this discretion robustly where trial fairness is at risk.

[194] At the same time, a measure of restraint is required to ensure the purpose of a s. 8 standing requirement is not rendered illusory by turning ss. 7 and 11(*d*) into a surrogate for its protection. A different standard applies and in some cases

evidence may be obtained in circumstances that would not meet the rigorous standards of the *Charter* and yet, if admitted in evidence, would not result in the trial being unfair.

(*Harrer*, at para. 14; see also *Hape*, at paras. 108-9.)

[195] In this regard, I believe that trial fairness concerns under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* would rarely, if ever, be engaged in cases where evidence is voluntarily provided by a witness in response to an inquiry by the police. To avoid the practical concerns canvassed earlier in paras. 182-84 of these reasons, I wish to be clear that ss. 7 and 11(*d*) do not provide a vehicle for an accused person to litigate the validity of a witness's consent to a search in a context where the witness is cooperating with a police investigation. In such circumstances, the prospect of admitting evidence without scrutiny for compliance with s. 8 falls well short of compromising trial fairness.

[196] In this case, the application judge found that the searches of the text message conversations stored on the phones of Mr. Marakah and Mr. Winchester both infringed s. 8 of the *Charter*. As neither claimant had standing to challenge the search of the other's phone, evidence of those text

police effectue une série de fouilles, perquisitions et saisies illégales dans des enquêtes connexes et que la Couronne présente uniquement des éléments de preuve que chacun des accusés n'a pas qualité pour contester. Cette liste n'est pas exhaustive et il faut avoir confiance en la capacité du juge du procès d'exercer vigoureusement ce pouvoir discrétionnaire lorsque l'équité du procès est menacée.

[194] Par ailleurs, il faut faire preuve d'une certaine retenue afin d'éviter que l'objet de l'exigence de la qualité pour agir en vertu de l'art. 8 ne soit pas rendu illusoire par la substitution de la protection prévue à l'art. 7 et à l'al. 11(*d*) à celle offerte par l'art. 8. Une norme différente s'applique et dans certains cas

il est possible qu'un élément de preuve ayant été obtenu dans des circonstances ne respectant pas les normes strictes établies par la *Charte*, mais qui malgré cela serait jugé admissible, n'entraîne pas pour autant un procès inéquitable.

(*Harrer*, par. 14; voir aussi *Hape*, par. 108-109.)

[195] À cet égard, je crois que les préoccupations concernant l'équité du procès visées par l'art. 7 et l'al. 11(*d*) de la *Charte* interviennent rarement, voire même jamais, dans les cas où un témoin fournit volontairement un élément de preuve en réponse à une enquête de la police. Pour éviter les préoccupations d'ordre pratique examinées précédemment aux par. 182-184 des présents motifs, je tiens à préciser que l'art. 7 et l'al. 11(*d*) ne fournissent pas à l'accusé un moyen de contester la validité du consentement d'un témoin à une fouille ou perquisition dans un contexte où le témoin collabore à l'enquête policière. Dans de telles circonstances, la perspective d'admettre un élément de preuve sans vérifier la conformité à l'art. 8 est loin de compromettre l'équité du procès.

[196] En l'espèce, le juge des requêtes a conclu que les recherches des conversations par message texte conservées dans les téléphones de M. Marakah et de M. Winchester violaient toutes les deux l'art. 8 de la *Charte*. Comme aucun des demandeurs n'avait qualité pour contester la fouille du téléphone de

message conversations was admissible against both Mr. Marakah and Mr. Winchester. Although this result gives me pause, it has not been suggested that the police conduct giving rise to it was a product of design. Nor do the application judge's findings indicate that the police engaged in deliberate *Charter* evasion or serious misconduct in the course of either search. In these circumstances, there is no basis to conclude that the fairness of Mr. Marakah's trial was tainted by the admission of the record of the conversations obtained in the Winchester search. As a result, this is not a case in which it is appropriate to exercise the residual discretion to exclude evidence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

(6) Conclusion on Section 8 Standing

[197] The Chief Justice's approach to the reasonable expectation of privacy analysis suffers from several shortcomings. First, she does not determine where the search actually occurred, despite maintaining that the strength of Mr. Marakah's expectation of privacy will vary depending on the place of the search. Without knowing whether the place of the search is a "metaphorical chat room" or Mr. Winchester's physical phone, courts have no way of knowing how to assess the strength of Mr. Marakah's expectation of privacy. This uncertainty will have serious implications when courts must assess the impact of an unlawful search on a claimant's s. 8 right for the purposes of a s. 24(2) analysis.

[198] Second, although the Chief Justice purports to confine her finding of a reasonable expectation of privacy to the circumstances of this case, applying her framework leads to only two possible conclusions. Either all participants to text message conversations enjoy a reasonable expectation of privacy, or criminal justice stakeholders, including trial and appellate judges, are left to decipher on a case-by-case

l'autre, la preuve de ces conversations par message texte était recevable à la fois contre M. Marakah et M. Winchester. Bien que ce résultat me laisse perplexe, personne n'a laissé entendre que la conduite des policiers y ayant donné lieu a été le fruit d'un plan. Pas plus que les conclusions du juge des requêtes n'indiquent que les policiers se sont livrés à une tentative délibérée de se soustraire à l'application de la *Charte* ou ont fait preuve d'une inconduite grave au cours de l'une ou l'autre des fouilles. Dans ces circonstances, rien ne permet de conclure que l'équité du procès de M. Marakah a été entachée par l'admission en preuve du relevé reproduisant des conversations obtenu lors de la fouille Winchester. Il ne s'agit donc pas d'un cas où il convient d'exercer le pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter des éléments de preuve que confèrent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

(6) Conclusion sur la qualité pour agir en vertu de l'art. 8

[197] La manière dont la Juge en chef conçoit l'analyse de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée souffre de plusieurs lacunes. Premièrement, la Juge en chef n'établit pas où la fouille s'est effectivement déroulée même si elle soutient que la solidité de l'attente de M. Marakah au respect de sa vie privée varie selon le lieu de la fouille. Ne sachant pas si le lieu de la fouille est un « salon de cyberbavardage métaphorique » ou le téléphone physique de M. Winchester, les tribunaux n'ont aucun moyen de savoir comment évaluer la solidité de l'attente de M. Marakah au respect de sa vie privée. Cette incertitude sera lourde de conséquences quand les tribunaux devront évaluer les répercussions d'une fouille illégale sur le droit garanti au demandeur par l'art. 8 pour les besoins de l'analyse relative au par. 24(2).

[198] Deuxièmement, bien que la Juge en chef prétende restreindre aux circonstances de l'espèce sa conclusion qu'il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, l'application de son cadre d'analyse ne mène qu'à deux conclusions possibles. Soit tous les participants à des conversations par message texte jouissent d'une attente raisonnable au respect de leur vie privée, soit les

basis — without any guidance — whether a claimant has standing to challenge the search of an electronic conversation. Third, the Chief Justice does not confront the host of foreseeable, practical problems with her approach, saddling the courts with the task of sorting them out when they inevitably arise.

[199] I take a different approach. In my view, divorcing privacy from any sense of control in the present context would distort and de-contextualize the concept of privacy, create tension with the autonomy of individuals to freely share information, depart from this Court’s longstanding jurisprudence, and raise a host of practical concerns for law enforcement and the administration of criminal justice. Assessing the reasonableness of an expectation of personal privacy is a contextual exercise — one which requires evaluating the nature and strength of a particular claimant’s connection to the subject matter of the search. In this case, Mr. Marakah had absolutely no control over the text message conversations on Mr. Winchester’s phone. As such, Mr. Marakah could not reasonably expect personal privacy in those text message conversations. As a result, while accessing the text message conversations on Mr. Winchester’s phone amounted to a search under s. 8, in my view, Mr. Marakah lacked standing to challenge its reasonableness under s. 8 of the *Charter* and seek exclusion of the evidence of his conversations with Mr. Winchester discussing the purchase and sale of firearms under s. 24(2).

III. Conclusion

[200] I would dismiss the appeal and uphold Mr. Marakah’s convictions.

Appeal allowed, MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting.

intervenants de la justice criminelle, notamment les juges de première instance et juges d’appel, en sont réduits à deviner au cas par cas — sans aucune indication — si le demandeur a qualité pour contester la recherche d’une conversation électronique. Troisièmement, la Juge en chef ne s’attaque pas à la foule de problèmes prévisibles et concrets que pose son approche et confie aux tribunaux la tâche de les résoudre quand ils se produiront inévitablement.

[199] Je vois les choses autrement. À mon avis, la dissociation du droit au respect de la vie privée de tout sens de contrôle dans le présent contexte dénaturerait et sortirait de son contexte la notion de vie privée, irait à l’encontre de la liberté des personnes de transmettre à leur guise des renseignements, s’écarterait de la jurisprudence de longue date de notre Cour et soulèverait une foule de préoccupations d’ordre pratique concernant l’application de la loi et l’administration de la justice pénale. Décider du caractère raisonnable d’une attente en matière de respect de la vie privée personnelle est une démarche contextuelle, qui nécessite l’évaluation de la nature et de la solidité du lien d’un demandeur en particulier avec l’objet de la fouille. En l’espèce, M. Marakah n’exerçait absolument aucun contrôle sur les conversations par message texte enregistrées dans le téléphone de M. Winchester. M. Marakah ne pouvait donc raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée personnelle à l’égard de ces conversations. Par conséquent, l’obtention des conversations par message texte enregistrées dans le téléphone de M. Winchester constituait certes une fouille au sens de l’art. 8, mais M. Marakah n’avait pas, à mon avis, qualité pour en contester le caractère raisonnable en vertu de l’art. 8 de la *Charte* et demander l’exclusion, en vertu du par. 24(2), de la preuve de ses conversations avec M. Winchester où il discutait de l’achat et de la vente d’armes à feu.

III. Conclusion

[200] Je rejetterais le pourvoi et confirmerais les déclarations de culpabilité de M. Marakah.

Pourvoi accueilli, les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.

Solicitors for the appellant: Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Presser Barristers, Toronto; Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'appellant : Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Presser Barristers, Toronto; Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.