

**Kevin Fearon** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of Alberta,  
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy  
and Public Interest Clinic, British Columbia  
Civil Liberties Association, Criminal Trial  
Lawyers' Association (Alberta),  
Canadian Civil Liberties Association,  
Canadian Association of Chiefs of Police and  
Criminal Lawyers' Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. FEARON**

**2014 SCC 77**

File No.: 35298.

2014: May 23; 2014: December 11.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell,  
Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Cell phone found on accused and searched without warrant — Text message and photos on cell phone introduced as evidence at trial — Whether general common law framework for searches incident to arrest needs to be modified in case of cell phone searches incident to arrest — Whether search of cell phone incident to arrest was unreasonable and contrary to accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence discovered in search should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).*

*Police — Powers — Search incident to arrest — Warrantless search of cell phone — Text message and photos*

**Kevin Fearon** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,  
procureur général du Québec,  
procureur général de l'Alberta,  
Clinique d'intérêt public et de politique  
d'internet du Canada Samuelson-Glushko,  
Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique, Criminal Trial  
Lawyers' Association (Alberta),  
Association canadienne des libertés civiles,  
Association canadienne des chefs de police et  
Criminal Lawyers' Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. FEARON**

**2014 CSC 77**

N° du greffe : 35298.

2014 : 23 mai; 2014 : 11 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,  
Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Téléphone cellulaire trouvé sur l'accusé et fouillé sans mandat — Message texte et photos trouvés dans le téléphone produits en preuve au procès — Le cadre général de la common law régissant les fouilles accessoires à l'arrestation doit-il être modifié dans le cas des fouilles de téléphones cellulaires effectuées accessoirement à l'arrestation? — La fouille du téléphone cellulaire effectuée accessoirement à l'arrestation était-elle abusive et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve découverts lors de la fouille doivent-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).*

*Police — Pouvoirs — Fouille accessoire à une arrestation — Fouille sans mandat d'un téléphone cellulaire*

*on cell phone introduced as evidence at trial of accused — Whether common law police power to search incident to arrest permits cell phone searches — Whether search of cell phone incident to arrest was unreasonable and contrary to accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.*

Two men, one armed with a handgun, robbed a merchant as she loaded her car with jewellery. The robbers grabbed some bags, one of which was filled with jewellery, and fled in a black vehicle. The police became involved very shortly afterward. At that point, they had not located the jewellery or the handgun. Later that evening, they located and secured the getaway vehicle, and arrested F and C. During the pat-down search of F conducted incident to arrest, police found a cell phone in F's pocket. Police searched the phone at that time and again within less than two hours of the arrest. They found a draft text message which read "We did it were the jewelry at nigga burrrrrrrrrrr", and some photos, including one of a handgun. A day and a half later, when police had a warrant to search the vehicle, they recovered the handgun used in the robbery and depicted in the photo. Months later, police applied for and were granted a warrant to search the contents of the phone. No new evidence was discovered.

On a *voir dire*, the trial judge found that the search of the cell phone incident to arrest had not breached s. 8 of the *Charter*. She admitted the photos and text message and convicted F of robbery with a firearm and related offences. The Court of Appeal dismissed an appeal.

*Held* (LeBel, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.: The common law power to search incident to a lawful arrest permits the search of cell phones and similar devices found on the suspect, although some modification of the existing common law framework is necessary because the search of a cell phone has the potential to be a much more significant invasion of privacy than the typical search incident to arrest.

*— Message texte et photos trouvés dans le téléphone produits en preuve au procès de l'accusé — Le pouvoir que la common law accorde aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation permet-il la fouille d'un téléphone cellulaire? — La fouille du téléphone cellulaire effectuée accessoirement à l'arrestation était-elle abusive et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.*

Deux hommes, l'un armé d'une arme de poing, ont volé une commerçante alors qu'elle déposait des bijoux dans sa voiture. Les voleurs ont attrapé des sacs, dont l'un était rempli de bijoux, et se sont enfuis dans un véhicule noir. Les policiers sont intervenus très peu de temps après. À ce moment-là, ils n'avaient pas trouvé les bijoux ni l'arme. Plus tard dans la soirée, ils ont repéré et saisi le véhicule utilisé par les fuyards, et ils ont arrêté F et C. Lors de la fouille par palpation de F effectuée accessoirement à l'arrestation, les policiers ont trouvé un téléphone cellulaire dans sa poche. Les policiers ont fouillé le téléphone à ce moment-là, puis une autre fois moins de deux heures après l'arrestation. Ils ont trouvé un projet de message texte rédigé comme suit : « On l'a fait, où sont les bijoux, nègre burrrrrrrrrrr » et quelques photos, y compris un cliché d'une arme de poing. Une journée et demie plus tard, lorsque les policiers ont obtenu un mandat pour fouiller le véhicule, ils ont trouvé l'arme utilisée au cours du vol et apparaissant sur la photo. Des mois plus tard, les policiers ont demandé et obtenu un mandat pour fouiller le contenu du téléphone. Aucun nouvel élément de preuve n'a été découvert.

Lors d'un *voir-dire*, la juge du procès a conclu que la fouille du téléphone cellulaire effectuée accessoirement à l'arrestation ne contrevenait pas à l'art. 8 de la *Charte*. Elle a admis en preuve les photos et le message texte et a déclaré F coupable de vol qualifié perpétré avec une arme à feu et d'infractions connexes. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

*Arrêt* (les juges LeBel, Abella et Karakatsanis sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver et Wagner : Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale permet la fouille de téléphones cellulaires et d'appareils similaires trouvés sur le suspect, bien qu'il soit nécessaire de modifier dans une certaine mesure le cadre actuel de la common law parce que la fouille d'un téléphone cellulaire est susceptible de constituer une atteinte à la vie privée beaucoup plus grave que la fouille normale accessoire à l'arrestation.

The power to search incident to arrest is extraordinary in that it permits reasonable searches when the police have neither a warrant nor reasonable and probable grounds. That the exercise of this extraordinary power has been considered in general to meet constitutional muster reflects the important law enforcement objectives which are served by searches of people who have been lawfully arrested. This power must be exercised in the pursuit of a valid purpose related to the proper administration of justice and the search must be truly incidental to the arrest.

Like other searches incident to arrest, prompt cell phone searches incident to arrest may serve important law enforcement objectives: they can assist police to identify and mitigate risks to public safety; locate firearms or stolen goods; identify accomplices; locate and preserve evidence; prevent suspects from evading or resisting law enforcement; locate the other perpetrators; warn officers of possible impending danger; and follow leads promptly. Cell phone searches also have an element of urgency, which supports the extension of the power to search incident to arrest.

Safeguards must be added to the law of search of cell phones incident to arrest in order to make that power compliant with s. 8 of the *Charter*. Ultimately, the purpose of the exercise is to strike a balance that gives due weight to the important law enforcement objectives served by searches incidental to arrest and to the very significant privacy interests at stake in cell phone searches. Consequently, four conditions must be met in order for the search of a cell phone or similar device incidental to arrest to comply with s. 8. First, the arrest must be lawful. Second, the search must be truly incidental to the arrest. This requirement should be strictly applied to permit searches that must be done promptly upon arrest in order to effectively serve the law enforcement purposes. In this context, those purposes are protecting the police, the accused or the public; preserving evidence; and, if the investigation will be stymied or significantly hampered absent the ability to promptly conduct the search, discovering evidence. Third, the nature and the extent of the search must be tailored to its purpose. In practice, this will mean that only recently sent or drafted emails, texts, photos and the call log will, generally, be available, although other searches may, in some circumstances, be justified. Finally, the police must

Le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation est extraordinaire en ce qu'il permet les fouilles non abusives lorsque les policiers n'ont ni mandat ni motifs raisonnables et probables. Le fait que l'on considère généralement que l'exercice de ce pouvoir extraordinaire résiste au contrôle constitutionnel reflète les objectifs importants d'application de la loi réalisés au moyen de la fouille d'une personne arrêtée légalement. Ce pouvoir doit être exercé dans la poursuite d'un objectif valable lié à la bonne administration de la justice, et la fouille doit être véritablement accessoire à l'arrestation.

Tout comme les autres fouilles accessoires à l'arrestation, les fouilles accessoires à l'arrestation effectuées rapidement à l'égard de téléphones cellulaires peuvent permettre de réaliser d'importants objectifs d'application de la loi : elles peuvent aider les policiers à identifier et à atténuer les risques pour la sécurité du public; à trouver des armes à feu ou des biens volés; à identifier des complices; à repérer et conserver des éléments de preuve; à empêcher les suspects d'échapper ou de résister aux policiers; à repérer les autres auteurs du crime; à prévenir les policiers de dangers imminents possibles; à effectuer un suivi rapide des indices. Les fouilles de téléphone cellulaire répondent aussi à des considérations d'urgence, ce qui justifie l'élargissement du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation.

Des garanties doivent être ajoutées au droit relatif aux fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires afin que ce pouvoir soit conforme à l'art. 8 de la *Charte*. Le but de l'exercice consiste en définitive à établir un équilibre qui prend dûment en compte, d'une part, les importants objectifs d'application de la loi que les fouilles accessoires à l'arrestation permettent de réaliser, et d'autre part, les intérêts très importants que l'on porte au respect de la vie privée en jeu lors des fouilles d'un téléphone cellulaire. Par conséquent, quatre conditions doivent être réunies pour que la fouille d'un téléphone cellulaire ou d'un appareil similaire effectuée accessoirement à l'arrestation soit conforme à l'art. 8. Premièrement, l'arrestation doit être légale. Deuxièmement, la fouille doit être véritablement accessoire à l'arrestation. Cette exigence devrait être appliquée strictement pour permettre les fouilles qui doivent être effectuées rapidement après l'arrestation afin de réaliser efficacement les objectifs d'application de la loi. Dans ce contexte, ces objectifs sont les suivants : protéger la police, l'accusé ou le public; conserver les éléments de preuve; et, si l'enquête sera paralysée ou sérieusement entravée parce qu'on ne peut pas procéder rapidement à la fouille, découvrir des éléments de preuve.

take detailed notes of what they have examined on the device and how they examined it. The notes should generally include the applications searched, the extent of the search, the time of the search, its purpose and its duration. The record-keeping requirement is important to the effectiveness of after-the-fact judicial review. It will also help police officers to focus on whether what they are doing in relation to the phone falls squarely within the parameters of a lawful search incident to arrest.

None of the three main modifications to the common law power to search cell phones incident to arrest previously suggested in the case law strike the balance required by s. 8. First, the considerations that prompted the Court to take a categorical approach with respect to the non-consensual seizure of bodily samples are entirely absent in this case. Second, police will rarely have reasonable and probable grounds to search for safety purposes or to believe that evidence of the offence will be found on the phone at the time of arrest. Third, allowing cell phone searches only in exigent circumstances would share the pitfalls of imposing a standard of reasonable and probable grounds, and would give almost no weight to the law enforcement objectives served by prompt searches. Moreover, the search incident to arrest exception to the warrant requirement is not a subset of the exigency exception.

In this case, the initial search of the cell phone, which disclosed all of the cell phone evidence tendered by the Crown at trial, breached F's s. 8 rights. Although they were truly incidental to F's arrest for robbery, were for valid law enforcement objectives, and were appropriately linked to the offence for which F had been lawfully arrested, detailed evidence about precisely what was searched, how and why, was lacking.

Troisièmement, la nature et l'étendue de la fouille doivent être adaptées à son objectif. Cela signifiera en pratique que, généralement, seuls les courriels, photos et messages texte récents, ainsi que le registre des appels, pourront être examinés, bien que, dans certaines circonstances, d'autres fouilles puissent être justifiées. Enfin, les policiers doivent prendre des notes détaillées de ce qu'ils ont examiné dans l'appareil et de la façon dont ils l'ont fait. Les notes doivent généralement porter sur les applications ayant fait l'objet d'une fouille ainsi que sur l'étendue, l'heure, les objectifs et la durée de la fouille. L'exigence de conserver des notes est importante pour l'efficacité du contrôle judiciaire après le fait. Elle aidera aussi les policiers à se concentrer sur la question de savoir si les mesures prises à l'égard du téléphone sont conformes aux paramètres d'une fouille légale accessoire à l'arrestation.

Aucune des trois modifications principales proposées auparavant par la jurisprudence au pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires n'établit l'équilibre requis par l'art. 8. En premier lieu, les facteurs qui ont incité la Cour à adopter une approche catégorique à l'égard de la saisie non consensuelle d'échantillons corporels sont entièrement absents en l'espèce. En deuxième lieu, les policiers auront rarement des motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille pour des raisons de sécurité, ou de croire que des éléments de preuve de l'infraction se trouveront dans le téléphone au moment de l'arrestation. En troisième lieu, permettre les fouilles de téléphones cellulaires seulement en situation d'urgence recèlerait les mêmes pièges que l'imposition d'une norme de motifs raisonnables et probables et atténuerait sensiblement les objectifs d'application de la loi que les fouilles effectuées rapidement permettent de réaliser. De plus, l'application, à l'exigence d'obtenir un mandat, de l'exception relative à la fouille accessoire à l'arrestation ne constitue pas un sous-ensemble de l'exception en cas de situation d'urgence.

En l'espèce, la fouille initiale du téléphone cellulaire, qui a permis de découvrir tous les éléments de preuve provenant du téléphone et présentés par le ministère public au procès, a porté atteinte aux droits que l'art. 8 garantit à F. Même si cette fouille était véritablement accessoire à l'arrestation de F pour vol qualifié, si elle visait des objectifs valables d'application de la loi et si elle était liée de manière appropriée à l'infraction pour laquelle F avait été légalement arrêté, il n'y avait pas d'éléments de preuve détaillés indiquant avec précision le contenu qui a fait l'objet de la fouille, la façon dont la fouille a été effectuée et la raison pour laquelle elle a été effectuée.

Despite that breach, the evidence should not be excluded. The impact of the breach on F's *Charter*-protected interests favours exclusion of the evidence, but it does so weakly. Although any search of any cell phone has the potential to be a very significant invasion of a person's informational privacy interests, the invasion of F's privacy was not particularly grave. Further, as he did not challenge the warrant that was subsequently issued for the comprehensive search of the cell phone, his privacy interests were going to be impacted and the particular breach did not significantly change the nature of that impact. However, other factors favour inclusion. As to the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the dominant view at the time of the search approved cell phone searches incident to arrest. In addition, the police fully disclosed the earlier searches when they decided to obtain the warrant to search the cell phone. While the police should, when faced with real uncertainty, choose a course of action that is more respectful of the accused's potential privacy rights, an honest mistake, reasonably made, is not state misconduct that requires the exclusion of evidence. Society's interest in the adjudication of the case on its merits also favours admission: the evidence is cogent and reliable, and its exclusion would undermine the truth-seeking function of the justice system.

*Per* LeBel, Abella and Karakatsanis JJ. (dissenting): Searches of personal digital devices — including personal computers — risk serious encroachments on privacy and are therefore not authorized under the common law power to search incident to arrest. Only judicial pre-authorization can provide the effective and impartial balancing of the state's law enforcement objectives with the intensely personal and uniquely pervasive privacy interests in our digital devices. Section 8 of the *Charter* provides constitutional protection for privacy, which includes the right to be free of the threat of unreasonable intrusions on privacy and the right to determine when, how, and to what extent we release personal information.

Malgré cette atteinte, les éléments de preuve ne devraient pas être écartés. L'incidence de la violation sur les intérêts de F que protège la *Charte* milite en faveur de l'exclusion de la preuve, mais elle ne le fait pas de façon convaincante. Bien que toute fouille d'un téléphone cellulaire risque de constituer une atteinte très importante à l'intérêt que porte une personne à la protection du caractère privé des renseignements qu'il contient, l'atteinte à la vie privée de F n'était pas particulièrement grave. En outre, comme il n'a pas contesté le mandat qui a été subséquemment décerné relativement à la fouille complète du téléphone cellulaire, il y aurait eu d'une façon ou d'une autre une incidence sur ses intérêts en matière de respect de la vie privée, et la violation dans ce cas n'a pas changé considérablement la nature de cette incidence. Toutefois, d'autres facteurs militent en faveur de l'inclusion de la preuve. Pour ce qui est de la gravité de la conduite attentatoire de l'État, l'opinion dominante au moment de l'arrestation approuvait les fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires. De plus, les policiers ont présenté un état détaillé des fouilles effectuées précédemment lorsqu'ils ont décidé d'obtenir le mandat autorisant la fouille du téléphone cellulaire. Bien que les policiers devraient, lorsqu'ils sont vraiment incertains, opter pour une ligne de conduite qui est plus respectueuse des droits que l'accusé pourrait avoir en matière de respect de la vie privée, une erreur honnête, commise raisonnablement, ne constitue pas une inconduite de l'État qui exige l'exclusion des éléments de preuve. L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond milite aussi en faveur de l'admission de la preuve : les éléments de preuve sont convaincants et fiables, et leur exclusion minerait la fonction de recherche de la vérité du système de justice.

*Les* juges LeBel, Abella et Karakatsanis (dissidents) : Les fouilles d'appareils numériques personnels — y compris les ordinateurs personnels — risquent d'entraîner des empiétements graves sur la vie privée et elles ne sont en conséquence pas autorisées en vertu du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation que reconnaît la common law. Seul un régime d'autorisation judiciaire préalable permet de réaliser une mise en équilibre effective et impartiale des objectifs de l'État en matière d'application de la loi et des intérêts éminemment personnels et extrêmement généralisés que les gens portent au respect de leur vie privée liée aux appareils numériques. L'article 8 de la *Charte* accorde la protection de la Constitution à la vie privée, ce qui englobe le droit à la protection contre la menace d'atteintes abusives à la vie privée ainsi que le droit de déterminer quand, comment et dans quelle mesure diffuser des renseignements personnels.

Generally, the law enforcement interests will outweigh the privacy interest that an arrested person has in the physical items in his immediate vicinity. However, because the privacy interest in a digital device is quantitatively and qualitatively different from that in other physical items traditionally subject to such searches, the constitutional balance between privacy and the needs of law enforcement with respect to the search of cell phones and similar digital devices incident to arrest must be re-assessed, using first principles.

A cell phone cannot be treated like any other piece of physical evidence that may be found on an arrestee and searched incident to arrest. Individuals have a high expectation of privacy in their digital devices because they store immense amounts of information, are fastidious record keepers, retain files and data even after users think they have been destroyed, make the temporal and territorial limitations on a search incident to arrest meaningless, and can continue to generate evidence even after they have been seized.

The law enforcement interests relate to the three purposes justifying searches incident to arrest: safety, the preservation of evidence, and the discovery of evidence. Digital devices are not physically dangerous weapons and they cannot conceal such a weapon. The mere possibility that a phone could have been used to summon backup or that evidence on the cell phone could be remotely deleted should not justify a search incident to arrest. Although the delay of obtaining a warrant may come at a cost to the prompt pursuit of the investigation, this cost must be weighed against the privacy interest in a personal digital device.

The most pressing state interests can be accommodated by the existing doctrine that permits warrantless searches under exigent circumstances. Exigent circumstances exist when (1) there is a reasonable basis to suspect a search may prevent an imminent threat to safety or (2) there are reasonable grounds to believe that the imminent destruction of evidence can be prevented by a warrantless search. Where exigent circumstances do

L'intérêt des autorités chargées de l'application de la loi l'emportera généralement sur l'intérêt que porte la personne arrêtée aux objets matériels qui se trouvent dans son environnement immédiat. Toutefois, comme l'intérêt porté au respect de la vie privée à l'égard d'un appareil numérique diffère, sur les plans quantitatif et qualitatif, de celui applicable à d'autres objets matériels qui sont traditionnellement visés par de telles fouilles, l'équilibre constitutionnel entre le respect de la vie privée et les exigences de l'application de la loi en ce qui concerne la fouille de téléphones cellulaires et d'appareils semblables effectuée accessoirement à une arrestation doit être réévalué en fonction des principes de base.

Un téléphone cellulaire ne saurait être traité comme n'importe quel autre élément de preuve matériel trouvé sur une personne arrêtée et fouillée accessoirement à l'arrestation. Les citoyens ont des attentes élevées en matière de respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs appareils numériques parce que ces appareils stockent d'immenses quantités de données, tiennent les dossiers de façon très méticuleuse, conservent des fichiers et des données, même après que les utilisateurs croient les avoir détruits, rendent inutiles les limites de temps et d'espace intrinsèques aux fouilles accessoires à une arrestation et peuvent continuer de générer des éléments de preuve même après leur saisie.

Les intérêts liés à l'application de la loi ont trait aux trois objectifs qui justifient une fouille accessoire à une arrestation : la sécurité, la préservation de la preuve et la découverte d'éléments de preuve. Les appareils numériques ne constituent pas des armes physiquement dangereuses et ne peuvent dissimuler une telle arme. La simple possibilité qu'un téléphone puisse avoir été utilisé pour appeler des renforts ou que des éléments de preuve se trouvant dans le téléphone puissent être supprimés à distance ne devrait pas justifier une fouille accessoire à une arrestation. Bien que le délai pour obtenir un mandat puisse nuire à la poursuite rapide de l'enquête, cet inconvénient doit être soupesé au regard de l'intérêt des gens au respect de leur vie privée à l'égard de leur appareil numérique personnel.

Il est possible de tenir compte des intérêts les plus urgents de l'État en appliquant la règle actuelle, qui autorise les fouilles sans mandat selon l'urgence de la situation. La situation est urgente lorsqu'il existe (1) soit des motifs raisonnables de soupçonner qu'une fouille peut éviter une menace imminente à la sécurité, (2) soit des motifs raisonnables de croire qu'une fouille sans mandat peut empêcher la destruction imminente d'éléments de preuve.



not exist, a telewarrant can usually be obtained relatively quickly and with little harm to the investigation.

Thus, the weighty privacy interest that an arrested person has in a personal digital device will outweigh the state interest in performing a warrantless search incident to arrest, except in exigent circumstances.

Searches that treat a cell phone merely as a physical object continue to be permissible incident to arrest since it is the information that attracts a heightened expectation of privacy. As such, the police may usually seize a phone incident to arrest in order to preserve the evidence, but will require a warrant before they can search its contents.

In performing a search of a cell phone, whether under exigent circumstances or pursuant to a warrant, the police officers must not extend that search beyond the scope of the grounds permitting the search.

Tailoring the scope of the common law power to search incident to arrest does not adequately protect the reasonable expectations of privacy in personal digital devices. The majority's proposed modifications generate problems of impracticality, police uncertainty, and increased after-the-fact litigation. And while detailed note-taking may be desirable, it may prove to be an impractical requirement, and it is not an adequate remedy to what would be an extraordinary search power. Fundamentally, the police are not in the best position to determine whether the law enforcement objectives clearly outweigh the potentially significant intrusion on privacy in the search of a digital device, and, if they are wrong, the subsequent exclusion of the evidence will not remedy the initial privacy violation.

Here, the searches of F's phone were not justified and unreasonably infringed his privacy, in violation of s. 8 of the *Charter*. The facts of this case fall far below either standard for exigency.

The evidence which was unconstitutionally obtained should be excluded. The state conduct was not particularly objectionable, given that the police acted in good

Si la situation n'est pas urgente, les policiers peuvent habituellement obtenir assez rapidement un télémandat, et cette démarche a peu d'incidence sur l'enquête.

Ainsi, l'important intérêt qu'une personne arrêtée porte au respect de sa vie privée à l'égard de son appareil numérique personnel l'emporte sur l'intérêt qu'a l'État à effectuer une fouille sans mandat accessoire à l'arrestation.

Les fouilles au cours desquelles le téléphone cellulaire est considéré simplement comme un objet physique demeurent autorisées à titre de mesures accessoires à une arrestation puisque ce sont les données qui suscitent des attentes élevées en matière de respect de la vie privée. Ainsi, les policiers peuvent généralement saisir un téléphone accessoirement à une arrestation pour préserver des éléments de preuve, mais ils doivent obtenir un mandat avant de pouvoir fouiller le contenu de l'appareil.

Lorsqu'ils fouillent un téléphone cellulaire, que ce soit en raison de l'urgence de la situation ou conformément à un mandat, les policiers ne doivent pas élargir leurs recherches au-delà de ce que permettent les motifs justifiant la fouille.

Le fait d'adapter l'étendue du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne protège pas adéquatement les attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée à l'égard des appareils numériques personnels. Les modifications que proposent les juges majoritaires soulèvent des difficultés puisqu'elles ne seront pas pratiques, engendreront l'incertitude chez les policiers et accroîtront les contestations après le fait. Et bien que la prise de notes détaillées puisse être souhaitable, elle peut s'avérer une exigence non pratique et ne constitue pas une solution adéquate en présence d'un pouvoir extraordinaire de procéder à une fouille. Fondamentalement, les policiers ne sont pas les mieux placés pour déterminer si les objectifs d'application de la loi l'emportent clairement sur l'atteinte potentiellement importante à la vie privée que constitue la fouille d'un appareil numérique, et s'ils se trompent, l'exclusion subséquente des éléments de preuve ne remédiera pas à l'atteinte initiale à la vie privée.

En l'espèce, les fouilles du téléphone de F n'étaient pas justifiées et ont porté atteinte de manière abusive à sa vie privée, en contravention de l'art. 8 de la *Charte*. Les faits de l'espèce sont loin de satisfaire à l'une ou l'autre des normes de détermination de l'urgence de la situation.

Les éléments de preuve obtenus en violation de la Constitution devraient être écartés. La conduite de l'État n'était pas particulièrement répréhensible car les policiers

faith, and the evidence is reliable; however, the high privacy interest individuals have in their electronic devices tips the balance in favour of exclusion. Unwarranted searches undermine the public's confidence that personal communications, ideas and beliefs will be protected on their digital devices. This is particularly important given the increasing use and ubiquity of such technology. It is difficult to conceive of a sphere of privacy more intensely personal — or indeed more pervasive — than that found in an individual's personal digital device or computer. To admit evidence obtained in breach of this particularly strong privacy interest would tend to bring the administration of justice into disrepute.

avaient agi de bonne foi, et la preuve était fiable; cependant, l'intérêt élevé que les gens portent au respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs appareils électroniques fait pencher la balance en faveur de l'exclusion de la preuve. Les fouilles injustifiées minent la confiance des gens dans la protection des communications, idées et croyances personnelles se trouvant dans leurs appareils numériques. Cette considération est particulièrement importante compte tenu de l'omniprésence et de l'utilisation sans cesse croissante de ces moyens techniques. Il est difficile d'imaginer une sphère privée plus hautement personnelle — ou même plus répandue — que celle existant dans un appareil numérique ou un ordinateur personnel. Permettre l'utilisation d'une preuve obtenue en violation de cet intérêt singulièrement important en matière de respect de la vie privée serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

### Cases Cited

By Cromwell J.

**Distinguished:** *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **referred to:** *R. v. Giles*, 2007 BCSC 1147 (CanLII); *R. v. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 1059 (CanLII); *Young v. Canada*, 2010 CanLII 74003; *R. v. Howell*, 2011 NSSC 284, 313 N.S.R. (2d) 4; *R. v. Franko*, 2012 ABQB 282, 541 A.R. 23; *R. v. Cater*, 2014 NSCA 74 (CanLII); *R. v. D'Annunzio* (2010), 224 C.R.R. (2d) 221; *R. v. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288; *R. v. Hiscoe*, 2013 NSCA 48, 328 N.S.R. (2d) 381; *R. v. Mann*, 2014 BCCA 231, 310 C.C.C. (3d) 143; *R. v. Liew*, 2012 ONSC 1826 (CanLII); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *United States v. Santillan*, 571 F.Supp.2d 1093 (2008); *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Khan*, 2013 ONSC 4587, 287 C.R.R. (2d) 192; *R. v. Rochwell*, 2012 ONSC 5594, 268 C.R.R. (2d) 283; *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014); *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Finnikin*, 2009 CanLII 82187; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215.

By Karakatsanis J. (dissenting)

*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Dymont*, [1988]

### Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés :** *R. c. Giles*, 2007 BCSC 1147 (CanLII); *R. c. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 1059 (CanLII); *Young c. Canada*, 2010 CanLII 74003; *R. c. Howell*, 2011 NSSC 284, 313 N.S.R. (2d) 4; *R. c. Franko*, 2012 ABQB 282, 541 A.R. 23; *R. c. Cater*, 2014 NSCA 74 (CanLII); *R. c. D'Annunzio* (2010), 224 C.R.R. (2d) 221; *R. c. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288; *R. c. Hiscoe*, 2013 NSCA 48, 328 N.S.R. (2d) 381; *R. c. Mann*, 2014 BCCA 231, 310 C.C.C. (3d) 143; *R. c. Liew*, 2012 ONSC 1826 (CanLII); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *United States c. Santillan*, 571 F.Supp.2d 1093 (2008); *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *R. c. Khan*, 2013 ONSC 4587, 287 C.R.R. (2d) 192; *R. c. Rochwell*, 2012 ONSC 5594, 268 C.R.R. (2d) 283; *Riley c. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014); *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Finnikin*, 2009 CanLII 82187; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Dymont*, [1988] 2



2 S.C.R. 417; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. White*, 2007 ONCA 318, 85 O.R. (3d) 407; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Kelsy*, 2011 ONCA 605, 283 O.A.C. 201; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487(1)(b), 487.11, 529.3.

#### Authors Cited

Austin, Lisa. “Privacy and the Question of Technology” (2003), 22 *Law & Phil.* 119.  
Austin, Lisa M. “Control Yourself, or at Least Your Core Self” (2010), 30 *Bull. Sci. Tech. & Soc.* 26.  
Brown, Patrick. “Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law as It Stands and a New Path Forward” (2014), 27 *Harv. J.L. & Tech.* 563.  
Fontana, James A. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1992.  
Fontana, James A., and David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.  
Nagel, Thomas. “Concealment and Exposure” (1998), 27 *Phil. & Publ. Aff.* 3.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Armstrong and Watt J.J.A.), 2013 ONCA 106, 114 O.R. (3d) 81, 302 O.A.C. 284, 296 C.C.C. (3d) 331, 100 C.R. (6th) 296, 277 C.R.R. (2d) 126, [2013] O.J. No. 704 (QL), 2013 CarswellOnt 1703, affirming the accused’s conviction for armed robbery and related offences. Appeal dismissed, LeBel, Abella and Karakatsanis J.J. dissenting.

R.C.S. 417; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *United States c. White*, 401 U.S. 745 (1971); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *R. c. White*, 2007 ONCA 318, 85 O.R. (3d) 407; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Kelsy*, 2011 ONCA 605, 283 O.A.C. 201; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487(1)(b), 487.11, 529.3.

#### Doctrine et autres documents cités

Austin, Lisa. « Privacy and the Question of Technology » (2003), 22 *Law & Phil.* 119.  
Austin, Lisa M. « Control Yourself, or at Least Your Core Self » (2010), 30 *Bull. Sci. Tech. & Soc.* 26.  
Brown, Patrick. « Searches of Cell Phones Incident to Arrest : Overview of the Law as It Stands and a New Path Forward » (2014), 27 *Harv. J.L. & Tech.* 563.  
Fontana, James A. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1992.  
Fontana, James A., and David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2010.  
Nagel, Thomas. « Concealment and Exposure » (1998), 27 *Phil. & Publ. Aff.* 3.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges MacPherson, Armstrong et Watt), 2013 ONCA 106, 114 O.R. (3d) 81, 302 O.A.C. 284, 296 C.C.C. (3d) 331, 100 C.R. (6th) 296, 277 C.R.R. (2d) 126, [2013] O.J. No. 704 (QL), 2013 CarswellOnt 1703, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de vol à main armée et de différentes infractions connexes prononcée contre l’accusé. Pourvoi rejeté, les juges LeBel, Abella et Karakatsanis sont dissidents.

*Sam Goldstein and Shelley Flam*, for the appellant.

*Randy Schwartz*, for the respondent.

*Kevin Wilson and W. Paul Riley*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

*Dominique A. Jobin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Jolaine Antonio*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Tamir Israel*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

*Gerald Chan and Nader R. Hasan*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Dane F. Bullerwell and Jeffrey W. Beedell*, for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta).

*Matthew Milne-Smith*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Leonard T. Doust, Q.C.*, and *Bronson Toy*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Written submissions only by *Susan M. Chapman, Jennifer Micallef and Kristen Allen*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

## I. Introduction

[1] The police have a common law power to search incident to a lawful arrest. Does this power permit the search of cell phones and similar devices

*Sam Goldstein et Shelley Flam*, pour l'appelant.

*Randy Schwartz*, pour l'intimée.

*Kevin Wilson et W. Paul Riley*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

*Dominique A. Jobin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Jolaine Antonio*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Tamir Israel*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

*Gerald Chan et Nader R. Hasan*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Dane F. Bullerwell et Jeffrey W. Beedell*, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta).

*Matthew Milne-Smith*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Leonard T. Doust, c.r.*, et *Bronson Toy*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Argumentation écrite seulement par *Susan M. Chapman, Jennifer Micallef et Kristen Allen*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver et Wagner rendu par

LE JUGE CROMWELL —

## I. Introduction

[1] La common law accorde aux policiers le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale. Ce pouvoir permet-il la fouille de

found on the suspect? That is the main question raised by this appeal.

[2] Canadian courts have so far not provided a consistent answer. 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: *R. v. Giles*, 2007 BCSC 1147 (CanLII); *R. v. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 1059 (CanLII); *Young v. Canada*, 2010 CanLII 74003 (Nfld. Prov. Ct.); *R. v. Howell*, 2011 NSSC 284, 313 N.S.R. (2d) 4; *R. v. Franko*, 2012 ABQB 282, 541 A.R. 23; *R. v. Cater*, 2014 NSCA 74 (CanLII); *R. v. D’Annunzio* (2010), 224 C.R.R. (2d) 221 (Ont. S.C.J.). The second view is that “cursory” searches are permitted: *R. v. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288 (Ont. S.C.J.). A third is that thorough “data-dump” searches are *not* permitted incident to arrest: *R. v. Hiscoe*, 2013 NSCA 48, 328 N.S.R. (2d) 381; *R. v. Mann*, 2014 BCCA 231, 310 C.C.C. (3d) 143. 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: *R. v. Liew*, 2012 ONSC 1826 (CanLII). These divergent results underline both the difficulty of the question and the need for a more consistent approach.

[3] In order to resolve the issue, we must strike a balance between the demands of effective law enforcement and everyone’s right to be free of unreasonable searches and seizures. In short, we must identify the point at which 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”: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60.

téléphones cellulaires et d’appareils similaires trouvés sur le suspect? Telle est la question principale soulevée par le présent pourvoi.

[2] Jusqu’à maintenant, les tribunaux canadiens n’ont pas donné de réponse constante. 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 : *R. c. Giles*, 2007 BCSC 1147 (CanLII); *R. c. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 1059 (CanLII); *Young c. Canada*, 2010 CanLII 74003 (C. prov. T.-N.); *R. c. Howell*, 2011 NSSC 284, 313 N.S.R. (2d) 4; *R. c. Franko*, 2012 ABQB 282, 541 A.R. 23; *R. c. Cater*, 2014 NSCA 74 (CanLII); *R. c. D’Annunzio* (2010), 224 C.R.R. (2d) 221 (C.S.J. Ont.). Selon la deuxième, les fouilles « sommaires » sont permises : *R. c. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288 (C.S.J. Ont.). Selon une troisième solution, les fouilles en profondeur par vidage de données *ne* sont *pas* permises accessoirement à l’arrestation : *R. c. Hiscoe*, 2013 NSCA 48, 328 N.S.R. (2d) 381; *R. c. Mann*, 2014 BCCA 231, 310 C.C.C. (3d) 143. 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 : *R. c. Liew*, 2012 ONSC 1826 (CanLII). Ces résultats divergents mettent en évidence la difficulté de la question soulevée ainsi que la nécessité d’une approche plus cohérente.

[3] Afin de résoudre la question, il nous faut établir un juste équilibre entre les exigences en matière d’application efficace de la loi et le droit de toute personne à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Bref, nous devons déterminer à quel point 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 » : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160.

[4] In my view, we can achieve that balance with a rule that permits searches of cell phones incident to arrest, provided that the search — both what is searched and how it is searched — is strictly incidental to the arrest and that the police keep detailed notes of what has been searched and why.

## II. Overview of the Facts, Proceedings and Issues

[5] The issue on appeal concerns the admissibility at Mr. Fearon's armed robbery trial of a draft text message and two photos found by police on his cell phone. The issue arises out of the investigation of a crime that has become depressingly routine.

[6] Two men, one armed with a handgun, robbed a merchant as she loaded her car with jewellery. The robbers grabbed some bags, one of which was filled with jewellery, and fled in a black vehicle. The police became involved very shortly afterward and at that point, they reasonably believed that there was a handgun on the streets and that the robbers had taken a large quantity of readily-disposable jewellery. It was obviously important to locate the gun before it could be used again and the jewellery before it could be disposed of or hidden.

[7] The investigation quickly centred on the appellant, Kevin Fearon, and Junior Chapman. Later that same evening, police arrested both men, but had not at that point located any jewellery or the handgun. Police also quickly located the getaway vehicle and secured it, but they did not search it until a day and a half later when they had a warrant to do so.

[8] When Mr. Fearon was arrested, Sgt. Hicks conducted a pat-down search incident to the arrest. He found a cell phone in Mr. Fearon's right front pants pocket. Police searched the phone at that time and

[4] À mon sens, nous pouvons atteindre cet équilibre au moyen d'une règle qui permet les fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires, pourvu que la fouille — ce que l'on fouille et la façon de le faire — soit strictement accessoire à l'arrestation et que les policiers conservent des notes détaillées de ce qu'ils ont fouillé et des raisons pour le faire.

## II. Aperçu des faits, de la procédure et des questions en litige

[5] La question soulevée en l'espèce concerne l'admissibilité en preuve, dans le cadre du procès pour vol qualifié de M. Fearon, d'un projet de message texte et de deux photos que les policiers ont trouvés dans son téléphone cellulaire. La question découle d'une enquête relative à un crime tristement courant.

[6] Deux hommes, l'un armé d'une arme de poing, ont volé une commerçante alors qu'elle déposait des bijoux dans sa voiture. Les voleurs ont attrapé des sacs, dont l'un était rempli de bijoux, et se sont enfuis dans un véhicule noir. Les policiers sont intervenus très peu de temps après et, à ce moment-là, ils croyaient raisonnablement qu'une arme était en circulation et que les voleurs avaient pris une grosse quantité de bijoux dont ils pouvaient se départir facilement. De toute évidence, il importait de trouver l'arme à feu avant qu'elle puisse être utilisée une autre fois et de récupérer les bijoux avant que les voleurs ne s'en départissent ou les cachent.

[7] L'enquête s'est rapidement centrée sur l'appelant, Kevin Fearon, et sur Junior Chapman. Plus tard dans la soirée, les policiers ont arrêté les deux hommes, mais n'avaient pas encore trouvé les bijoux ni l'arme. Les policiers ont également repéré rapidement le véhicule utilisé par les fuyards et l'ont saisi, mais l'ont fouillé seulement une journée et demie plus tard lorsqu'ils ont obtenu un mandat pour le faire.

[8] Lorsque M. Fearon a été arrêté, le sergent Hicks a effectué une fouille par palpation accessoire à l'arrestation. Il a trouvé un téléphone cellulaire dans la poche avant droite du pantalon de

again within less than two hours of the arrest. They found a draft text message referring to jewellery and opening with the words “We did it”. They also found a photo of a handgun and photos of males. Police later recovered a handgun during their search of the getaway vehicle and, at trial, the judge found that it was the handgun used in the robbery and depicted in the photo found on Mr. Fearon’s cell phone: trial judge’s oral reasons. Months later, police applied for and were granted a warrant to search the contents of the phone. No new evidence was discovered.

[9] At his trial for robbery, Mr. Fearon argued that the search of his cell phone had violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that admitting the photographs and text message into evidence would bring the administration of justice into disrepute. On a *voir dire*, the trial judge found that the search of the cell phone incident to arrest had not breached s. 8 of the *Charter* and that the photos and text message were admissible. She convicted Mr. Fearon of robbery with a firearm and related offences.

[10] The Court of Appeal unanimously dismissed Mr. Fearon’s appeal. The court affirmed the trial judge’s conclusion that the search incident to arrest had not violated Mr. Fearon’s s. 8 rights.

[11] The appeal to this Court raises two main questions:

1. Was the search incident to arrest unreasonable and therefore contrary to s. 8 of the *Charter*?
2. If so, should the evidence be excluded under s. 24(2) of the *Charter*?

M. Fearon. Les policiers ont fouillé le téléphone à ce moment-là, puis une autre fois moins de deux heures après l’arrestation. Ils ont trouvé un projet de message texte concernant des bijoux et débutant par la phrase [TRADUCTION] « On l’a fait ». Ils ont également trouvé une photo d’une arme de poing et des photos d’hommes. Plus tard, lors de la fouille du véhicule utilisé par les voleurs en fuite, les policiers ont trouvé une arme de poing et, au procès, la juge a conclu qu’il s’agissait de l’arme utilisée au cours du vol et apparaissant sur la photo trouvée dans le téléphone cellulaire de M. Fearon : motifs oraux de la juge du procès. Quelques mois plus tard, la police a demandé et obtenu un mandat l’autorisant à fouiller le contenu du téléphone. Aucun nouvel élément de preuve n’a été découvert.

[9] Au cours de son procès pour vol qualifié, M. Fearon a plaidé que la fouille de son téléphone cellulaire contrevenait à l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l’admission en preuve des photos et du message texte serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Lors d’un voir-dire, la juge du procès a conclu que la fouille accessoire à l’arrestation à l’égard du téléphone cellulaire ne contrevenait pas à l’art. 8 de la *Charte* et que les photos et le message texte étaient admissibles en preuve. Elle a déclaré M. Fearon coupable de vol qualifié perpétré avec une arme à feu et d’infractions connexes.

[10] La Cour d’appel a rejeté à l’unanimité l’appel de M. Fearon. Elle a confirmé la conclusion de la juge du procès selon laquelle la fouille accessoire à l’arrestation ne violait pas les droits que l’art. 8 de la *Charte* garantit à M. Fearon.

[11] Le pourvoi soulève deux questions principales :

1. La fouille accessoire à l’arrestation était-elle abusive et par conséquent contraire à l’art. 8 de la *Charte*?
2. Dans l’affirmative, les éléments de preuve devraient-ils être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*?



### III. Analysis

#### A. *First Issue: The Search Incident to Arrest*

##### (1) The Analytical Framework

[12] A search is reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter* if it is authorized by a reasonable law and is conducted reasonably: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10. The main question on appeal therefore concerns the proper scope of the common law power to search incident to arrest: is a cell phone search incident to arrest authorized by a reasonable law?

[13] This question about the scope of the power to search incident to arrest cannot be answered in too categorical a fashion. As Lamer C.J. explained in *Caslake*, the permissible scope of a search incident to arrest turns on several different aspects of the search including the nature of items seized, the place of search and the time of search in relation to the time of arrest: paras. 15-16. Each of these aspects may engage distinct considerations that cannot be addressed in very general terms. Moreover, arrests relate to many different crimes and are made in many different circumstances. It follows that the permissible scope of searches incident to arrest will be affected by the particular circumstances of the particular arrest. The courts will rarely be able to establish any categorical limit applicable to all arrests and all purposes incidental to them.

[14] There is no question that there is a common law police power to search incident to arrest. The question here — and it is a novel one for this Court — relates to whether this power permits the particular cell phone searches in issue here. To determine the precise scope of this common law power,

### III. Analyse

#### A. *Première question : la fouille accessoire à l'arrestation*

##### (1) Le cadre analytique

[12] Une fouille n'est pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* si elle est autorisée par une règle de droit qui n'est pas abusive et si elle n'est pas effectuée d'une manière abusive : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10. En conséquence, la question principale soulevée en l'espèce concerne la juste étendue du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation : la fouille accessoire à l'arrestation à l'égard d'un téléphone cellulaire est-elle autorisée par une règle de droit qui n'est pas abusive?

[13] On ne saurait répondre d'une façon trop catégorique à cette question relative à l'étendue du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Comme le juge en chef Lamer l'a expliqué dans l'arrêt *Caslake*, l'étendue acceptable d'une fouille accessoire à l'arrestation dépend de plusieurs aspects différents de la fouille, notamment la nature des objets saisis, le lieu où la fouille est effectuée et le délai qui s'écoule entre la fouille et l'arrestation : par. 15-16. Chacun de ces aspects peut soulever des considérations distinctes qui ne peuvent être exprimées en termes très généraux. De plus, on procède à des arrestations pour de nombreux crimes différents et elles sont effectuées dans bien des circonstances différentes. Il s'ensuit que les circonstances particulières de l'arrestation précise auront une incidence sur l'étendue acceptable des fouilles accessoires à l'arrestation. Les tribunaux seront rarement en mesure de fixer une limite définitive applicable à toutes les arrestations et à tous les objectifs accessoires à celles-ci.

[14] Il ne fait aucun doute que la common law accorde aux policiers le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. La question — nouvelle pour la Cour — est de savoir en l'espèce si ce pouvoir permet les fouilles du téléphone cellulaire en cause. Pour définir l'étendue précise de

the Court must weigh the competing interests involved, particularly whether the search “is reasonable in light of the public purposes served by effective control of criminal acts on the one hand and on the other respect for the liberty and fundamental dignity of individuals”: *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at pp. 181-82; *Caslake*, at para. 17. The Court’s task is “to delineate the scope of the common law power . . . in a way that is consistent with the *Charter* right to be protected against unreasonable search and seizure”: *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 87.

[15] This task may be approached in more than one way. I approach it by considering first whether the search falls within the existing general framework of the common law power to search incident to arrest. Having decided that it does, I go on to ask whether that framework must be modified so that the common law search power complies with s. 8 of the *Charter* in light of the particular law enforcement and privacy interests at stake in this context. The Court followed this analytical approach in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, and *Golden*, two important cases which considered whether searches incident to arrest were *Charter* compliant, and it serves equally well in this case. My conclusion is that some modification of the existing common law framework is necessary.

(2) The Common Law Police Power to Search Incident to Arrest

[16] Although the common law power to search incident to arrest is deeply rooted in our law, it is an extraordinary power in two respects. The power to search incident to arrest not only permits searches without a warrant, but does so in circumstances in which the grounds to obtain a warrant do not exist. The cases teach us that the power to search incident to arrest is a focussed power given to the police so that they can pursue their investigations promptly upon making an arrest. The power must be exercised in the pursuit of a valid purpose related to the proper administration of justice. The central guiding

ce pouvoir de common law, la Cour doit évaluer les intérêts opposés en cause et se demander notamment si la fouille « est raisonnable, compte tenu des intérêts d’ordre public servis par, d’un côté, la répression efficace des agissements criminels, et de l’autre, le respect de la liberté et de la dignité fondamentale des individus » : *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 181-182; *Caslake*, par. 17. Il revient à la Cour « de délimiter l’étendue du pouvoir de common law [. . .] sans porter atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par la *Charte* » : *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 87.

[15] Il y a plusieurs façons d’aborder cette tâche. Pour ma part, j’examine d’abord si la fouille entre dans le cadre général actuel du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation. Ayant conclu par l’affirmative, je poursuis en me demandant si ce cadre doit être modifié de sorte que le pouvoir de common law de procéder à une fouille soit conforme à l’art. 8 de la *Charte* eu égard à l’application de la loi et aux droits en matière de vie privée en jeu dans ce contexte. La Cour a suivi cette méthode d’analyse dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, et *Golden*, deux arrêts importants où il s’agissait de savoir si les fouilles accessoires à l’arrestation étaient conformes à la *Charte*, et cette méthode s’applique tout aussi bien en l’espèce. Je conclus qu’il est nécessaire de modifier dans une certaine mesure le cadre actuel de la common law.

(2) Le pouvoir que la common law accorde aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation

[16] Bien que le pouvoir reconnu par la common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation soit profondément enraciné dans notre droit, il s’agit d’un pouvoir extraordinaire à deux égards. Ce pouvoir permet non seulement les fouilles sans mandat, mais les permet dans des circonstances où il n’existe aucun motif pour obtenir un mandat. La jurisprudence nous enseigne que le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation est un pouvoir précis conféré aux policiers afin qu’ils puissent poursuivre leurs enquêtes rapidement dès qu’ils procèdent à une arrestation. Le pouvoir doit

principle is that the search must be, as the case law puts it, truly incidental to the arrest.

[17] The Court affirmed the common law power of the police to search incident to arrest in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. La Forest J., for the Court, noted that the search incident to arrest power exists because of the need “to arm the police with adequate and reasonable powers for the investigation of crime” and that “[p]romptitude and facility in the identification and the discovery of indicia of guilt or innocence are of great importance in criminal investigations”: p. 404; see also *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1146. Thus, the need for the police to be able to promptly pursue their investigation upon making a lawful arrest is an important consideration underlying the power to search incident to arrest.

[18] The power was further affirmed and explained in *Cloutier*, at pp. 180-81, where L’Heureux-Dubé J. summed up Canadian common law to that point:

... it seems beyond question that the common law as recognized and developed in Canada holds that the police have a power to search a lawfully arrested person and to seize anything in his or her possession or immediate surroundings to guarantee the safety of the police and the accused, prevent the prisoner’s escape or provide evidence against him.

[19] The Court held, in *Cloutier*, that a “‘frisk’ search incidental to a lawful arrest reconciles the public’s interest in the effective and safe enforcement of the law . . . and . . . its interest in ensuring the freedom and dignity of individuals”: p. 185. The search “must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice, such as the discovery of an object that may be a threat to the safety of the police, the accused or the public, or that may facilitate escape or act as evidence against the accused”, and it “must not be conducted in an abusive fashion”: p. 186.

être exercé dans la poursuite d’un objectif valable lié à la bonne administration de la justice. Selon le principe directeur principal, la fouille doit, comme l’indique la jurisprudence, être véritablement accessoire à l’arrestation.

[17] Dans l’arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, la Cour a confirmé le pouvoir que la common law accorde aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation. S’exprimant au nom de la Cour, le juge La Forest a souligné que le pouvoir d’effectuer une fouille accessoire à l’arrestation existe parce qu’il faut « doter la force policière de moyens adéquats et raisonnables d’investigation du crime » et que « [l]a rapidité et la facilité de l’identification et de la découverte d’indices de culpabilité ou d’innocence ont une grande importance dans les enquêtes criminelles » : p. 404; voir également *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, p. 1146. Ainsi, le besoin des policiers de pouvoir poursuivre leur enquête rapidement après une arrestation légale est un facteur important sous-jacent au pouvoir d’effectuer une fouille accessoire à l’arrestation.

[18] Le pouvoir a été confirmé et expliqué dans l’arrêt *Cloutier*, p. 180-181, où la juge L’Heureux-Dubé a résumé comme suit la common law canadienne sur ce point :

... il me semble indubitable que la common law telle qu’elle a été reçue et a évolué au Canada reconnaît aux policiers le pouvoir de fouiller la personne légalement mise en état d’arrestation et de saisir les objets en sa possession ou dans son entourage immédiat dans le but d’assurer la sécurité des policiers et du prévenu, d’empêcher l’évasion du prisonnier ou encore de constituer une preuve contre ce dernier.

[19] Dans l’arrêt *Cloutier*, la Cour a conclu qu’une « fouille “sommaire” accessoire à une arrestation légale concilie [l’intérêt public dans l’application efficace et sécuritaire de la loi et l’intérêt public d’assurer le respect de la liberté et de la dignité des individus] » : p. 185. La fouille « doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, telle la découverte d’un objet pouvant menacer la sécurité des policiers, du prévenu ou du public, faciliter l’évasion ou constituer une preuve contre le prévenu », et « ne doit pas être effectuée de façon abusive » : p. 186.

[20] The Court next considered search incident to arrest in *Stillman*, at paras. 27-50, a case that considered whether taking teeth impressions, hair samples and buccal swabs from a suspect after his lawful arrest for murder fell within the scope of the power to search incident to arrest. The Court affirmed that, in order for a search incident to arrest to be lawful, the arrest itself must be lawful, the search must be an incident of that arrest, and the manner in which it is conducted must be reasonable: para. 27. Turning to the specific issue of whether the common law power of search incident to arrest extends to the seizure of bodily substances, the Court ruled that it did not. Seizure of bodily substances “invades an area of personal privacy essential to the maintenance of . . . human dignity” and is “much more serious” than an intrusion into the suspect’s office or home: at para. 42, quoting with approval *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 432; see also *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, at p. 949. Seizing bodily samples gives rise to “completely different concerns” because of the impact on a person’s bodily integrity, which may be “the ultimate affront to human dignity”: para. 39. Moreover, there is no need for prompt access to the information: there is no danger of the bodily samples disappearing, or that the suspect’s teeth impressions or DNA will change with the passage of time: para. 49.

[21] That brings me to the leading case from this Court, *Caslake*. The case concerned an inventory search of a suspect’s vehicle six hours after he was arrested for possession of narcotics. The Court concluded that the search did not fall within the scope of lawful search incident to arrest. Lamer C.J. articulated the justification of the common law power as being the need for law enforcement authorities to gain control of things or information, a need which outweighs the individual’s interest in privacy: para. 17. Whether the search is justified depends on whether the search is truly incidental to the arrest: para. 17. This means that the police must

[20] La Cour a ensuite examiné la fouille accessoire à l’arrestation aux par. 27-50 de l’arrêt *Stillman*, dans lequel elle s’est demandé si l’obtention d’empreintes dentaires, d’échantillons de cheveux et de poils, et de prélèvements dans la bouche de l’accusé après son arrestation légale pour meurtre est conforme au pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation. La Cour a affirmé que, pour qu’une fouille accessoire à l’arrestation soit légale, l’arrestation elle-même doit être légale, et la fouille doit avoir été effectuée accessoirement à l’arrestation et de manière raisonnable : par. 27. À la question précise de savoir si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation va jusqu’à permettre la saisie de substances corporelles, la Cour a répondu par la négative. La saisie de substances corporelles d’une personne « constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine » et est « beaucoup plus grave » qu’une intrusion dans le bureau ou le domicile du suspect : par. 42, citant et approuvant l’arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 432; voir également *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, p. 949. La saisie de substances corporelles suscite des « préoccupations tout à fait différentes » en raison des conséquences sur l’intégrité physique de la personne, lesquelles peuvent constituer « l’atteinte la plus grave à la dignité humaine » : par. 39. En outre, il n’est pas nécessaire d’avoir accès aux renseignements rapidement : les échantillons de substances corporelles ne risquent pas de disparaître et il n’y a aucune chance que les empreintes dentaires ou l’ADN du suspect changent avec le temps : par. 49.

[21] Ceci m’amène à examiner l’arrêt de principe de notre Cour dans l’affaire *Caslake*. Il s’agissait dans cette affaire d’une fouille effectuée à des fins d’inventaire de l’automobile du suspect subséquemment à son arrestation six heures plus tôt pour possession de stupéfiants. La Cour a conclu que la fouille n’était pas conforme au pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation. Le juge en chef Lamer a indiqué que la raison d’être du pouvoir de common law était le besoin des autorités chargées d’appliquer la loi de mettre la main sur des objets ou des renseignements, besoin qui l’emporte sur le droit à la vie privée de la personne en

be attempting to achieve some valid purpose connected to the arrest. That turns on what they were looking for and why. The police must have one of the purposes for a valid search incident to arrest in mind when the search is conducted, and the officer conducting the search must reasonably believe that this purpose may be served by the search.

[22] This is not a standard of reasonable and probable grounds, but simply a requirement that there be some reasonable basis for doing what the police did. For example, if the purpose of the search is to find evidence, there must be some reasonable prospect of finding evidence of the offence for which the accused is being arrested: *Caslake*, at paras. 19-24. Lamer C.J. summarized the law as follows:

If the law on which the Crown is relying for authorization is the common law doctrine of search incident to arrest, then the limits of this doctrine must be respected. The most important of these limits is that the search must be truly incidental to the arrest. This means that the police must be able to explain, within the purposes articulated in *Cloutier*, *supra* (protecting the police, protecting the evidence, discovering evidence), or by reference to some other valid purpose, why they searched. They do not need reasonable and probable grounds. However, they must have had some reason related to the arrest for conducting the search at the time the search was carried out, and that reason must be objectively reasonable. Delay and distance do not automatically preclude a search from being incidental to arrest, but they may cause the court to draw a negative inference. However, that inference may be rebutted by a proper explanation. [Emphasis added; para. 25.]

[23] The Court next considered search incident to arrest in *Golden*. The question before the Court was whether the common law power to search incident to arrest includes the power to strip search (i.e. a search involving “the removal or rearrangement of some or all of the clothing of a person so as to permit a visual inspection of a person’s private areas,

cause : par. 17. La justification de la fouille repose sur la question de savoir si elle est véritablement accessoire à l’arrestation : par. 17. Cela signifie que les policiers doivent tenter de réaliser un objectif valable lié à l’arrestation. Cet objectif dépend de ce qu’ils cherchent et des raisons pour lesquelles ils le font. Les policiers doivent avoir à l’esprit l’un des objectifs d’une fouille valide effectuée accessoirement à l’arrestation lorsqu’ils procèdent à la fouille, et le policier qui procède à la fouille doit raisonnablement croire que celle-ci permettra de réaliser cet objectif.

[22] Il ne s’agit pas d’une norme de motifs raisonnables et probables. Il doit simplement exister un motif raisonnable de faire ce que les policiers ont fait. Par exemple, si l’objectif de la fouille est de trouver des éléments de preuve, il doit y avoir des chances raisonnables de trouver des éléments de preuve de l’infraction pour laquelle l’accusé est arrêté : *Caslake*, par. 19-24. Le juge en chef Lamer a résumé le droit comme suit :

Si la loi que le ministère public invoque est la règle de common law de la fouille accessoire à une arrestation, il lui faut alors respecter les conditions de cette règle. La plus importante de ces conditions est que la fouille soit vraiment accessoire à l’arrestation. Cela signifie que les policiers doivent pouvoir expliquer, en fonction des objectifs exposés dans *Cloutier*, précité (protection des policiers et de la preuve, et découverte d’éléments de preuve), ou de tout autre objectif valable, pourquoi ils ont procédé à une fouille. Ils n’ont pas besoin de motifs raisonnables et probables. Cependant, ils devaient avoir un motif lié à l’arrestation pour procéder à la fouille au moment où ils l’ont effectuée, et ce motif doit être objectivement raisonnable. Les questions du délai et de la distance n’empêchent pas automatiquement une fouille d’être accessoire à une arrestation, mais elles peuvent amener la cour à tirer une conclusion défavorable. Cependant, cette conclusion peut être réfutée au moyen d’une explication appropriée. [Je souligne; par. 25.]

[23] La Cour a ensuite examiné la fouille accessoire à l’arrestation dans l’arrêt *Golden*. La question dont était saisie la Cour était de savoir si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation comprend le pouvoir de procéder à une fouille à nu (c.-à-d. une fouille comportant l’« action d’enlever ou de déplacer en



namely genitals, buttocks, breasts (in the case of a female), or undergarments”: para. 47). The Court concluded that, because of the intrusive nature of a strip search, as compared with the frisk search in issue in *Cloutier*, a higher degree of justification was required. A serious infringement of privacy and personal dignity was “an inevitable consequence of a strip search”: para. 99 (emphasis added). In addition, the Court noted that strip searches are rarely required to be done promptly given the low risk of disposal or loss of the evidence: para. 93.

[24] For these reasons, strip searches will only be reasonable when they are conducted in a reasonable manner “as an incident to a lawful arrest for the purpose of discovering weapons in the detainee’s possession or evidence related to the reason for the arrest” and the police “have reasonable and probable grounds for concluding that a strip search is necessary in the particular circumstances of the arrest”: *Golden*, at paras. 98-99.

[25] I turn finally to *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851. One of the issues was whether the search of a vehicle some two hours after the driver’s arrest for possession of the proceeds of crime was lawful. The Court unanimously upheld the legality of the search as being incidental to the accused’s lawful arrest. Binnie J. reiterated the important point made in *Caslake* and *Golden* that a search is properly incidental to arrest when “the police attempt to ‘achieve some valid purpose connected to the arrest’ including ‘ensuring the safety of the police and the public, the protection of evidence from destruction at the hands of the arrestee or others, and the discovery of evidence . . .’”: para. 49 (emphasis deleted), quoting *Caslake*, at para. 19. As Binnie J. put it, “[t]he important consideration is the link between the location and purpose of the search and the grounds for the arrest”: para. 49. He repeated the propositions, settled in other cases, that, first, reasonable and probable grounds are not

totalité ou en partie les vêtements d’une personne afin de permettre l’inspection visuelle de ses parties intimes, à savoir ses organes génitaux externes, ses fesses, ses seins (dans le cas d’une femme) ou ses sous-vêtements » : para. 47). La Cour a conclu qu’en raison de la nature attentatoire d’une fouille à nu, comparativement à la fouille sommaire en cause dans l’arrêt *Cloutier*, celle-ci commande un degré de justification plus élevé. Selon la Cour, une atteinte grave à la vie privée et à la dignité de la personne « découle inévitablement d’une fouille à nu » : para. 99 (je souligne). De plus, la Cour a indiqué que les fouilles à nu doivent rarement être effectuées rapidement compte tenu du faible risque de disparition ou de perte des éléments de preuve : para. 93.

[24] Pour ces motifs, les fouilles à nu ne seront pas abusives uniquement si elles sont effectuées d’une manière non abusive, si elles sont « accessoire[s] à une arrestation légale afin de découvrir des armes que la personne détenue a en sa possession ou des éléments de preuve liés au motif de l’arrestation » et si les policiers « [ont] des motifs raisonnables de conclure qu’une fouille à nu [est] nécessaire dans les circonstances particulières de l’arrestation » : *Golden*, par. 98-99.

[25] J’examine enfin l’arrêt *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851. Il y était notamment question de la légalité d’une fouille d’un véhicule effectuée environ deux heures après l’arrestation du conducteur pour possession de produits de la criminalité. La Cour a confirmé à l’unanimité la légalité de la fouille qui était accessoire à l’arrestation légale de l’accusé. Le juge Binnie a réitéré l’affirmation importante formulée dans les arrêts *Caslake* et *Golden* selon laquelle une fouille est véritablement accessoire à l’arrestation lorsque « la police tente de “réaliser un objectif valable lié à l’arrestation”, et notamment “d’assurer la sécurité des policiers et du public, d’empêcher la destruction d’éléments de preuve par la personne arrêtée ou d’autres personnes, et de découvrir des éléments de preuve . . .” » : para. 49 (soulignement omis), citant l’arrêt *Caslake*, par. 19. Comme l’indique le juge Binnie, « [c]e qui importe, c’est le lien entre le lieu et l’objet de la fouille et les motifs de

required, and second, the basis of the warrantless search is not exigent circumstances, but connection or relatedness to the crime for which the suspect has been arrested: paras. 51-52.

[26] In light of this review, I turn to the two analytical steps. The first is whether the search here falls within the general common law parameters for searches incident to arrest. If it does, the second issue is whether, having regard to the appropriate balance between the need for effective law enforcement and the suspect's privacy interests, some further restrictions must be imposed and if so, what they should be.

(3) Were the Searches Truly Incidental to a Lawful Arrest?

[27] The common law framework requires that a search incident to arrest must be founded on a lawful arrest, be truly incidental to that arrest and be conducted reasonably. In my view, the initial searches of the cell phone in this case satisfied these requirements.

[28] Mr. Fearon was lawfully arrested for robbery, and that satisfies the first requirement.

[29] There is no serious suggestion in this Court that the cell phone searches that led police to the text message and the photo of the handgun were other than truly incidental to the arrest, or, in other words that they were not conducted in pursuit of a "valid purpose connected to the arrest", as required by *Caslake*, at para. 19. To understand why, we need at this point to review the facts in more detail.

l'arrestation » : par. 49. Le juge Binnie a répété les observations, faites dans d'autres arrêts, à savoir que, premièrement, il n'est pas nécessaire d'avoir des motifs raisonnables et probables, et deuxièmement, la fouille sans mandat n'est pas fondée sur une situation d'urgence, mais sur l'existence d'un lien ou d'un rapport avec l'infraction pour laquelle le suspect a été arrêté : par. 51-52.

[26] À la lumière de cet examen, j'aborde les deux volets de l'analyse. Le premier consiste à déterminer si la fouille en l'espèce est conforme aux paramètres généraux de la common law relatifs aux fouilles accessoires à l'arrestation. Dans l'affirmative, le deuxième volet consiste à déterminer si, eu égard au juste équilibre entre la nécessité d'appliquer efficacement la loi et les droits du suspect au respect de sa vie privée, d'autres restrictions doivent être imposées et, le cas échéant, ce que devraient être ces restrictions.

(3) Les fouilles étaient-elles véritablement accessoires à une arrestation légale?

[27] Le cadre prévu par la common law exige qu'une fouille accessoire à l'arrestation soit fondée sur une arrestation légale, qu'elle soit véritablement accessoire à cette arrestation et qu'elle ne soit pas abusive. À mon sens, les fouilles initiales du téléphone cellulaire en l'espèce satisfont à ces exigences.

[28] Monsieur Fearon a été légalement arrêté pour vol qualifié, et cela satisfait à la première exigence.

[29] Nul n'a vraiment prétendu devant nous que les fouilles du téléphone cellulaire ayant conduit les policiers au message texte et à la photo de l'arme n'étaient pas véritablement accessoires à l'arrestation, ou, autrement dit, qu'elles n'ont pas été effectuées dans la poursuite d'un « objectif valable lié à l'arrestation », comme l'exige l'arrêt *Caslake*, par. 19. Pour mieux comprendre cette affirmation, il convient à ce stade-ci d'examiner les faits plus en détail.

[30] Recall that, upon his arrest, Mr. Fearon was subjected to a pat-down search that led the police to seize a cell phone found in his pants pocket. Mr. Fearon does not complain about this search or the seizure of the phone resulting from it. Sgt. Hicks, the officer conducting the pat-down search, had “a look through the phone”: trial judge’s ruling on cell phone search, 2010 ONCJ 645 (CanLII) (the “Ruling”), at para. 20. Sergeant Hicks “explained that he manipulated the keypad to the extent that he entered into different modes to access text messages and photographs on the phone”: para. 22. He did not remember specifics, but believed that he saw photos of males and a photo of a gun. This occurred between the time of arrest at 9:15 p.m. and the time Mr. Fearon was placed in the police van at 9:24 p.m. Sergeant Hicks kept custody of the phone. Shortly before 10:50 p.m., Sgt. Hicks showed the phone to the investigating detectives, Det. Const. Abdel-Malik and Det. Nicol at the police station. He testified that he pointed them to the photos as well as a text message. The message, apparently unsent, read: “We did it were the jewelry at nigga burrrrrrrrrrr”: Ruling, at para. 24. Detective Constable Abdel-Malik understood this to mean “We did it” and to ask where the jewellery was. Detective Constable Abel-Malik testified that he looked at the phone “a little bit more” for about two minutes to see if the text message had been sent.

[31] Sergeant Hicks and the two detectives inspected the contents of the phone “a few times” throughout the early morning following the arrest as the unfolding investigation led them to think that there could be more relevant information on it. Detective Constable Abdel-Malik “looked into the phone . . . after learning that there was a third suspect who went by the name of ‘Swipes’ and that his contact number should be in the cell phone”: Ruling, at para. 25. Officers checked “some of the phone

[30] Rappelons-nous que lorsqu’il a été arrêté, M. Fearon a été soumis à une fouille par palpation ayant mené les policiers à saisir un téléphone cellulaire trouvé dans la poche de son pantalon. Monsieur Fearon ne conteste pas cette fouille ni la saisie de son téléphone découlant de cette fouille. Le sergent Hicks, le policier ayant effectué la fouille par palpation, a [TRADUCTION] « examiné le contenu du téléphone » : jugement de la juge du procès relatif à la fouille du téléphone, 2010 ONCJ 645 (CanLII) (« décision »), par. 20. Il a « expliqué avoir manipulé le clavier de sorte qu’il a lancé différentes applications pour accéder aux messages texte et aux photos se trouvant dans le téléphone » : par. 22. Il ne se souvenait pas des détails précis, mais croyait avoir vu des photos d’hommes et une photo d’une arme à feu. Cette fouille a été effectuée entre le moment de l’arrestation à 21 h 15 et le moment où M. Fearon est monté dans la fourgonnette de police à 21 h 24. Le sergent Hicks a conservé le téléphone. Peu avant 22 h 50, au poste de police, le sergent Hicks a montré le téléphone aux détectives chargés de l’enquête, le gendarme-détective Abdel-Malik et le détective Nicol. Il a affirmé leur avoir montré les photos ainsi que le message texte. Le message, qui n’a apparemment pas été envoyé, était rédigé comme suit : « *We did it were the jewelry at nigga burrrrrrrrrrr* » ([TRADUCTION APPROXIMATIVE] « On l’a fait, où sont les bijoux, nègre burrrrrrrrrrr ») : décision, par. 24. Le gendarme-détective Abdel-Malik a compris que le message signifiait « On l’a fait » et que l’expéditeur demandait où se trouvaient les bijoux. Le gendarme-détective Abel-Malik a témoigné qu’il a regardé le contenu du téléphone [TRADUCTION] « un peu plus » pendant environ deux minutes pour voir si le message texte avait été envoyé.

[31] Le sergent Hicks et les deux détectives ont inspecté le contenu du téléphone [TRADUCTION] « quelques fois » au petit matin après l’arrestation puisque l’enquête en cours leur avait laissé croire qu’il pouvait contenir plus de renseignements pertinents. Le gendarme-détective Abdel-Malik a « regardé le contenu du téléphone [. . .] après avoir appris qu’il y avait un troisième suspect connu sous le nom de “Swipes” et que son numéro devait se trouver dans le téléphone cellulaire » : décision,

numbers called by Mr. Fearon to see if they led to possible associates including the then unidentified ‘Swipes’’: *ibid.* Sometime after 3:51 a.m., Det. Const. Abdel-Malik got information that ‘Swipes’ telephone number would be in Mr. Fearon’s phone. He confirmed, however, that the main key components of what they required were the picture of the handgun and the words of the text message.

[32] The police eventually obtained a warrant to search the black vehicle that they had seized and secured shortly after the robbery. That search took place in the early morning hours of the second day following the robbery. The search revealed a loaded Smith & Wesson silver semi-automatic handgun which the trial judge found was the same gun shown in the cell phone picture. The police also obtained a warrant some months later to search and download the contents of the cell phone. The trial judge noted that there was no dispute that the photographs and text message originally viewed by Sgt. Hicks were the same items obtained as a result of the search warrants and sought to be admitted.

[33] In my view, the searches of the cell phone that lead to the discovery of the text message and the photos that the Crown introduced as evidence at trial were truly incidental to the arrest. It is clear from the record and the trial judge’s findings that the search was directed at public safety (locating the handgun), avoiding the loss of evidence (the stolen jewellery) and obtaining evidence of the crime (information linking Mr. Fearon to the robbery and locating potential accomplices).

[34] At trial, Mr. Fearon submitted that Sgt. Hicks did not have grounds to believe subjectively or reasonably that the cell phone could afford evidence prior to looking into its contents. However, the trial judge rejected this contention and found that Sgt. Hicks reasonably believed that the cell phone

par. 25. Les policiers ont vérifié « quelques-uns des numéros de téléphone qu’avait composés M. Fearon pour voir s’ils pouvaient mener à d’éventuels associés, y compris la personne alors non identifiée appelée “Swipes” » : *ibid.* Peu après 3 h 51, le gendarme-détective Abdel-Malik a reçu des informations indiquant que le numéro de téléphone de « Swipes » se trouverait dans le téléphone de M. Fearon. Il a toutefois confirmé que les éléments clés dont ils avaient besoin étaient la photo de l’arme et le contenu du message texte.

[32] Les policiers ont éventuellement obtenu un mandat pour fouiller le véhicule noir qu’ils avaient saisi et mis en sécurité peu de temps après le vol. Cette fouille a eu lieu au petit matin du deuxième jour suivant le vol. Les policiers ont trouvé une arme semi-automatique chargée, de marque Smith & Wesson, de couleur argent. La juge du procès a conclu qu’il s’agissait de la même arme que celle figurant sur la photo trouvée dans le téléphone cellulaire. Les policiers ont également obtenu un mandat quelques mois plus tard afin de fouiller et de télécharger le contenu du téléphone cellulaire. Comme l’a signalé la juge du procès, nul n’a contesté que les photos et le message texte qu’a vus le sergent Hicks initialement étaient les mêmes éléments que ceux obtenus conformément aux mandats et que l’on a cherché à faire admettre en preuve.

[33] À mon sens, les fouilles du téléphone cellulaire ayant mené à la découverte du message texte et des photos que le ministère public a présentés en preuve au procès étaient véritablement accessoires à l’arrestation. Il ressort clairement du dossier et des conclusions de la juge du procès que la fouille visait à assurer la sécurité publique (repérer l’arme), à empêcher la perte d’éléments de preuve (les bijoux volés) et à obtenir des éléments de preuve du crime (permettant de faire le lien entre M. Fearon et le vol et de repérer d’éventuels complices).

[34] Au procès, M. Fearon a plaidé que le sergent Hicks n’avait aucune raison de croire de façon subjective ou raisonnable que le téléphone cellulaire pouvait contenir des éléments de preuve avant de regarder son contenu. Toutefois, la juge du procès a rejeté cet argument et a conclu que le sergent

might contain evidence of the robbery for which Mr. Fearon had been arrested. She found:

. . . Sgt. Hicks was justified in his belief that the cell phone may contain evidence relevant to the armed robbery for which Mr. Fearon was being arrested. . . . By the time he received direction to arrest Mr. Fearon for armed robbery at 9:15 p.m. he also knew: (1) that more than one perpetrator committed the robbery; (2) approximately three hours had elapsed since the robbery; and (3) there was a gun or imitation gun involved in the robbery.

In these circumstances, I find that there was a reasonable prospect of securing evidence of the offence for which the accused was being arrested in searching the contents of the cell phone. In particular, it was reasonable for Sgt. Hicks to believe that the arrestee, Mr. Fearon, may have had communication through the cell phone before, during or after the robbery with other perpetrators or with third parties. [Ruling, at paras. 43-44]

[35] The trial judge's conclusion on this point is not challenged and it is amply supported by the evidence.

[36] Detective Constable Abdel-Malik testified that it was important to the investigation to know if the text message had been sent to someone. The message suggested that the intended recipient knew where the jewellery was. It was an important goal of the investigation to recover the stolen property, which was easy to dispose of or to hide. Thus, finding someone who knew where it was would be important and needed to be done promptly. Detective Constable Abdel-Malik also testified that information likely to be on the cell phone such as telephone numbers related to names, calendar dates, text messages and photographs would be helpful to the investigation.

[37] Defence counsel at trial put to Det. Const. Abdel-Malik that he could have obtained a search warrant for the cell phone as soon as Sgt. Hicks told him about the information he had seen on the

Hicks croyait raisonnablement que le téléphone cellulaire pourrait contenir des éléments de preuve du vol qualifié pour lequel M. Fearon avait été arrêté. Elle a conclu comme suit :

[TRADUCTION] . . . le sergent Hicks avait raison de croire que le téléphone cellulaire pouvait contenir des éléments de preuve se rapportant au vol à main armée pour lequel M. Fearon a été arrêté. [. . .] Au moment où il a reçu la directive d'arrêter M. Fearon pour vol à main armée à 21 h 15, il savait également : (1) que plus d'un auteur avait commis le vol qualifié; (2) qu'environ trois heures s'étaient écoulées depuis le vol; et (3) que le vol qualifié avait été commis avec une arme à feu ou une imitation d'une arme à feu.

Dans ces circonstances, j'estime qu'en fouillant le contenu du téléphone cellulaire, il y avait une chance raisonnable de mettre en sécurité des éléments de preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté. En particulier, le sergent Hicks pouvait raisonnablement croire que la personne arrêtée, M. Fearon, aurait pu avant, pendant ou après le vol qualifié, communiquer avec d'autres auteurs ou des tiers au moyen du téléphone cellulaire. [décision, par. 43-44]

[35] La conclusion de la juge du procès sur cette question n'est pas contestée et est amplement étayée par la preuve.

[36] Le gendarme-détective Abdel-Malik a témoigné qu'il était important pour le déroulement de l'enquête de savoir si le message texte avait été envoyé à quelqu'un. Le message laissait entendre que le destinataire savait où se trouvaient les bijoux. Un des principaux buts de l'enquête consistait à récupérer les biens volés, que les voleurs pouvaient facilement cacher ou faire disparaître. Ainsi, il était important de trouver rapidement quelqu'un qui savait où ils se trouvaient. Le gendarme-détective Abdel-Malik a également déclaré que les renseignements susceptibles de se trouver dans le téléphone cellulaire, comme des numéros de téléphone liés à des noms, des dates, des messages texte et des photos, seraient utiles pour l'enquête.

[37] Au procès, l'avocat de la défense a indiqué au gendarme-détective Abdel-Malik qu'il aurait pu obtenir un mandat de perquisition pour fouiller le téléphone cellulaire dès que le sergent Hicks



phone in his initial look at it. Detective Constable Abdel-Malik rejected this contention. He emphasized that they faced a situation in which they believed there was a handgun on the street and stolen property unaccounted for and the information on the cell phone could help them locate both promptly:

I mean, we've got an outstanding gun, an outstanding property and now we know that this cell phone could have information that's going to lead us to this property and to this gun. So since it was definitely relevant to the investigation and as it unfolded, it--it was relevant, I think at that time the--right thing to do was to look through the phone and see if it would assist us with the investigation . . . .

[38] Detective Nicol's evidence was also clear and detailed about the link between the arrest and the search of the cell phone. He referred to the need to look through the cell phone to see if there was any contact information that could lead the police to the identity of the as-yet-unidentified suspect, the jewellery, or the firearm. He was asked to explain how looking through the cell phone could help expedite finding the gun and the jewellery. His answer is instructive:

Well, based on any text messages sent between them and a party assisting them in hiding or moving stolen property, that would be something I'd want to know right away so I could attempt to recover that evidence. If there was other messages indicating locations and--and where they went after the robbery, that would be something I'd want to know because those are places I'd want to investigate to see if there was evidence being jewellery or firearms, clothing worn by the suspects, anything left behind at those addresses would be places that we'd have to attend. You know, based on my experience, people take photographs of things they steal, places that they go, targets of their offences. There--there's a number of--of things that people contain on phones and I hoped that any of those items might be on that phone that we can act on and subsequently locate evidence. [Emphasis added.]

lui a parlé des renseignements qu'il avait trouvés dans le téléphone lorsqu'il y a regardé pour la première fois. Le gendarme-détective Abdel-Malik a rejeté cette affirmation. Il a insisté sur le fait qu'ils croyaient qu'une arme était en circulation, que des biens volés avaient disparu, et que l'information contenue dans le téléphone cellulaire pouvait les aider à les repérer rapidement :

[TRADUCTION] Une arme à feu et des biens étaient en circulation, et maintenant nous savons que ce téléphone cellulaire pouvait contenir des renseignements qui allaient nous mener à ces biens et à cette arme. Alors il présentait clairement un intérêt pour l'enquête, et comme l'enquête l'a démontré, il--il était pertinent; je pense qu'à ce moment-là, la--meilleure chose à faire était de regarder le contenu du téléphone et de voir s'il pouvait nous être utile pour l'enquête . . .

[38] Le témoignage du détective Nicol concernant le lien entre l'arrestation et la fouille du téléphone cellulaire était également clair et détaillé. Il fait état de la nécessité de regarder le contenu du téléphone cellulaire pour voir si des renseignements s'y trouvant pouvaient leur permettre d'identifier un suspect — toujours inconnu —, et de trouver les bijoux ou l'arme à feu. On lui a demandé d'expliquer en quoi regarder le contenu du téléphone cellulaire pouvait les aider à trouver rapidement l'arme et les bijoux. Sa réponse est instructive :

[TRADUCTION] Bien, s'ils ont échangé un message texte avec un tiers qui les a aidés à cacher ou à déplacer les biens volés, c'est quelque chose que j'aimerais savoir tout de suite afin que je puisse tenter de récupérer ces éléments de preuve. Si d'autres messages indiquaient les endroits et--et où ils sont allés après le vol, c'est quelque chose que j'aimerais savoir parce que j'aimerais enquêter à ces endroits pour voir si je pourrais trouver des éléments de preuve, comme des bijoux ou des armes à feu, des vêtements portés par les suspects ou tout objet laissé à ces endroits, ce sont des endroits où il faudrait aller. Vous savez, selon mon expérience, les gens prennent des photos des objets qu'ils volent, des endroits où ils vont, des cibles de leurs infractions. Les--les gens conservent beaucoup de--de choses sur leur téléphone et j'espérais que l'un ou l'autre de ces objets puisse se trouver dans ce téléphone, ce qui nous aurait permis de prendre des mesures et de trouver subséquemment des éléments de preuve. [Je souligne.]

[39] Detective Nicol also testified that it was important to follow up all leads immediately because they still had outstanding jewellery, a firearm and an unidentified suspect. When he was asked in cross-examination why he thought that he did not need a warrant initially to search the cell phone, he replied:

And, and [my] understanding it's still that, um, that an investigation where I'm looking for jewellery, I'm looking for outstanding suspects, I'm looking for, um, the gun that's outstanding, and I have concerns that that-- those items might go missing, destroyed, um, and then I have a chance to recover those items, that I'm able to look through that phone and ensure that, that there's anything there to assist my investigation at the time, I can, I can use that information.

[40] He testified that his primary concerns were to recover the handgun and the jewellery. The jewellery, he noted, was “evidence, it's property . . . that, um, they can move very quickly, be sold very quickly, hidden, any, any number of things that can happen to it and you have to act quickly in order to recover it”.

[41] There is no basis to disturb the judge's finding that the searches of the cell phone were for valid law enforcement objectives and were appropriately linked to the offence for which Mr. Fearon had been lawfully arrested. The searches were, in short, truly incidental to Mr. Fearon's arrest for robbery.

[42] The judge did not explicitly address the third element of the test: whether the search was conducted reasonably. However, she did find the examination of the phone at the arrest scene was “brief and cursory” and there was “no suggestion that this was an expansive or abusive search”: Ruling, at para. 44. She also noted that it was common ground that the evidence presented by the Crown from the phone — the photos and the text message — was that originally found by Sgt. Hicks in his initial search of the phone and within about an hour and a half of the arrest. I conclude that the third element of the test was satisfied under the general

[39] Le détective Nicol a également déclaré qu'il était important de suivre immédiatement toutes les pistes parce que les bijoux et l'arme à feu étaient toujours introuvables et qu'un suspect n'était toujours pas identifié. En contre-interrogatoire, on lui a demandé pourquoi il croyait ne pas avoir besoin d'un mandat initialement pour fouiller le téléphone cellulaire et il a répondu comme suit :

[TRADUCTION] Et, et de ce que je comprends, dans une enquête où je cherche des bijoux et des suspects en liberté, et où une arme n'est pas encore trouvée, et où je crains que ces objets puissent disparaître ou être détruits, et où j'ai alors la chance de récupérer ces objets, d'être en mesure de regarder le contenu de ce téléphone et de m'assurer que, qu'il contient quelque chose qui peut aider mon enquête à ce moment-là, je peux, je peux utiliser ces renseignements.

[40] Il a déclaré que sa principale préoccupation était de récupérer l'arme et les bijoux. Il a fait remarquer que les bijoux constituaient [TRADUCTION] « des éléments de preuve, des biens qui peuvent être déplacés très rapidement, être vendus très rapidement, cachés, tout ce qui peut advenir de ces objets, et il faut agir rapidement pour les récupérer ».

[41] Rien ne permet de modifier la conclusion de la juge selon laquelle les fouilles du téléphone cellulaire visaient l'objectif valable d'assurer l'application de la loi et étaient liées de manière appropriée à l'infraction pour laquelle M. Fearon avait été légalement arrêté. En bref, les fouilles étaient véritablement accessoires à l'arrestation de M. Fearon pour vol qualifié.

[42] La juge n'a pas examiné explicitement le troisième volet du test, à savoir si la fouille a été effectuée de façon abusive. Cependant, elle a conclu que l'inspection du téléphone au lieu de l'arrestation était [TRADUCTION] « brève et sommaire » et que « rien n'indiquait que cette fouille était exhaustive ou abusive » : décision, par. 44. Elle a également souligné qu'il était reconnu que les éléments de preuve provenant du téléphone présentés par le ministère public — les photos et le message texte — étaient ceux que le sergent Hicks avait initialement trouvés lors de sa première fouille du téléphone, laquelle avait eu lieu moins d'une heure

framework for search incident to arrest. However, as I will explain, my view is that some revision of the general framework is necessary in relation to searches of cell phones incident to arrest.

[43] I therefore conclude that the searches of the cell phone resulting in finding the photos and text message fell within the scope of the common law police power, subject to assessing whether the common law's general framework must be modified in order to make it compliant with s. 8 of the *Charter*.

(4) Does the Common Law Test Need to Be Modified in Light of the *Charter*?

[44] As *Stillman*, *Caslake* and *Golden* illustrate, the common law police power to search incident to arrest must be defined and applied in a way that gives effect to the right to be free of unreasonable searches and seizures. In both *Stillman* and *Golden*, the Court modified the common law power in relation to particularly invasive types of searches in order to make that power consistent with s. 8 of the *Charter*. What is required is an assessment of the importance of the legitimate law enforcement objectives served by the search and of the nature and extent of the infringement of the detainee's reasonable expectation of privacy.

[45] The Court has repeatedly affirmed that, in general, the common law power to search incident to arrest permits reasonable searches within the meaning of s. 8 of the *Charter*: *Cloutier*, at p. 182; *Stillman*, at para. 27; *Caslake*, at paras. 12 and 14; *Golden*, at paras. 44, 49, 75 and 104; *Nolet*, at paras. 49 and 52. We should not pass too quickly over this fundamental point. As I have explained, this common law power is extraordinary because it requires neither a warrant nor reasonable and probable grounds. That the exercise of this extraordinary power has been considered in general to meet constitutional muster reflects the important law enforcement objectives which are served by searches

et demie environ après l'arrestation. Je conclus que le troisième volet du test en vertu du cadre général applicable à la fouille accessoire à une arrestation a été respecté. Toutefois, comme je vais l'expliquer, j'estime qu'une révision du cadre général s'impose dans les cas de fouille accessoire à une arrestation à l'égard d'un téléphone cellulaire.

[43] Je conclus en conséquence que les fouilles du téléphone cellulaire qui ont permis de trouver les photos et le message texte étaient conformes au pouvoir de common law des policiers, sous réserve d'un examen pour savoir si le cadre général de la common law doit être modifié afin de le rendre conforme à l'art. 8 de la *Charte*.

(4) Le critère de la common law doit-il être modifié en fonction de la *Charte*?

[44] Comme le montrent les arrêts *Stillman*, *Caslake* et *Golden*, le pouvoir conféré aux policiers par la common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit être défini et appliqué dans le respect du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Dans les arrêts *Stillman* et *Golden*, la Cour a modifié le pouvoir de common law relativement à des fouilles particulièrement attentatoires afin de rendre ce pouvoir conforme à l'art. 8 de la *Charte*. Il est nécessaire d'évaluer l'importance des objectifs légitimes d'application de la loi que la fouille permet de réaliser, ainsi que la nature et la portée de l'atteinte à l'attente raisonnable du détenu au respect de sa vie privée.

[45] La Cour a affirmé maintes fois qu'en règle générale, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation permet les fouilles non abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte* : *Cloutier*, p. 182; *Stillman*, par. 27; *Caslake*, par. 12 et 14; *Golden*, par. 44, 49, 75 et 104; *Nolet*, par. 49 et 52. Il ne faut pas passer trop rapidement sur ce point fondamental. Comme je l'ai expliqué, ce pouvoir de common law est extraordinaire parce qu'il ne requiert ni mandat ni motifs raisonnables et probables. Le fait que l'on considère généralement que l'exercice de ce pouvoir extraordinaire résiste au contrôle constitutionnel reflète les objectifs importants d'application de la loi réalisés

of people who have been lawfully arrested. As was said in *Caslake*, in the context of arrest, the need for police “to gain control of things or information . . . outweighs the individual’s interest in privacy”: para. 17.

[46] The record shows how a prompt search of a suspect’s cell phone may serve important law enforcement objectives. The police were on the scene of a violent crime — the robbery — very promptly. They faced a situation in which there was weak identification of the perpetrators, the subject matter of the crime — the stolen jewellery — was easily hidden or otherwise disposed of, there was an indication that there may have been more people involved than the two persons observed at the scene, there were reports that a handgun had been used, and that handgun had not been located. The police were justified in their belief that the cell phone could contain evidence relevant to the armed robbery. The record also justifies the conclusion that the search served the purposes of public safety and preventing the loss of evidence because it might lead the police to the firearm and the jewellery.

[47] I conclude that the cell phone search incident to arrest in this case served important law enforcement objectives.

[48] Beyond the facts of this case, there are other types of situations in which cell phone searches conducted incidental to a lawful arrest will serve important law enforcement objectives, including public safety. Cell phones are used to facilitate criminal activity. For example, cell phones “are the ‘bread and butter’ of the drug trade and the means by which drugs are marketed on the street”: *Howell*, at para. 39. Prompt access by law enforcement to the contents of a cell phone may serve the purpose of identifying accomplices or locating and preserving evidence that might otherwise be lost or destroyed. Cell phones may also be used to evade or resist law enforcement. An individual may be a “scout” for drug smugglers, using a cell phone to

au moyen de la fouille d’une personne arrêtée légalement. Comme on l’a dit dans l’arrêt *Caslake*, dans le contexte d’une arrestation, le besoin des policiers « de mettre la main sur des objets ou des renseignements [. . .] l’emporte sur le droit à la vie privée de la personne en cause » : par. 17.

[46] Le dossier démontre qu’une fouille du téléphone cellulaire d’un suspect effectuée rapidement peut permettre de réaliser des objectifs importants d’application de la loi. Les policiers sont arrivés très rapidement sur le lieu d’un crime violent — le vol à main armée. Ils étaient confrontés à une situation où il y avait peu de renseignements sur l’identité des auteurs, où l’objet du crime — les bijoux volés — pouvait facilement être caché ou autrement disparaître, où des indices laissaient croire que des personnes autres que les deux individus observés au lieu du crime pouvaient être impliqués et où on avait signalé qu’une arme à feu avait été utilisée — et cette arme restait introuvable. Les policiers avaient raison de croire que le téléphone cellulaire pouvait contenir des éléments de preuve se rapportant au vol à main armée. Le dossier permet également de conclure que la fouille servait à assurer la sécurité publique et à empêcher la perte d’éléments de preuve parce qu’elle pouvait mener les policiers à l’arme à feu et aux bijoux.

[47] Je conclus que la fouille accessoire à l’arrestation à l’égard du téléphone cellulaire en l’espèce a permis de réaliser d’importants objectifs d’application de la loi.

[48] Au-delà des faits de l’espèce, il existe d’autres situations où les fouilles accessoires à une arrestation légale à l’égard de téléphones cellulaires permettront de réaliser d’importants objectifs, y compris la sécurité publique. Les téléphones cellulaires sont utilisés pour faciliter les activités criminelles. Par exemple, les téléphones cellulaires [TRADUCTION] « constituent la base du commerce de la drogue et le moyen par lequel les drogues sont vendues dans la rue » : *Howell*, par. 39. Un accès rapide des agents d’application de la loi au contenu d’un téléphone cellulaire peut permettre de réaliser l’objectif d’identifier des complices ou de repérer et de conserver des éléments de preuve qui pourraient autrement être perdus ou détruits.

warn criminals that police are in the vicinity or to call for “back up” to help resist law enforcement officers: see, e.g., *United States v. Santillan*, 571 F.Supp.2d 1093 (D. Ariz. 2008), at pp. 1097-98. In such situations, a review of recent calls or text messages may help to locate the other perpetrators before they can either escape or dispose of the drugs and reveal the need to warn officers of possible impending danger.

[49] I conclude that prompt cell phone searches incidental to arrest may serve important law enforcement objectives. The evidence in this case shows why prompt follow-up of leads may be necessary and how the search of a cell phone may assist those efforts. In this respect, cell phone searches are unlike the taking of dental impressions, buccal swabs and hair samples discussed in *Stillman*. There, the Court noted that there were no relevant considerations of urgency supporting the extension of the power to search incident to arrest to these procedures: there was no risk that the accused’s teeth or DNA would be lost or destroyed if the procedures were not carried out promptly: para. 49. And, of course, such searches, unlike cell phone searches, are very unlikely to allow police to identify and mitigate risks to public safety or to assist them to preserve evidence that might otherwise be lost or destroyed. Similarly, in *Golden*, while the strip search incident to arrest was aimed at the discovery of illegal drugs on the accused’s person, there was little reason to think that the search needed to be performed promptly upon arrest in order to fulfill this purpose: paras. 92-93.

[50] Having considered the law enforcement objectives potentially at stake, we must look at the

Les téléphones cellulaires peuvent également être utilisés pour échapper ou résister aux agents d’application de la loi. Une personne peut agir à titre d’« éclaireur » pour les trafiquants de drogue, en utilisant un téléphone cellulaire pour prévenir les criminels que les policiers sont à proximité ou pour appeler du « renfort » pour les aider à résister aux policiers : voir, p. ex., *United States c. Santillan*, 571 F.Supp.2d 1093 (D. Ariz. 2008), p. 1097-1098. Dans de telles situations, une inspection des appels ou des messages texte récents peut aider à repérer les autres auteurs du crime avant qu’ils ne s’enfuient ou se débarrassent de la drogue, et peut signaler le besoin de prévenir les policiers de dangers imminents possibles.

[49] Je conclus que les fouilles accessoires à l’arrestation et effectuées rapidement à l’égard de téléphones cellulaires peuvent permettre de réaliser d’importants objectifs d’application de la loi. Les éléments de preuve en l’espèce démontrent pourquoi un suivi rapide des indices peut être nécessaire et comment la fouille d’un téléphone cellulaire peut s’avérer utile. À cet égard, les fouilles de téléphones cellulaires sont différentes de la prise d’empreintes dentaires, de prélèvements dans la bouche et d’échantillons de cheveux et de poils dont il était question dans l’arrêt *Stillman*. Dans ce dernier arrêt, la Cour a souligné qu’aucun motif d’urgence ne permettait d’élargir le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation de manière à inclure ces prélèvements : il n’y avait aucun risque de perte ou de destruction des dents ou de l’ADN de l’accusé si les prélèvements n’étaient pas effectués rapidement : par. 49. Bien entendu, ces fouilles, contrairement aux fouilles de téléphones cellulaires, permettront très rarement aux policiers d’identifier et d’atténuer les risques pour la sécurité du public ou de les aider à conserver les éléments de preuve qui pourraient autrement être perdus ou détruits. De même, dans l’arrêt *Golden*, alors que la fouille à nu accessoire à l’arrestation visait la découverte de drogues illégales sur l’accusé, il y avait peu de raison de croire que la fouille devait être effectuée rapidement après l’arrestation pour pouvoir réaliser cet objectif : par. 92-93.

[50] Ayant examiné les objectifs d’application de la loi qui peuvent être en cause, il nous faut



individual and societal interests in privacy and the extent to which a cell phone search incident to arrest interferes with those interests.

[51] It is well settled that the search of cell phones, like the search of computers, implicates important privacy interests which are different in both nature and extent from the search of other “places”: *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 38 and 40-45. It is unrealistic to equate a cell phone with a briefcase or document found in someone’s possession at the time of arrest. As outlined in *Vu*, computers — and I would add cell phones — may have immense storage capacity, may generate information about intimate details of the user’s interests, habits and identity without the knowledge or intent of the user, may retain information even after the user thinks that it has been destroyed, and may provide access to information that is in no meaningful sense “at” the location of the search: paras. 41-44.

[52] We should not differentiate among different cellular devices based on their particular capacities when setting the general framework for the search power. So, for example, the same general framework for determining the legality of the search incident to arrest should apply to the relatively unsophisticated cellular telephone in issue in this case as it would to other devices that are the equivalent of computers: see *Vu*, at para. 38.

[53] I pause here for a moment to note that some courts have suggested that the protection s. 8 affords to individuals in the context of cell phone searches varies depending on whether an individual’s phone is password-protected: see, e.g., Court of Appeal judgment, 2013 ONCA 106, 114 O.R. (3d) 81, at paras. 73 and 75; Ruling, at para. 49; *R. v. Khan*, 2013 ONSC 4587, 287 C.R.R. (2d) 192, at para. 18; *Hiscoe*, at paras. 80-81. I would not give this factor very much weight in assessing either an individual’s

examiner les droits individuels et les intérêts de la société en matière de respect de la vie privée ainsi que la mesure dans laquelle une fouille accessoire à l’arrestation à l’égard d’un téléphone cellulaire affecte ces droits et intérêts.

[51] Il est bien établi que la fouille de téléphones cellulaires, comme la fouille d’ordinateurs, met en cause d’importants intérêts en matière de vie privée qui sont différents, de par leur nature et leur étendue, de ceux en cause lors de la fouille d’autres « lieux » : *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 38 et 40-45. Il n’est pas réaliste d’assimiler un téléphone cellulaire à une mallette ou à un document trouvé en la possession du suspect au moment de l’arrestation. Comme on l’a indiqué dans l’arrêt *Vu*, les ordinateurs — et j’ajouterais les téléphones cellulaires — peuvent avoir une immense capacité de stockage, peuvent générer des données concernant la vie intime de l’utilisateur, comme ses intérêts, ses habitudes et son identité; ils peuvent conserver à l’insu de l’utilisateur ou sans son intention des données même lorsque l’utilisateur croit les avoir supprimées, et peuvent donner accès à des renseignements qui ne se trouvent pas concrètement « à l’endroit » où la fouille est effectuée : par. 41-44.

[52] Au moment d’établir le cadre général du pouvoir de procéder à une fouille, il ne faut pas distinguer différents appareils cellulaires en fonction de leurs capacités particulières. Ainsi, par exemple, le même cadre général permettant de déterminer la légalité de la fouille accessoire à l’arrestation devrait s’appliquer au téléphone cellulaire relativement peu sophistiqué en cause en l’espèce comme il devrait s’appliquer aux autres appareils assimilables à des ordinateurs : voir *Vu*, par. 38.

[53] J’ouvre ici une parenthèse pour signaler que selon certains tribunaux, la protection garantie par l’art. 8 dans le contexte des fouilles de téléphones cellulaires varie selon que le téléphone est protégé par un mot de passe : voir, p. ex., le jugement de la Cour d’appel, 2013 ONCA 106, 114 O.R. (3d) 81, par. 73 et 75; décision, par. 49; *R. c. Khan*, 2013 ONSC 4587, 287 C.R.R. (2d) 192, par. 18; *Hiscoe*, par. 80-81. Je n’accorderai pas beaucoup de poids à ce facteur dans l’évaluation de l’attente subjective

subjective expectation of privacy or whether that expectation is reasonable. An individual's decision not to password protect his or her cell phone does not indicate any sort of abandonment of the significant privacy interests one generally will have in the contents of the phone: see, e.g., *R. v. Rochwell*, 2012 ONSC 5594, 268 C.R.R. (2d) 283, at para. 54. Cell phones — locked or unlocked — engage significant privacy interests. But we must also keep this point in perspective.

[54] First, while cell phone searches — especially searches of “smart phones”, which are the functional equivalent of computers — may constitute very significant intrusions of privacy, not every search is inevitably a significant intrusion. Suppose, for example, that in the course of the search in this case, the police had looked only at the unsent text message and the photo of the handgun. The invasion of privacy in those circumstances would, in my view, be minimal. So we must keep in mind that the real issue is the potentially broad invasion of privacy that may, *but not inevitably will*, result from law enforcement searches of cell phones.

[55] In this respect, a cell phone search is completely different from the seizure of bodily samples in *Stillman* and the strip search in *Golden*. Such searches are *invariably* and *inherently* very great invasions of privacy and are, in addition, a significant affront to human dignity. That cannot be said of cell phone searches incident to arrest.

[56] Second, we should bear in mind that a person who has been lawfully arrested has a lower reasonable expectation of privacy than persons not under lawful arrest: *Beare*, at p. 413.

d'une personne en matière de vie privée ou pour déterminer si cette attente est raisonnable. La décision d'une personne de ne pas protéger son téléphone cellulaire par un mot de passe n'indique pas qu'elle renonce en quelque sorte aux intérêts importants en matière de respect de sa vie privée qu'elle a généralement sur le contenu de son téléphone : voir, p. ex., *R. c. Rochwell*, 2012 ONSC 5594, 268 C.R.R. (2d) 283, par. 54. Les téléphones cellulaires — verrouillés ou non — mettent en cause des intérêts importants en matière de respect de la vie privée. Mais nous devons aussi garder ce point en perspective.

[54] Premièrement, bien que les fouilles de téléphones cellulaires — plus particulièrement les fouilles de « téléphones intelligents » qui sont l'équivalent fonctionnel des ordinateurs — puissent constituer des atteintes très importantes à la vie privée, ce ne sont pas toutes les fouilles qui le sont inévitablement. Supposons, par exemple, que lors de la fouille en l'espèce, les policiers avaient regardé uniquement le message texte non envoyé et la photo de l'arme. L'atteinte à la vie privée dans ces circonstances aurait été, à mon sens, minimale. Nous devons donc garder à l'esprit que le véritable problème est l'atteinte potentiellement importante à la vie privée qui peut découler, *mais pas inévitablement*, des fouilles de téléphones cellulaires visant l'application de la loi.

[55] À cet égard, une fouille d'un téléphone cellulaire est complètement différente de la saisie d'échantillons corporels, comme dans l'arrêt *Stillman*, et de la fouille à nu, comme dans l'arrêt *Golden*. Ces dernières fouilles constituent *invariablement* et *fondamentalement* des atteintes très graves à la vie privée et, également, un affront important à la dignité humaine. On ne peut pas en dire autant des fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires.

[56] Deuxièmement, il faut garder à l'esprit que l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée de la personne arrêtée légalement est moins élevée que celle de la personne qui n'a pas été arrêtée légalement : *Beare*, p. 413.

[57] Third, the common law requirement that the search be truly incidental to a lawful arrest imposes some meaningful limits on the scope of a cell phone search. The search must be linked to a valid law enforcement objective relating to the offence for which the suspect has been arrested. This requirement prevents routine browsing through a cell phone in an unfocussed way.

[58] All of that said, the search of a cell phone has the potential to be a much more significant invasion of privacy than the typical search incident to arrest. As a result, my view is that the general common law framework for searches incident to arrest needs to be modified in the case of cell phone searches incident to arrest. In particular, the law needs to provide the suspect with further protection against the risk of wholesale invasion of privacy which may occur if the search of a cell phone is constrained only by the requirements that the arrest be lawful and that the search be truly incidental to arrest and reasonably conducted. The case law suggests that there are three main approaches to making this sort of modification: a categorical prohibition, the introduction of a reasonable and probable grounds requirement, or a limitation of searches to exigent circumstances. I will explain why, in my view, none of these approaches is appropriate here and then outline the approach I would adopt.

(a) *Categorical Prohibition*

[59] *Stillman* excluded the non-consensual seizure of bodily samples from the scope of the power to search incident to arrest. The Court took this categorical approach for two reasons. First, seizures of bodily samples give rise to “completely different concerns” than other types of searches: they impact on a person’s bodily integrity, which may be, as Cory J. put it, “the ultimate affront to human dignity”: para. 39. Second, the Court noted that there was no risk that evidence would be lost if it were not obtained immediately: there was no risk of the teeth impressions or the DNA in hair follicles changing or being destroyed: para. 49. Thus,

[57] Troisièmement, l’exigence de la common law selon laquelle la fouille doit être véritablement accessoire à une arrestation légale limite de façon significative l’étendue de la fouille d’un téléphone cellulaire. La fouille doit viser un objectif valable d’application de la loi lié à l’infraction pour laquelle le suspect a été arrêté. Cette exigence empêche que les téléphones cellulaires soient inspectés couramment et d’une manière trop générale.

[58] Ceci dit, la fouille d’un téléphone cellulaire est susceptible de constituer une atteinte à la vie privée beaucoup plus grave que la fouille normale accessoire à l’arrestation. Par conséquent, j’estime que le cadre général de la common law régissant les fouilles accessoires à l’arrestation doit être modifié dans le cas des fouilles accessoires à l’arrestation à l’égard de téléphones cellulaires. En particulier, la loi doit offrir au suspect une plus grande protection contre le risque d’atteinte générale à sa vie privée qui peut survenir si la fouille d’un téléphone cellulaire est limitée uniquement parce que l’on exige que l’arrestation soit légale et que la fouille soit véritablement accessoire à l’arrestation et qu’elle ne soit pas abusive. La jurisprudence indique trois façons principales d’apporter une modification de ce genre : interdire catégoriquement les fouilles, exiger des motifs raisonnables et probables ou limiter les fouilles aux situations d’urgence. J’expliquerai pourquoi, à mon avis, aucune de ces façons ne convient en l’espèce, et j’exposerai la façon de procéder que je préconise.

a) *L’interdiction catégorique*

[59] L’arrêt *Stillman* a exclu la saisie non consensuelle d’échantillons corporels de l’étendue du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation. Notre Cour a emprunté cette approche catégorique pour deux raisons. Premièrement, la saisie d’échantillons corporels suscite des « préoccupations tout à fait différentes » des autres types de fouilles : elle a une incidence sur l’intégrité physique de la personne en cause, ce qui peut constituer, comme l’affirme le juge Cory, « l’atteinte la plus grave à la dignité humaine » : par. 39. Deuxièmement, la Cour a souligné qu’il n’y avait aucun risque que les éléments de preuve se perdent s’ils

the potentially important law enforcement ability to act promptly could be given little, if any, weight in this context: *Beare*, at p. 404, *per La Forest J.*

[60] Adopting this categorical approach would mean that, although the police may lawfully seize a cell phone found in the course of a search incident to arrest where there is reason to believe it contains evidence relevant to the offence, the phone may not be searched, at all, without a warrant. The Supreme Court of the United States essentially adopted this approach in *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014). I would not follow suit for two reasons.

[61] First, the only case from this Court to adopt a categorical exclusion from searches incident to arrest is *Stillman*. But the considerations that prompted the Court to take a categorical approach in that case are entirely absent in this case. The record in this case shows that important law enforcement objectives are served by the power to search cell phones promptly incident to arrest. This is unlike the *Stillman* situation, in which the Court concluded that the prompt access to the suspect's bodily samples did little to serve law enforcement objectives incidental to the arrest. Moreover, and in marked contrast to the bodily sample seizures at issue in *Stillman*, while cell phone searches have the potential to be a significant invasion of privacy, they are neither *inevitably* a major invasion of privacy nor *inherently* degrading. Looking at a few recent text messages or a couple of recent pictures is hardly a massive invasion of privacy, let alone an affront to human dignity.

n'étaient pas obtenus immédiatement : il n'y avait aucune chance que les empreintes dentaires ou le profil génétique des follicules pileux changent avec le temps ou soient détruits : par. 49. Ainsi, dans ce contexte, il ne serait accordé aucun poids, ou très peu, à la capacité potentiellement importante des policiers d'agir rapidement : *Beare*, p. 404, le juge La Forest.

[60] Avec l'adoption de cette approche catégorique, même si les policiers pouvaient légalement saisir un téléphone cellulaire trouvé lors d'une fouille accessoire à l'arrestation lorsqu'ils ont des motifs de croire qu'il contient des éléments de preuve se rapportant à l'infraction, ils ne pourraient en aucun cas fouiller le contenu du téléphone sans avoir obtenu un mandat. C'est essentiellement l'approche retenue par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Riley c. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014). Je ne retiendrais pas cette approche pour deux raisons.

[61] Premièrement, l'arrêt *Stillman* est le seul où notre Cour a opté pour l'exclusion catégorique des fouilles accessoires à l'arrestation. Mais les facteurs qui ont incité la Cour à adopter une approche catégorique dans cette affaire sont entièrement absents en l'espèce. Le dossier devant nous démontre que le pouvoir de procéder rapidement à une fouille accessoire à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires permet de réaliser d'importants objectifs d'application de la loi. Le cas qui nous occupe est différent de l'affaire *Stillman*, où la Cour a conclu que l'accès rapide aux échantillons corporels du suspect n'a guère permis de réaliser des objectifs d'application de la loi accessoires à l'arrestation. De plus, contrairement aux saisies d'échantillons corporels en cause dans l'arrêt *Stillman*, si les fouilles de téléphones cellulaires peuvent constituer une atteinte importante à la vie privée, elles ne constituent pas *inévitablement* une atteinte grave à la vie privée et ne sont pas *fondamentalement* avilissantes. Le fait de regarder quelques messages texte récents ou deux ou trois photos récentes peut difficilement constituer une atteinte grave à la vie privée, encore moins un affront à la dignité humaine.

[62] Second, I am not as pessimistic as some about the possibility of placing meaningful limits on the manner and extent of cell phone searches incident to arrest. Meaningful limits, rather than blanket exclusions, have been imposed in other settings. For example, in *Golden*, the Court did not categorically preclude all strip searches incident to an arrest. Instead, the Court limited the purposes for which they could be conducted, imposed a reasonable grounds threshold, and established rules governing how the searches should be conducted (essentially search protocols). The Court took this approach even though it found strip searches to be “inherently humiliating and degrading . . . regardless of the manner in which they are carried out”: para. 90.

[63] A cell phone search engages very significant informational privacy interests. However, it is not as invasive as a strip search. It seems to me that s. 8 would require a categorical prohibition on cell phone searches only if this Court were to find that it is impossible to impose meaningful limits on the purposes, threshold and manner of such searches. As I discuss below, I am not satisfied that this is the case.

[64] I therefore reject the idea that s. 8 of the *Charter* categorically precludes any search of a cell phone seized incidental to a lawful arrest.

[65] The question becomes what safeguards must be added to the law of search of cell phones incident to arrest in order to make that power compliant with s. 8 of the *Charter*.

(b) *Imposing a Reasonable and Probable Grounds Requirement*

[66] One possibility is to require reasonable and probable grounds for the search, as the Court did

[62] Deuxièmement, je ne suis pas aussi pessimiste que d'autres au sujet de la possibilité de restreindre de façon significative la manière de procéder aux fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires, ni au sujet de l'étendue de ces fouilles. Des restrictions significatives, plutôt que des exclusions générales, ont été imposées dans d'autres contextes. Par exemple, dans l'arrêt *Golden*, la Cour n'a pas catégoriquement interdit toutes les fouilles à nu accessoires à l'arrestation. Elle a plutôt limité les fins auxquelles elles peuvent être effectuées, imposé un critère de motifs raisonnables et établi des règles régissant la façon dont les fouilles devraient être effectuées — essentiellement des protocoles de fouille. La Cour a opté pour cette solution même si elle a conclu que les fouilles à nu sont « fondamentalement humiliantes et avilissantes [. . .] peu importe la manière dont elles sont effectuées » : par. 90.

[63] La fouille d'un téléphone cellulaire met en cause des intérêts très importants en matière de protection du caractère privé des renseignements qu'il contient. Toutefois, elle n'est pas aussi attentatoire qu'une fouille à nu. Il me semble que l'art. 8 n'exigerait une interdiction catégorique des fouilles de téléphones cellulaires que si notre Cour concluait qu'il est impossible d'imposer des restrictions significatives sur les fins que doivent servir ces fouilles, sur les critères qui les permettent et sur la manière de les effectuer. Comme je l'expliquerai, je ne suis pas convaincu que c'est le cas en l'espèce.

[64] Par conséquent, je rejette l'idée que l'art. 8 de la *Charte* interdit catégoriquement toute fouille d'un téléphone cellulaire saisi accessoirement à une arrestation légale.

[65] La question consiste donc à savoir quelles garanties doivent être ajoutées au droit relatif aux fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires afin que ce pouvoir soit conforme à l'art. 8 de la *Charte*.

(b) *Imposer une exigence de motifs raisonnables et probables*

[66] Il est possible d'exiger que la fouille repose sur des motifs raisonnables et probables, comme la



in *Golden*. This Court has described the higher threshold of “reasonable and probable grounds” as requiring “reasonable probability” or “credibly-based probability”: *Debot*, at p. 1166; *Hunter v. Southam Inc.*, at p. 167. In my respectful opinion, imposing that threshold here would significantly undermine the important law enforcement objectives in this context. A main rationale of search incident to arrest, in addition to safety of the police, the suspect and the public, is to allow the police to promptly pursue their investigation: see, e.g., *Beare*, at p. 404, *per* La Forest J. Investigations have many leads and many dead ends. To restrict a cell phone search to situations in which the officers have reasonable and probable cause to believe that evidence of the offence will be found on the cell phone, to my way of thinking, effectively precludes prompt access to what may be very important information which is required for the immediate purposes of the unfolding investigation.

[67] The record in this case demonstrates this. A prompt search of a cell phone may lead investigators to other perpetrators and to stolen and easily disposed of property. At the point of arrest, police will rarely have reasonable and probable grounds to believe that evidence of the offence will be found on the phone, and yet some limited access to its contents may be, as here, an important investigative step that needs to be taken promptly. As Det. Nicol testified, there were in this investigation — as there will be in many investigations — information and leads that needed to be followed up immediately. Imposing a “reasonable and probable grounds” requirement for all cell phone searches will cut off access to this important step in virtually all cases.

[68] Further, in my view, requiring reasonable and probable grounds to search for the purpose of protecting the police, the accused, or the public

Cour l’a fait dans l’arrêt *Golden*. La Cour a affirmé que le critère plus rigoureux fondé sur l’existence de « motifs raisonnables et probables » correspond à une norme de « probabilité raisonnable » ou de « probabilité fondée sur la crédibilité » : *Debot*, p. 1166; *Hunter c. Southam Inc.*, p. 168. À mon humble avis, imposer ce critère en l’espèce minerait sensiblement les objectifs importants d’application de la loi dans ce contexte. Une des principales raisons d’être de la fouille accessoire à l’arrestation, en plus d’assurer la sécurité des policiers, du suspect et du public, est de permettre aux policiers de poursuivre rapidement leur enquête : voir, p. ex., *Beare*, p. 404, le juge La Forest. Les enquêtes comportent beaucoup de pistes et beaucoup d’impasses. À mon avis, restreindre la fouille d’un téléphone cellulaire à des situations où les policiers ont des motifs raisonnables et probables de croire que des éléments de preuve de l’infraction se trouvent dans le téléphone cellulaire empêche en fait les policiers d’accéder rapidement à ce qui pourrait s’avérer être des renseignements très importants et nécessaires pour les fins immédiates de l’enquête en cours.

[67] C’est ce que démontre le dossier en l’espèce. Une fouille d’un téléphone cellulaire effectuée rapidement peut mener les enquêteurs à d’autres auteurs du crime et à des biens volés qu’on peut facilement faire disparaître. Au moment de l’arrestation, les policiers ont rarement des motifs raisonnables et probables de croire que des éléments de preuve de l’infraction se trouvent dans le téléphone et, pourtant, un accès même limité à son contenu peut être, comme en l’espèce, une mesure d’enquête importante qui doit être prise rapidement. Comme l’a indiqué le détective Nicol dans son témoignage, il y avait dans cette enquête — comme il y en a dans bien des enquêtes — des renseignements et des pistes qu’il fallait examiner immédiatement. Imposer une exigence de « motifs raisonnables et probables » pour toutes les fouilles de téléphones cellulaires empêchera de prendre cette mesure importante dans pratiquement tous les cas.

[68] En outre, à mon sens, exiger des motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille afin de protéger la police, l’accusé ou le public outrepassé

overshoots the point at which the public's interest in being left alone by government must give way to intruding on an individual's privacy to advance law enforcement objectives. A case such as this one is instructive: the police knew a dangerous weapon was on the streets. In this type of situation, it is reasonable to be concerned that the weapon could be used to commit another offence or could be disposed of in a public area, endangering the safety of innocent individuals. As with the case of discovery of evidence, the police may not have reasonable and probable grounds to believe that a search of the cell phone is necessary to protect them, the accused or the public. However, they may have reason to think that searching the cell phone may further those objectives. A standard of reasonable and probable grounds, in my view, has the potential to unreasonably compromise the safety of the police, the accused, or the public. It strikes an inappropriate balance between those important law enforcement objectives and the accused's privacy interests.

(c) *Exigent Circumstances*

[69] Another possibility is to allow cell phone searches only in exigent circumstances, as the appellant urges us to do: A.F., at paras. 41 and 53. The Ontario Superior Court of Justice adopted this approach in *Liew*, but, so far as I have been able to determine, it has not been followed in any other Canadian case. As I see it, that standard requires too much knowledge on the part of the police, given the very early point in an investigation at which a search incident to arrest will often occur. It shares the pitfalls of imposing a standard of reasonable and probable grounds and, if applied in the manner proposed by my colleague, Karakatsanis J., would go even further to prohibit a cell phone search in all but the most exceptional circumstances.

[70] This approach, in my view, gives almost no weight to the law enforcement objectives served by the ability to promptly search a cell phone incidental to a lawful arrest. If, as is my view, importing a

le point où 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 d'une personne afin de réaliser les objectifs d'application de la loi. Un cas comme celui qui nous occupe est instructif : les policiers savaient qu'une arme dangereuse était en circulation. Dans les situations de ce genre, il est raisonnable de craindre que l'arme puisse être utilisée pour commettre une autre infraction ou qu'elle soit laissée dans un endroit public, menaçant la sécurité de personnes innocentes. Comme c'est le cas lors de la découverte d'éléments de preuve, les policiers peuvent ne pas avoir de motifs raisonnables et probables de croire qu'une fouille du téléphone cellulaire est nécessaire pour les protéger, ainsi que pour protéger l'accusé ou le public. Cependant, ils peuvent avoir des motifs de croire que la fouille peut favoriser ces objectifs. À mon sens, une norme de motifs raisonnables et probables risque de compromettre de façon déraisonnable la sécurité des policiers, de l'accusé et du public. Elle établit un équilibre injuste entre ces importants objectifs d'application de la loi et les intérêts que l'accusé porte au respect de sa vie privée.

c) *Les situations d'urgence*

[69] Il est aussi possible de permettre les fouilles de téléphones cellulaires seulement en situation d'urgence, comme l'appelant nous prie de le faire : m.a., par. 41 et 53. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a retenu cette solution dans *Liew*, mais, à ma connaissance, celle-ci n'a été retenue dans aucune autre décision canadienne. Selon moi, cette norme exige des policiers un degré trop élevé de connaissance étant donné que la fouille accessoire à l'arrestation survient souvent au tout début de l'enquête. Elle recèle les mêmes pièges que l'imposition d'une norme de motifs raisonnables et probables et, si elle est appliquée de la manière que propose ma collègue la juge Karakatsanis, elle irait encore plus loin en interdisant la fouille d'un téléphone cellulaire en toutes circonstances sauf les plus exceptionnelles.

[70] À mon sens, cette approche n'accorde pratiquement pas d'importance aux objectifs d'application de la loi que la capacité de procéder rapidement à une fouille accessoire à une arrestation légale à

standard of reasonable and probable grounds would significantly undermine these objectives, then imposing a requirement of urgency and restricting the purposes for which the search may be conducted would effectively gut them. This standard, in my respectful view, fails to strike the balance required by s. 8 between the privacy interests of the individual and the state's interest in protecting the public.

[71] Finally, to prohibit cell phone searches in all but “exigent circumstances” is simply not consistent with the structure of our law relating to search incident to arrest. As P. Brown observes in relation to American case law, which has relied on exigent circumstances to justify a cell phone search incident to arrest

[i]f an actual danger of destruction of evidence were required to trigger the [search incident to arrest] exception to the warrant requirement, then [search incident to arrest] would be a mere subset of the exigency exception. . . . The reasoning in [some] cases is therefore flawed because it silently reads the [search incident to arrest] exception out of existence by rendering it a restatement of the exigency exception.

(“Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law as It Stands and a New Path Forward” (2014), 27 *Harv. J.L. & Tech.* 563, at p. 572)

[72] I also resist reliance on the statutory provisions adopted in response to this Court's decision in *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, to set a standard that would permit searches of cell phones incident to arrest. This Court has yet to make any pronouncements regarding the constitutionality of s. 529.3 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and I prefer not to rely on its assumed constitutionality in setting the constitutional parameters of cell phone searches incident to arrest.

l'égard d'un téléphone cellulaire permet de réaliser. Si, comme je le pense, l'introduction d'une norme de motifs raisonnables et probables minerait sensiblement ces objectifs, imposer une exigence d'urgence et restreindre les fins pour lesquelles la fouille peut être effectuée aurait pour effet de les vider de leur substance. À mon humble avis, cette norme n'établit pas l'équilibre requis par l'art. 8 entre l'intérêt que porte la personne au respect de sa vie privée et l'intérêt que porte l'État à la protection du public.

[71] Enfin, interdire les fouilles de téléphones cellulaires en tout temps sauf en « situation d'urgence » n'est simplement pas conforme à la structure de notre droit en matière de fouille accessoire à l'arrestation. Comme l'a fait observer P. Brown, relativement à la jurisprudence américaine qui se fonde sur la situation d'urgence pour justifier une fouille accessoire à l'arrestation à l'égard d'un téléphone cellulaire :

[TRADUCTION] S'il fallait qu'il existe un réel danger de destruction des éléments de preuve pour que l'exception [relative à la fouille accessoire à l'arrestation] s'applique à l'exigence d'obtenir un mandat, [la fouille accessoire à l'arrestation] ne constituerait alors qu'un simple sous-ensemble de l'exception en cas de situation d'urgence. [ . . . ] Le raisonnement dans [certaines] décisions est donc erroné parce qu'il supprime sans le dire l'exception [relative à la fouille accessoire à l'arrestation] qui devient alors une reformulation de l'exception en cas de situation d'urgence.

(« Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law as It Stands and a New Path Forward » (2014), 27 *Harv. J.L. & Tech.* 563, p. 572)

[72] Je refuse également de me fonder sur les dispositions législatives adoptées en réponse à l'arrêt *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, de notre Cour pour établir une norme qui permettrait les fouilles accessoires à une arrestation à l'égard de téléphones cellulaires. Notre Cour ne s'est pas encore prononcée sur la constitutionnalité de l'art. 529.3 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et je préfère ne pas me fonder sur sa présumée constitutionnalité pour établir les paramètres constitutionnels des fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires.

[73] To be clear, nothing in my reasons changes the existing law in relation to warrantless searches in exigent circumstances.

(5) Other Steps

[74] The focus of our attention, in my view, should not be on steps that effectively gut the usefulness of searches incident to arrest. Rather, we should concentrate on measures to limit the potential invasion of privacy that may, but does not inevitably result from a cell phone search. This may be done by making some modifications to the common law power to search cell phones incidental to arrest. Ultimately, the purpose of the exercise is to strike a balance that gives due weight, on the one hand, to the important law enforcement objectives served by searches incident to arrest and, on the other, to the very significant privacy interests at stake in cell phone searches.

[75] The requirement that the search of the cell phone be truly incidental to the arrest should be strictly applied to permit searches that are required to be done promptly upon arrest in order to effectively serve the purposes of officer and public safety, loss or destruction of evidence, or discovery of evidence. Three modifications to the general rules would give effect to this approach.

[76] First, the scope of the search must be tailored to the purpose for which it may lawfully be conducted. In other words, it is not enough that a cell phone search in general terms is truly incidental to the arrest. Both the nature and the extent of the search performed on the cell phone must be truly incidental to the particular arrest for the particular offence. In practice, this will mean that, generally, even when a cell phone search is permitted because it is truly incidental to the arrest, only recently sent or drafted emails, texts, photos and the call log may be examined as in most cases only those sorts of items will have the necessary link

[73] En termes clairs, rien dans les présents motifs ne modifie le droit existant relatif aux fouilles sans mandats effectuées en situation d'urgence.

(5) Les autres mesures

[74] À mon avis, notre attention ne devrait pas se fixer sur des mesures qui nient en fait l'utilité des fouilles accessoires à l'arrestation. Nous devrions plutôt nous concentrer sur des mesures visant à limiter l'atteinte à la vie privée qui peut découler, mais pas inévitablement, de la fouille d'un téléphone cellulaire. Pour ce faire, nous pouvons apporter des modifications au pouvoir de common law de procéder à la fouille accessoire à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires. Le but de l'exercice consiste en définitive à établir un équilibre qui prend dûment en compte, d'une part, les importants objectifs d'application de la loi que les fouilles accessoires à l'arrestation permettent de réaliser et, d'autre part, les intérêts très importants que l'on porte au respect de la vie privée en jeu lors des fouilles d'un téléphone cellulaire.

[75] L'exigence selon laquelle la fouille du téléphone cellulaire doit véritablement être accessoire à l'arrestation devrait être appliquée strictement pour permettre les fouilles qui doivent être effectuées rapidement après l'arrestation afin de réaliser efficacement les objectifs d'assurer la sécurité des policiers et du public, d'empêcher la perte ou la destruction d'éléments de preuve ou de découvrir des éléments de preuve. Trois modifications aux règles générales donneraient effet à cette approche.

[76] Premièrement, l'étendue de la fouille doit être adaptée à l'objectif pour lequel elle peut être légalement effectuée. Autrement dit, il ne suffit pas qu'une fouille d'un téléphone cellulaire en général soit véritablement accessoire à l'arrestation. La nature et l'étendue de la fouille du téléphone cellulaire doivent toutes deux être véritablement accessoires à l'arrestation particulière pour l'infraction précise. Cela signifiera en pratique que, généralement, même lorsqu'une fouille d'un téléphone cellulaire est permise parce qu'elle est véritablement accessoire à l'arrestation, seuls les courriels envoyés ou rédigés récemment, les photos et messages texte récents,

to the purposes for which prompt examination of the device is permitted. But these are not rules, and other searches may in some circumstances be justified. The test is whether the nature and extent of the search are tailored to the purpose for which the search may lawfully be conducted. To paraphrase *Caslake*, the police must be able to explain, within the permitted purposes, what they searched and why: see para. 25.

[77] This approach responds to the privacy concerns posed by the virtually infinite storage capacity of cell phones by, in general, excluding resort to that capacity in a search incident to arrest. It would also provide these protections while preserving the ability of the police to have resort to basic cell phone data where this serves the purposes for which searches incident to arrest are permitted.

[78] There is a parallel here with the Court's decision in *Vu*. A warrant to search a computer does not give the police "a licence to scour the devices indiscriminately": para. 61. Similarly, the fact that some examination of a cell phone is truly incidental to arrest does not give the police a licence to rummage around in the device at will. The nature and extent of the search must be truly incidental to the arrest in order for it to fall within the scope of the common law rule and respect s. 8 of the *Charter*. I agree with the courts of appeal in British Columbia and Nova Scotia that, generally, the search of the entire contents of a cell phone or a download of its contents is not permitted as a search incident to arrest: *Mann*, at para. 123; *Hiscoe*, at paras. 63 and 79.

[79] The law enforcement objectives served by searches incident to arrest will generally be most compelling in the course of the investigation of

ainsi que le registre des appels, pourront être examinés puisque dans la plupart des cas, seuls les éléments de ce genre auront le lien nécessaire aux objectifs pour lesquels une inspection rapide de l'appareil est permise. Mais il ne s'agit pas là de règles et, dans certaines circonstances, d'autres fouilles peuvent être justifiées. La question est de savoir si la nature et l'étendue de la fouille sont adaptées à l'objectif pour lequel la fouille peut être légalement effectuée. Pour paraphraser l'arrêt *Caslake*, les policiers doivent pouvoir expliquer, en fonction des objectifs permis, pourquoi ils ont procédé à la fouille et ce qu'ils recherchaient : voir par. 25.

[77] Cette approche répond aux préoccupations en matière de vie privée que soulève la capacité de stockage pratiquement infinie des téléphones cellulaires, en excluant généralement le recours à cette capacité lors d'une fouille accessoire à l'arrestation. Elle offrirait aussi ces protections tout en préservant la capacité des policiers à recourir à des données de base sur les téléphones cellulaires lorsque cela permet de réaliser les objectifs pour lesquels les fouilles accessoires à l'arrestation sont permises.

[78] Il y a un parallèle à faire entre l'espèce et l'arrêt *Vu* de notre Cour. Un mandat autorisant la fouille d'un ordinateur ne permet pas aux policiers de « passer sans discernement les appareils au peigne fin » : par. 61. De même, le fait qu'une certaine inspection d'un téléphone cellulaire soit véritablement accessoire à l'arrestation n'autorise pas pour autant les policiers à trifouiller l'appareil à volonté. Pour que la fouille soit conforme à la règle de common law et respecte l'art. 8 de la *Charte*, sa nature et son étendue doivent être véritablement accessoires à l'arrestation. Je suis d'accord avec les cours d'appel de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse pour dire que, en général, la fouille de la totalité du contenu d'un téléphone cellulaire ou le téléchargement de son contenu ne sont pas permis dans le cadre d'une fouille accessoire à l'arrestation : *Mann*, par. 123; *Hiscoe*, par. 63 et 79.

[79] Les objectifs d'application de la loi que les fouilles accessoires à l'arrestation permettent de réaliser seront généralement les plus impérieux



crimes that involve, for example, violence or threats of violence, or that in some other way put public safety at risk, such as the robbery in this case, or serious property offences that involve readily disposable property, or drug trafficking. Generally speaking, these types of crimes are most likely to justify some limited search of a cell phone incident to arrest, given the law enforcement objectives. Conversely, a search of a cell phone incident to arrest will generally not be justified in relation to minor offences.

[80] A further modification is that the third purpose for which searches incident to arrest are permitted — the discovery of evidence — must be treated restrictively in this context. The discovery of evidence, in the context of a cell phone search incident to arrest, will only be a valid law enforcement objective when the investigation will be stymied or significantly hampered absent the ability to promptly search the cell phone incident to arrest. Only in those types of situations does the law enforcement objective in relation to the discovery of evidence clearly outweigh the potentially significant intrusion on privacy. For example, if, as in this case, there is reason to think that there is another perpetrator who has not been located, the search of a cell phone for that purpose will be truly incidental to the arrest of the other suspects. As Det. Nicol testified, there were matters that needed to be followed up immediately in this case. If, on the other hand, all suspects are in custody and any firearms and stolen property have been recovered, it is hard to see how police could show that the prompt search of a suspect's cell phone could be considered truly incidental to the arrest as it serves no immediate investigative purpose. This will mean, in practice, that cell phone searches are not routinely permitted simply for the purpose of discovering additional evidence. The search power must be used with great circumspection. It also means, in practice, that the police will have to be prepared to explain why it was not practical (and I emphasize that this does *not* mean impossible), in all the circumstances of

dans le cadre des enquêtes relatives à des crimes comportant, par exemple, de la violence ou des menaces de violence, des crimes qui présentent un risque pour la sécurité du public, tels le vol à main armée en l'espèce, des infractions graves contre des biens susceptibles de disparaître rapidement, ou le trafic de drogue. De façon générale, les crimes de ce genre sont les plus susceptibles de justifier une fouille restreinte d'un téléphone cellulaire accessoirement à une arrestation, compte tenu des objectifs d'application de la loi. À l'inverse, la fouille d'un téléphone cellulaire accessoire à une arrestation ne sera généralement pas justifiée dans les cas d'infractions mineures.

[80] Une autre modification consiste à traiter de façon restrictive dans ce contexte le troisième objectif pour lequel les fouilles accessoires à l'arrestation sont permises — la découverte d'éléments de preuve. Cet objectif, dans le contexte d'une fouille accessoire à l'arrestation à l'égard d'un téléphone cellulaire, ne constituera un objectif valable d'application de la loi que lorsque l'enquête sera paralysée ou sérieusement entravée parce qu'on ne peut pas fouiller rapidement le téléphone cellulaire accessoirement à l'arrestation. Ce n'est que dans les situations de ce genre que les objectifs d'application de la loi relatifs à la découverte d'éléments de preuve l'emportent clairement sur l'atteinte potentiellement importante à la vie privée. Par exemple, si, comme en l'espèce, il y a lieu de croire qu'un autre auteur du crime n'a pas été trouvé, la fouille d'un téléphone cellulaire en vue de trouver d'autres suspects sera véritablement accessoire à l'arrestation. Comme l'a affirmé le détective Nicol, il y avait en l'espèce des questions qu'il fallait élucider immédiatement. Si, par contre, tous les suspects sont détenus et toutes les armes à feu et les biens volés ont été récupérés, les policiers pourraient difficilement démontrer que la fouille du téléphone cellulaire d'un suspect effectuée rapidement peut être considérée comme véritablement accessoire à l'arrestation puisqu'elle ne permet de réaliser aucun objectif d'enquête immédiat. En pratique, cela signifiera que les fouilles de téléphones cellulaires ne sont pas systématiquement permises simplement en vue de découvrir d'autres éléments de

the investigation, to postpone the search until they could obtain a warrant.

[81] The approach taken by the trial judge in *D'Annunzio* is instructive. The accused was arrested for sexual assault immediately after a young girl complained that he had inappropriately touched her in a grocery store. A search incident to that arrest discovered a cell phone. The officer seized it and searched for photos or videos of a sexual nature that were related to the offence, and for other inappropriate sexual content. At trial, the accused challenged the admissibility of two photos and a video found on the phone during this search. The trial judge ruled that the search was not truly incidental to the arrest. The search was “not done to further a legitimate purpose incidental to [the] arrest. . . . The cell phone was in the possession of the police at all times and there was no urgency”: paras. 23-24. To put this differently, the prompt search of the cell phone was not sufficiently linked to an important law enforcement objective.

[82] Finally, officers must make detailed notes of what they have examined on the cell phone. The Court encouraged this sort of note keeping in *Vu* in the context of a warranted search: para. 70. It also encouraged that notes be kept in the context of strip searches: *Golden*, at para. 101. In my view, given that we are dealing here with an extraordinary search power that requires neither a warrant nor reasonable and probable grounds, the obligation to keep a careful record of what is searched and how it was searched should be imposed as a matter of constitutional imperative. The record should generally include the applications searched, the extent of the search, the time of the search, its purpose and its duration. After-the-fact judicial review is especially important where, as in the case of

preuve. Le pouvoir de procéder à une fouille doit être exercé avec une grande circonspection. Cela signifiera également, en pratique, que les policiers devront être prêts à expliquer pourquoi il n'était pas pratique (et je souligne que cela *ne* signifie *pas* impossible), compte tenu de toutes les circonstances de l'enquête, de reporter la fouille jusqu'à ce qu'ils puissent obtenir un mandat.

[81] La démarche retenue par la juge du procès dans *D'Annunzio* est instructive. L'accusé a été arrêté pour agression sexuelle immédiatement après qu'une jeune fille se soit plainte qu'il l'avait touchée de façon inappropriée dans une épicerie. Une fouille accessoire à cette arrestation a permis au policier de découvrir un téléphone cellulaire. Il l'a saisi et fouillé en vue de découvrir des photos ou des vidéos de nature sexuelle liées à l'infraction ou d'autres matériels à contenu sexuel déplacé. Au procès, l'accusé a contesté l'admissibilité de deux photos et d'une vidéo trouvées dans le téléphone durant cette fouille. La juge du procès a statué que la fouille n'était pas véritablement accessoire à l'arrestation. La fouille n'avait [TRADUCTION] « pas été effectuée pour réaliser un objectif légitime accessoire à l'arrestation. [. . .] Le téléphone cellulaire était en la possession des policiers en tout temps et il n'y avait aucune urgence » : par. 23-24. Autrement dit, la fouille rapide du téléphone cellulaire n'était pas suffisamment liée à un objectif important d'application de la loi.

[82] Enfin, les policiers doivent prendre des notes détaillées de ce qu'ils ont examiné dans le téléphone cellulaire. La Cour a encouragé la prise de notes de ce genre dans l'arrêt *Vu* dans le contexte d'une fouille autorisée par un mandat : par. 70. Elle a également encouragé la prise de notes dans le contexte de fouilles à nu : *Golden*, par. 101. À mon avis, étant donné que nous sommes en présence d'un pouvoir extraordinaire de procéder à une fouille qui ne requiert ni mandat ni motifs raisonnables et probables, l'obligation de consigner soigneusement le contenu fouillé et la façon dont il a été fouillé devrait être imposée comme impératif constitutionnel. Il faudrait généralement consigner les applications ayant fait l'objet d'une fouille ainsi que l'étendue, l'heure, les objectifs et la durée de la

searches incident to arrest, there is no prior authorization. Having a clear picture of what was done is important to such review being effective. In addition, the record keeping requirement is likely to have the incidental effect of helping police officers focus on the question of whether their conduct in relation to the phone falls squarely within the parameters of a lawful search incident to arrest.

[83] To summarize, police officers will not be justified in searching a cell phone or similar device incidental to every arrest. Rather, such a search will comply with s. 8 where:

- (1) The arrest was lawful;
- (2) The search is truly incidental to the arrest in that the police have a reason based on a valid law enforcement purpose to conduct the search, and that reason is objectively reasonable. The valid law enforcement purposes in this context are:
  - (a) Protecting the police, the accused, or the public;
  - (b) Preserving evidence; or
  - (c) Discovering evidence, including locating additional suspects, in situations in which the investigation will be stymied or significantly hampered absent the ability to promptly search the cell phone incident to arrest;
- (3) The nature and the extent of the search are tailored to the purpose of the search; and
- (4) The police take detailed notes of what they have examined on the device and how it was searched.

[84] In setting out these requirements for the common law police power, I do not suggest that these measures represent the only way to make

fouille. Le contrôle judiciaire après le fait est particulièrement important lorsque, comme c'est le cas lors de fouilles accessoires à l'arrestation, il n'y a aucune autorisation préalable. Pour assurer l'efficacité de ce contrôle, il est important que l'on ait une image claire des mesures qui ont été prises. De plus, l'exigence de conserver des notes aura probablement pour effet accessoire d'aider les policiers à se concentrer sur la question de savoir si les mesures prises à l'égard du téléphone sont conformes aux paramètres de la fouille légale accessoire à l'arrestation.

[83] En résumé, les policiers ne seront pas autorisés à procéder à la fouille d'un téléphone cellulaire ou d'un appareil similaire accessoirement à chaque arrestation. Les fouilles de cette nature seront plutôt conformes à l'art. 8 lorsque :

- (1) l'arrestation est légale;
- (2) la fouille est véritablement accessoire à l'arrestation puisque les policiers peuvent invoquer un objectif d'application de la loi valable et objectivement raisonnable pour procéder à la fouille; dans ce contexte, les objectifs valables d'application de la loi sont les suivants :
  - a) protéger les policiers, l'accusé ou le public;
  - b) conserver les éléments de preuve;
  - c) découvrir des éléments de preuve, notamment trouver d'autres suspects, lorsque l'enquête sera paralysée ou sérieusement entravée si l'on n'effectue pas rapidement une fouille accessoire à l'arrestation à l'égard du téléphone cellulaire;
- (3) la nature et l'étendue de la fouille sont adaptées à l'objectif de la fouille;
- (4) les policiers prennent des notes détaillées de ce qu'ils ont examiné dans l'appareil et de la façon dont ils l'ont fait.

[84] En établissant ces exigences à l'égard du pouvoir conféré aux policiers par la common law, je ne prétends pas que ces mesures représentent la

searches of cell phones incident to arrest constitutionally compliant. This may be an area, as the Court concluded was the case in *Golden*, in which legislation may well be desirable. The law enforcement and privacy concerns may be balanced in many ways and my reasons are not intended to restrict the acceptable options.

*B. Second Issue: Application of the Framework to the Present Case*

[85] The initial search of the appellant's cell phone incidental to his arrest revealed a relevant draft text message and photographs. Although there were subsequent searches, no additional evidence was found and the evidence from the cell phone tendered by the Crown at trial was that originally viewed by Sgt. Hicks: Ruling, at para. 30. It is therefore only necessary to rule on the legality of his initial searches of the cell phone.

[86] As I discussed in detail earlier in my reasons, there were important law enforcement objectives to be served by a prompt search of aspects of the phone. The police believed that to be the case, and their belief was reasonable. However, the officers' evidence about the extent of the cell phone search was not satisfactory. Sergeant Hicks said that he "had a look through the cell phone" but could not recall specifics: Ruling, at para. 20. Detective Constable Abdel-Malik said that he later did "some quick checks" for about two minutes, but, again, his evidence is not very specific: Ruling, at para. 24. There were subsequent examinations of the phone by Sgt. Hicks, Det. Const. Abdel-Malik and Det. Nicol, but they were not able to provide many specifics of exactly what was examined.

[87] The Crown bears the burden of establishing that the search incident to arrest was lawful. In

seule façon de rendre conformes à la Constitution les fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires. Il peut s'agir d'un domaine, comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *Golden*, où un texte législatif serait souhaitable. L'équilibre entre l'application de la loi et les préoccupations en matière de vie privée peut être établi de nombreuses façons, et mes motifs ne visent pas à restreindre les options acceptables.

*B. Deuxième question : l'application de ce cadre à l'affaire qui nous occupe*

[85] La fouille initiale du téléphone cellulaire de l'appelant effectuée accessoirement à son arrestation a permis de trouver un projet de message texte pertinent et des photos. Bien que des fouilles aient été effectuées subséquemment, aucun autre élément de preuve n'a été trouvé et les éléments de preuve provenant du téléphone cellulaire présentés par le ministère public au procès étaient ceux que le sergent Hicks avait initialement vus : décision, par. 30. Par conséquent, il suffit de statuer sur la légalité des fouilles qu'il a initialement effectuées dans le téléphone cellulaire.

[86] J'ai déjà expliqué de façon détaillée que le fait de fouiller rapidement certains éléments du téléphone cellulaire pouvait permettre de réaliser d'importants objectifs d'application de la loi. C'est ce que croyaient les policiers, et leur croyance était raisonnable. Cependant, le témoignage des policiers concernant l'étendue de la fouille du téléphone cellulaire n'était pas satisfaisant. Le sergent Hicks a affirmé qu'il [TRADUCTION] « a regardé le contenu du téléphone cellulaire » mais ne pouvait se rappeler des détails : décision, par. 20. Le gendarme-détective Abdel-Malik a affirmé qu'il a plus tard effectué [TRADUCTION] « quelques vérifications rapides » pendant environ deux minutes mais, là encore, son témoignage n'est pas très précis : décision, par. 24. Le sergent Hicks, le gendarme-détective Abdel-Malik et le détective Nicol ont subséquemment examiné le téléphone cellulaire, mais n'étaient pas en mesure de fournir des détails sur ce qui a été examiné exactement.

[87] Il incombe au ministère public d'établir que la fouille accessoire à l'arrestation était légale. À

my view, that burden is not met, absent detailed evidence about precisely what was searched, how and why. That sort of evidence was lacking in this case, and the lack of evidence, in turn, impedes meaningful judicial review of the legality of the search. As I mentioned earlier, this after-the-fact review is particularly important in the case of warrantless searches where there has been no prior judicial screening as occurs when a warrant is required.

[88] I conclude that the initial search was not reasonable and it therefore breached Mr. Fearon's s. 8 rights.

C. *Should the Evidence Be Excluded?*

[89] Section 24(2) of the *Charter* provides that evidence obtained in a manner that infringes the accused's rights "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". This requires courts to assess and balance the effect of admitting the evidence in light of three factors: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 71. The party seeking to have the evidence excluded bears the burden of proving its exclusion is required.

[90] The trial judge found no breach, but conducted a s. 24(2) analysis in the event she erred in that respect. Her findings of fact in this regard, like her other findings of fact, are entitled to deference on appeal.

[91] The first factor is the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct. An important consideration is whether admission of the evidence may send a message that the court condones serious state misconduct.

[92] The trial judge made strong findings relevant to this factor. She concluded that, "if there was a breach, it was not conduct on the serious end of the

mon sens, il ne s'acquitte pas de ce fardeau en l'absence d'éléments de preuve détaillés indiquant avec précision le contenu qui a fait l'objet de la fouille, la façon dont la fouille a été effectuée et la raison pour laquelle elle a été effectuée. On ne trouvait pas de tels éléments de preuve en l'espèce, et le manque de preuve fait obstacle à une véritable révision judiciaire de la légalité de la fouille. Je le répète, cette révision après le fait est particulièrement importante dans le cas des fouilles sans mandat pour lesquelles aucun examen judiciaire antérieur n'a eu lieu comme c'est le cas lorsqu'un mandat est requis.

[88] Je conclus que la fouille initiale n'était pas raisonnable et a en conséquence porté atteinte aux droits que l'art. 8 garantit à M. Fearon.

C. *Les éléments de preuve devraient-ils être écartés?*

[89] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* prévoit que des éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits de l'accusé « sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». Ainsi, le tribunal doit évaluer et mettre en balance l'effet qu'aurait l'utilisation des éléments de preuve en tenant compte de trois facteurs : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 71. Il incombe à la partie qui demande l'exclusion de la preuve de prouver que cette exclusion est nécessaire.

[90] La juge du procès a conclu qu'il n'y avait pas eu violation, mais elle a effectué une analyse fondée sur le par. 24(2) dans l'éventualité où elle aurait commis une erreur à cet égard. Ses conclusions de fait à cet égard, tout comme ses autres conclusions de fait, commandent la déférence en appel.

[91] Le premier facteur est la gravité de la conduite attentatoire de l'État. Il importe de se demander si l'utilisation des éléments de preuve peut donner à penser que le tribunal tolère l'inconduite grave de l'État.

[92] La juge du procès a tiré de solides conclusions relativement à ce facteur. Elle a conclu que [TRADUCTION] « s'il y a eu violation, la conduite



scale”: Ruling, at para. 54. She also found that the police acted in good faith:

Sgt. Hicks and later Abdel-Malik and Nicol believed that they were acting within their powers of search incident to arrest at the time they looked into the contents. To date, there is no clear binding jurisprudence that would have directed the police to treat the cell phone in any way other than they did upon arrest. Detective Nicol applied for and obtained a warrant to do a comprehensive search and download of the phone six months after the initial searches with those searches fully disclosed in the information to obtain. He did this after learning about a case, subsequent to the searches on July 26 and 27, 2009, that ruled that he should get a warrant to have the Technological Crime Lab search and download the information stored in the cell phone. [*ibid.*]

[93] The trial judge’s summary of the state of the law at the time of the search is a fair one, in my view. At the time, the decision most favourable to the appellant’s position was that of the Ontario Superior Court of Justice in *Polius*, but it was issued only slightly more than a month before the search and it contemplated “cursory” searches of cell phones incident to arrest: paras. 39 ff. (I note that *R. v. Finnikin*, 2009 CanLII 82187 (Ont. S.C.J.), to which the trial judge referred, was decided several months after the search in this case.) As the trial judge pointed out, there were cases at the time approving cell phone searches incident to arrest. In fact, it is fair to say that this was the dominant view at the time of the arrest. The Court of Appeal’s unanimous decision upholding the legality of the search in this case supports the conclusion that the officer’s view of the law was reasonable. The officer’s subsequent conduct in obtaining the warrant which fully disclosed the earlier searches supports the trial judge’s conclusion that the police acted in good faith.

reprochée n’était pas des plus graves » : décision, par. 54. Elle a également conclu que les policiers avaient agi de bonne foi :

[TRADUCTION] Le sergent Hicks et, plus tard, les détectives Abdel-Malik et Nicol, croyaient agir conformément à leurs pouvoirs de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation au moment où ils ont regardé le contenu du téléphone. À ce jour, aucun précédent jurisprudentiel clair et contraignant n’aurait incité les policiers à traiter le téléphone cellulaire autrement que de la façon dont ils l’ont fait après l’arrestation. Le détective Nicol a demandé et obtenu un mandat en vue de procéder à une fouille et à un téléchargement complet du téléphone six mois après les fouilles initiales, et les détails de ces fouilles étaient entièrement exposés dans la dénonciation en vue d’obtenir le mandat. Il a fait cette demande après avoir eu connaissance d’une décision, subséquente aux fouilles des 26 et 27 juillet 2009, dans laquelle on avait conclu que les policiers devaient obtenir un mandat avant que le laboratoire des crimes technologiques ne puisse fouiller et télécharger les données stockées dans un téléphone cellulaire. [*ibid.*]

[93] Je suis d’avis que le résumé qu’a fait la juge du procès de l’état du droit au moment de l’arrestation est juste. À ce moment-là, la décision la plus favorable à la thèse de l’appelant était celle de la Cour supérieure de justice de l’Ontario dans *Polius*, mais elle n’a été rendue qu’un peu plus d’un mois avant la fouille et visait des fouilles « sommaires » de téléphones cellulaires effectuées accessoirement à l’arrestation : par. 39 et suiv. (Je remarque que la décision *R. c. Finnikin*, 2009 CanLII 82187 (C.S.J. Ont.), à laquelle la juge du procès a fait allusion, a été rendue plusieurs mois après la fouille en l’espèce.) Comme l’a signalé la juge du procès, certaines décisions à l’époque approuvaient les fouilles accessoires à l’arrestation à l’égard de téléphones cellulaires. En fait, il est juste de dire qu’il s’agissait de l’opinion dominante au moment de l’arrestation. La décision de la Cour d’appel confirmant à l’unanimité la légalité de la fouille en l’espèce étaye la conclusion que l’interprétation du droit par le policier était raisonnable. Le fait que le policier ait subséquemment obtenu le mandat détaillant les fouilles effectuées précédemment étaye la conclusion de la juge du procès selon laquelle les policiers avaient agi de bonne foi.

[94] Of course, the police cannot choose the least onerous path whenever there is a gray area in the law. In general, faced with real uncertainty, the police should err on the side of caution by choosing a course of action that is more respectful of the accused's potential privacy rights. But here, if the police faced a gray area, it was a very light shade of gray, and they had good reason to believe, as they did, that what they were doing was perfectly legal.

[95] In my view, the first factor favours admission of the evidence. There is not here even a whiff of the sort of indifference on the part of the police to the suspect's rights that requires a court to disassociate itself from that conduct. The police simply did something that they believed on reasonable grounds to be lawful and were proven wrong, after the fact, by developments in the jurisprudence. That is an honest mistake, reasonably made, not state misconduct that requires exclusion of evidence.

[96] The second factor concerns the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused. Any search of any cell phone has the potential to be a very significant invasion of a person's informational privacy interests. But, in the particular circumstances of this case, the trial judge found, in effect, that Mr. Fearon had not established that the invasion of his privacy had been particularly grave. This conclusion is supported by the fact that Mr. Fearon did not challenge the warrant that was subsequently issued for the comprehensive search of the cell phone. This amounts to a concession that, even if the findings of the initial search were excised from the information to obtain that warrant, reasonable and probable grounds were still made out. As the trial judge noted, "[t]he unchallenged warrant mitigates against both the seriousness of the assumed earlier breach and the impact on [Mr. Fearon's] *Charter*-protected interests": Ruling, at para. 54. So we are not here concerned with a search that could not have been legally conducted at all. Mr. Fearon's privacy interests were going to be impacted one way or the

[94] Bien entendu, les policiers ne peuvent prendre le moyen le moins compliqué lorsque le droit comporte une zone grise. En général, lorsqu'ils sont vraiment incertains, les policiers devraient redoubler de prudence en optant pour une ligne de conduite qui est plus respectueuse des droits que l'accusé pourrait avoir en matière de respect de la vie privée. Mais en l'espèce, si les policiers se trouvaient dans une zone grise, cette nuance de gris était très subtile, et ils avaient de bonnes raisons de croire que les mesures prises étaient parfaitement légales.

[95] À mon avis, le premier facteur favorise l'admission des éléments de preuve. En l'espèce, il n'y a pas même eu, de la part des policiers, une ombre d'indifférence envers les droits du suspect qui exigerait du tribunal qu'il se dissocie de cette conduite. Les policiers ont simplement pris des mesures qu'ils croyaient raisonnablement légales et, ultérieurement, l'évolution de la jurisprudence a prouvé qu'ils avaient eu tort. Il s'agit d'une erreur honnête, commise raisonnablement, et non d'une inconduite de l'État qui exige l'exclusion des éléments de preuve.

[96] Le deuxième facteur concerne l'incidence de la violation sur les intérêts de l'accusé que protège la *Charte*. Toute fouille d'un téléphone cellulaire risque de constituer une atteinte très importante à l'intérêt que porte une personne à la protection du caractère privé des renseignements qu'il contient. Or, dans les circonstances précises de l'espèce, le juge du procès a conclu, en fait, que M. Fearon n'avait pas établi que l'atteinte à sa vie privée était particulièrement grave. Cette conclusion est étayée par le fait que M. Fearon n'a pas contesté le mandat qui a été subséquemment décerné relativement à la fouille complète du téléphone cellulaire. Ainsi, il reconnaît que même si les découvertes résultant de la fouille initiale étaient retirées de la dénonciation en vue d'obtenir le mandat, il existerait toujours des motifs raisonnables et probables. Comme l'a fait remarquer le juge du procès, [TRADUCTION] « [l]e mandat non contesté atténue tant la gravité de la présumée violation antérieure que l'incidence de la fouille sur les intérêts de [M. Fearon] que protège la *Charte* » : décision, par. 54. Ainsi, il ne s'agit pas en l'espèce d'une fouille qui n'aurait pas

other, and the particular breach of his s. 8 rights in this case did not significantly change the nature of that impact: see, e.g., *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 84. While this factor favours exclusion, it does so weakly.

[97] The final factor is society’s interest in the adjudication of the case on its merits. The evidence here is cogent and reliable. As the trial judge found, its exclusion “would undermine the truth seeking function of the justice system”: Ruling, at para. 55. This factor favours admission.

[98] I conclude that the evidence should not be excluded.

#### IV. Disposition

[99] I would dismiss the appeal.

The reasons of LeBel, Abella and Karakatsanis JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting) —

##### I. Introduction

[100] We live in a time of profound technological change and innovation. Developments in mobile communications and computing technology have revolutionized our daily lives. Individuals can, while walking down the street, converse with family on the other side of the world, browse vast stores of human knowledge and information over the Internet, or share a video, photograph or comment about their experiences with a legion of friends and followers.

[101] The devices which give us this freedom also generate immense stores of data about our movements and our lives. Ever-improving GPS

pu être effectuée légalement. Il y aurait eu d’une façon ou d’une autre une incidence sur les intérêts de M. Fearon en matière de respect de sa vie privée, et la violation précise de ses droits garantis par l’art. 8 n’a pas changé considérablement la nature de cette incidence : voir, p. ex., *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 84. Bien que ce facteur milite en faveur de l’exclusion, il ne le fait pas de façon convaincante.

[97] Le dernier facteur est l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond. Les éléments de preuve en l’espèce sont convaincants et fiables. Comme l’a conclu la juge du procès, leur exclusion [TRADUCTION] « minerait la fonction de recherche de la vérité du système de justice » : décision, par. 55. Ce facteur favorise l’admissibilité.

[98] Je conclus que les éléments de preuve ne devraient pas être écartés.

#### IV. Dispositif

[99] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges LeBel, Abella et Karakatsanis rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) —

##### I. Introduction

[100] Nous vivons à une époque de constantes innovations et de profonds changements techniques. Les progrès réalisés dans les domaines des communications sans fil et de l’informatique ont révolutionné notre vie de tous les jours. En déambulant dans la rue, les gens peuvent converser avec des membres de leur famille qui se trouvent de l’autre côté du globe, consulter sur Internet un vaste bassin de connaissances humaines et d’informations, ou encore partager avec une multitude d’amis et d’abonnés une vidéo, une photo ou un commentaire relativement à leurs expériences.

[101] Les appareils qui nous offrent cette liberté génèrent aussi d’énormes quantités de données sur nos déplacements et nos vies. La technologie de

technology even allows these devices to track the locations of their owners. Private digital devices record not only our core biographical information but our conversations, photos, browsing interests, purchase records, and leisure pursuits. Our digital footprint is often enough to reconstruct the events of our lives, our relationships with others, our likes and dislikes, our fears, hopes, opinions, beliefs and ideas. Our digital devices are windows to our inner private lives.

[102] Therefore, as technology changes, our law must also evolve so that modern mobile devices do not become the telescreens of George Orwell's *1984*. In this appeal, we are asked to decide when police officers are entitled to search a mobile phone found in the possession or vicinity of an accused person upon arrest. Because this new technology poses unique threats to peoples' privacy, we must turn to first principles to determine the appropriate response.

[103] An individual's right to a private sphere is a hallmark of our free and democratic society. This Court has recognized that privacy is essential to human dignity, to democracy, and to self-determination. Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protects the right to be free from *unreasonable* search and seizure. In defining the contours of a *reasonable* search, the law balances legitimate state interests, including safety and securing evidence in law enforcement, with the privacy interests of individuals. This balance generally requires judicial pre-authorization for a search, and a warrantless search is *prima facie* unreasonable.

géolocalisation (GPS) toujours plus perfectionnée permet même de suivre les déplacements des propriétaires d'un appareil muni d'un système GPS. Les appareils numériques personnels enregistrent non seulement nos renseignements biographiques, mais aussi nos conversations, nos photos, les sites sur le Web qui nous intéressent, les données concernant nos achats ainsi que nos loisirs. Notre empreinte numérique est souvent suffisante pour reconstituer les événements de notre vie, nos relations avec les autres, nos goûts et nos aversions, nos craintes, nos espoirs, nos opinions, nos croyances et nos idées. Nos appareils numériques sont en quelque sorte des fenêtres sur notre vie privée intérieure.

[102] En conséquence, au fur et à mesure qu'évoque la technologie, le droit doit lui aussi évoluer afin que les appareils portables ne deviennent pas les « télécrans » du roman *1984* de George Orwell. Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à décider dans quelles circonstances les policiers sont autorisés à fouiller un téléphone cellulaire trouvé en la possession ou à proximité d'un accusé lors de son arrestation. Comme cette nouvelle technologie présente des dangers uniques pour la vie privée des citoyens, il est nécessaire d'examiner les principes de base en la matière afin de trouver la réponse appropriée.

[103] Le droit des gens à une sphère privée est une caractéristique principale de notre société libre et démocratique. Notre Cour a reconnu que la vie privée constitue un aspect essentiel de la dignité humaine, de la démocratie et de l'autodétermination. L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à chacun le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies *abusives*. Pour bien délimiter les contours d'une fouille *non abusive*, le droit met en équilibre les intérêts légitimes de l'État — notamment assurer la sécurité et recueillir des éléments de preuve aux fins d'application de la loi — et ceux des individus au respect de leur vie privée. Cette mise en équilibre exige généralement que les autorités obtiennent au préalable l'autorisation des tribunaux avant de procéder à une fouille, et une fouille exécutée sans mandat est donc à première vue abusive.

[104] Nonetheless, our law recognizes that pre-authorization is not always feasible, such as when a search is reasonably necessary to effect an arrest. For this reason, the police have a limited power to search lawfully arrested individuals and their immediate vicinity. However, this police power does not extend to searches which encroach on the arrested person's most private spheres — searches of the home, or the taking of bodily samples. In my view, searches of personal digital devices risk similarly serious encroachments on privacy and are therefore not authorized under the common law power to search incident to arrest.

[105] The intensely personal and uniquely pervasive sphere of privacy in our personal computers requires protection that is clear, practical and effective. An overly complicated template, such as the one proposed by the majority, does not ensure sufficient protection. Only judicial pre-authorization can provide the effective and impartial balancing of the state's law enforcement objectives with the privacy interests in our personal computers. Thus, I conclude that the police must obtain a warrant before they can search an arrested person's phone or other personal digital communications device. Our common law already provides flexibility where there are exigent circumstances — when the safety of the officer or the public is at stake, or when a search is necessary to prevent the destruction of evidence.

[106] In this case, the appellant was arrested in connection with an armed robbery. Upon arrest, the police searched his cell phone and discovered incriminating evidence. The police had no grounds to suspect there was an imminent threat to safety

[104] Néanmoins, notre droit reconnaît que l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable n'est pas toujours possible en pratique, par exemple lorsque la fouille est raisonnablement nécessaire pour procéder à une arrestation. Pour cette raison, les policiers disposent d'un pouvoir limité qui leur permet de fouiller une personne arrêtée légalement et son environnement immédiat. Cependant, ce pouvoir ne permet pas les fouilles qui empiètent sur les zones les plus privées de la sphère d'intimité de la personne arrêtée — les perquisitions à son domicile ou les prélèvements d'échantillons de substances corporelles. À mon avis, les fouilles d'appareils numériques personnels risquent d'entraîner des empiètements tout aussi graves sur la vie privée et elles ne sont en conséquence pas autorisées en vertu du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation que reconnaît la common law.

[105] La sphère d'intimité éminemment personnelle — et extrêmement généralisée — dont jouissent les gens à l'égard de leurs ordinateurs personnels commande un régime de protection clair, pratique et effectif. Un régime exagérément complexe, tel celui que propose la majorité, n'assure pas une protection suffisante. Seul un régime d'autorisation judiciaire préalable permet de réaliser une mise en équilibre effective et impartiale des objectifs de l'État en matière d'application de la loi et des intérêts des gens au respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs ordinateurs personnels. Par conséquent, j'arrive à la conclusion que les policiers doivent obtenir un mandat avant de pouvoir fouiller le téléphone ou un autre appareil de communication numérique personnel d'une personne arrêtée. Nos règles de common law accordent déjà aux policiers la souplesse dont ils ont besoin lorsque l'urgence de la situation exige qu'ils agissent sans mandat — lorsque la sécurité de l'agent ou du public est en jeu, ou lorsqu'une fouille est nécessaire pour empêcher la destruction d'éléments de preuve.

[106] En l'espèce, l'appelant a été arrêté relativement à un vol à main armée. Lors de son arrestation, les policiers ont fouillé son téléphone cellulaire et y ont découvert des éléments de preuve incriminants. Ils n'avaient à ce moment aucun motif de



and no grounds to believe there was an imminent risk of the destruction of evidence. Consequently, I conclude that the search was unreasonable and unconstitutional. The police were required to obtain a warrant before searching the phone, although they were entitled to seize the phone pending an application for a warrant. I would exclude the evidence so obtained.

## II. Facts

[107] Kevin Fearon was arrested in connection with the armed robbery of jewellery at a market in Toronto in July 2009. A pat-down search by police, incident to arrest, revealed a cell phone in Fearon's pocket. The phone was not locked, and an arresting officer accessed its text messages and photographs, including a photograph of a gun. That evening, the phone was examined by another officer, who discovered an unsent text message reading "We did it were the jewlery at nigga burrrrrrrrrrr" (trial judge's ruling on cell phone searches, 2010 ONCJ 645 (CanLII), at para. 24 (Ruling)). The officer saved the message and checked the cell phone four more times throughout the night.

[108] In early 2010, the officers came to believe a warrant was required in order to submit the phone to the Technological Crime Unit and download its contents. They therefore sought a warrant, which was granted in February 2010. Apart from the photograph and unsent text found shortly after the arrest, no further incriminating evidence was found during the subsequent examination.

[109] At trial, Fearon unsuccessfully argued that the warrantless search of the cell phone constituted an unreasonable search and seizure in violation of

souçonner l'existence d'une menace imminente à la sécurité ni aucun motif de croire qu'il existait un risque imminent que des éléments de preuve soient détruits. En conséquence, je conclus que la fouille était abusive et inconstitutionnelle. Les policiers étaient tenus d'obtenir un mandat avant de fouiller le téléphone, mais ils étaient néanmoins autorisés à saisir l'appareil en attendant qu'une demande de mandat soit tranchée. J'écarterais les éléments de preuve obtenus par suite de la fouille.

## II. Faits

[107] Kevin Fearon a été arrêté relativement à un vol à main armée commis dans une bijouterie, dans un marché à Toronto en juillet 2009. Par suite d'une fouille par palpation exécutée accessoirement à l'arrestation, les policiers ont découvert un téléphone cellulaire dans la poche de M. Fearon. Le téléphone n'étant pas verrouillé, un des agents ayant procédé à l'arrestation a consulté les messages texte et les photos qu'il contenait, notamment la photo d'une arme à feu. Le soir même, le téléphone a été examiné par un autre policier, qui a découvert un message texte non envoyé, rédigé en ces termes : « *We did it were the jewlery at nigga burrrrrrrrrrr* » ([TRADUCTION APPROXIMATIVE] « On l'a fait, où sont les bijoux, nègre burrrrrrrrrrr ») (décision de la juge du procès relative aux fouilles du téléphone cellulaire, 2010 ONCJ 645 (CanLII), par. 24 (décision)). L'agent a sauvegardé le message et a vérifié le téléphone cellulaire à quatre autres reprises au cours de la nuit.

[108] Au début de 2010, les policiers ont estimé qu'un mandat était requis pour envoyer le téléphone au service des crimes technologiques et télécharger son contenu. Ils ont donc demandé un mandat, qui leur a été accordé en février 2010. Mis à part la photo et le message texte non envoyé découverts peu après l'arrestation, aucun autre élément de preuve incriminant n'a été trouvé durant l'examen subséquent.

[109] Au procès, M. Fearon a fait valoir sans succès que la fouille sans mandat du téléphone cellulaire avait constitué une fouille et une saisie

s. 8 of the *Charter*. Oleskiw J. held that the officers had a reasonable prospect of securing evidence of the offence when they searched the phone, as required by this Court's decision in *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 22, and the search was therefore reasonable. The trial judge concluded that, while the information in a cell phone is private, the information in this particular cell phone was not sufficiently connected to the dignity of the person for the court to create an exception to the power to search incidental to arrest. The evidence was admitted, and Fearon was ultimately convicted of armed robbery and related offences.

[110] Fearon appealed to the Ontario Court of Appeal, in part on the basis that the search of his cell phone incident to arrest was in violation of s. 8. The court concluded that the initial search by the arresting officer was within the ambit of the power to search incidental to arrest. The cell phone was not password-protected or otherwise "locked" and the police officers had a reasonable belief that they might find relevant evidence. While the court considered that the subsequent searches of the cell phone at the police station that evening may have gone beyond the power to search incidental to arrest, they found no palpable and overriding error with the trial judge's conclusion.

[111] The court declined to create an exception to the power of search incidental to arrest with respect to cell phones. They concluded that such an exception would mark a significant departure from the existing state of the law on a record that does not suggest it is necessary. They considered it particularly significant that the cell phone was not password-protected or otherwise "locked", and suggested that it would not have been appropriate to

abusives contrevenant à l'art. 8 de la *Charte*. La juge Oleskiw a conclu que les policiers avaient des chances raisonnables de découvrir des éléments de preuve de l'infraction lorsqu'ils ont fouillé le téléphone, comme l'exige l'arrêt de notre Cour *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 22, et que la fouille n'était par conséquent pas abusive. De l'avis de la juge, bien que les données se trouvant dans un téléphone cellulaire aient un caractère privé, celles que renfermait ce téléphone précis ne se rattachaient pas suffisamment à la dignité de la personne pour que le tribunal soit justifié de créer une exception au pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation. Les éléments de preuve ont été admis, et M. Fearon a en définitive été déclaré coupable de vol qualifié perpétré avec une arme et d'infractions connexes.

[110] Monsieur Fearon a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, en partie pour le motif que la fouille de son téléphone cellulaire effectuée accessoirement à l'arrestation contrevenait à l'art. 8. La Cour d'appel a jugé que la fouille initiale par l'agent ayant procédé à l'arrestation entrainait dans le champ d'application du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation. Le téléphone n'était pas protégé par un mot de passe ni [TRADUCTION] « verrouillé » de quelque autre façon, et les policiers possédaient des motifs raisonnables de croire qu'ils pourraient y trouver des éléments de preuve pertinents. Bien que la Cour d'appel ait considéré que les fouilles subséquentes du téléphone effectuées au poste de police ce soir-là pouvaient avoir excédé le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation, elle n'a relevé aucune erreur manifeste et dominante dans la conclusion tirée par la juge de première instance.

[111] La Cour d'appel a refusé de créer, à l'égard des téléphones cellulaires, une exception au pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation. Une telle exception aurait représenté selon elle un changement important à l'état actuel du droit, et ce, sur la base d'un dossier qui ne démontrait pas la nécessité d'un tel changement. La cour a considéré comme particulièrement significatif le fait que le téléphone n'était pas protégé par un mot de passe

search a locked phone without a warrant. The court dismissed the appeal.

### III. Analysis

#### A. *Privacy and the Power to Search Incident to Arrest*

[112] Our *Charter* jurisprudence recognizes the concept of a “sphere of privacy” to define the proper limits of state authority in a free and democratic society. It recognizes that privacy — a sphere of protection for private life — is essential to personal freedom and dignity (see *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 16). Privacy gives us a safe zone in which to explore and develop our identities and our potential both as individuals and as participants in our society.

[113] On our digital devices, we may choose to investigate an idea on the Internet without wishing to attach ourselves to it. We may take pictures in the context of an intimate relationship, but not wish that these pictures be seen by others and redefine our public image. We may debate controversial ideas through text message or email, but not intend to commit to the opinions expressed.

[114] Individuals should be free to choose the audiences with whom they share their ideas, habits, experiments and movements. We should be free to act, think, feel, and ponder outside the public gaze.<sup>1</sup> We should feel free to take actions that may

<sup>1</sup> Professor L. M. Austin casts this freedom as the “capacity for self-presentation”: “Control Yourself, or at Least Your Core Self” (2010), 30 *Bull. Sci. Tech. & Soc.* 26.

ou [TRADUCTION] « verrouillé » de quelque autre façon, indiquant qu’il n’aurait pas été approprié de fouiller sans mandat un téléphone verrouillé. La Cour d’appel a rejeté l’appel.

### III. Analyse

#### A. *La vie privée et le pouvoir de fouille accessoire à l’arrestation*

[112] Notre jurisprudence relative à la *Charte* reconnaît le concept de « sphère d’intimité » lorsqu’elle définit les limites auxquelles doit être assujéti le pouvoir de l’État dans une société libre et démocratique. Elle reconnaît que la protection de la vie privée — une sphère à l’intérieur de laquelle la vie privée est protégée — est essentielle à la liberté et à la dignité de la personne (voir *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 16). La protection dont jouit la vie privée a pour effet d’établir en notre faveur une zone sûre, où nous pouvons explorer et développer notre identité et notre potentiel à la fois comme personne et comme membre de la société.

[113] Il est possible que, au moyen de nos appareils numériques, nous décidions d’examiner une idée sur Internet sans pour autant vouloir être associés à cette idée. Il nous est possible de prendre des photos dans le contexte d’une relation intime, sans pour autant souhaiter que celles-ci soient vues par d’autres personnes et redéfinissent notre image publique. Il nous est également possible de débattre d’idées controversées par messagerie texte ou par courriel, sans avoir l’intention d’adhérer aux opinions exprimées.

[114] Toute personne devrait être libre de choisir à qui elle fait part de ses idées, de ses habitudes, de ses expériences et de ses déplacements. Nous devrions être libres d’agir, de penser, de ressentir et de réfléchir à l’abri du regard du public<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La professeure L. M. Austin décrit cette liberté comme la [TRADUCTION] « capacité d’une personne de se présenter elle-même » : « Control Yourself, or at Least Your Core Self » (2010), 30 *Bull. Sci. Tech. & Soc.* 26.

elicit negative reactions, or which may be inherently “incompatible with . . . putting on a public face”: L. Austin, “Privacy and the Question of Technology” (2003), 22 *Law & Phil.* 119, at p. 146, citing T. Nagel, “Concealment and Exposure” (1998), 27 *Phil. & Publ. Aff.* 3, at pp. 18-20. But individuals would fear to do these things if there were no private arena; no place for connections shared only between intimately connected people; no controversial discussion and debate. As Professor Austin argues, at pp. 146-47, we need this private space in order to grow as distinct individuals, and in order to have an “authentic inner life and intimate relationships”.

[115] A private inner life is essential to the autonomous individual that forms the basis of a free and democratic society as envisioned by the *Charter*. Privacy is a shield for autonomy and freedom, both for their own sake, and because they are prerequisites for our social and political structures.

[116] This Court has recognized both the intrinsic value of privacy and the importance of privacy to the fulfillment of other *Charter* rights and values. La Forest J. summarized this dual role in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28:

Grounded in man’s physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state.

More recently, in *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 15, Cromwell J. wrote that privacy is “a prerequisite to individual security, self-fulfilment and autonomy as well as to the maintenance of a thriving democratic society”.

Nous devrions nous sentir libres d’accomplir des actes qui pourraient susciter des réactions négatives ou être intrinsèquement [TRADUCTION] « incompatibles avec [. . .] l’image publique que l’on souhaite projeter » : L. Austin, « Privacy and the Question of Technology » (2003), 22 *Law & Phil.* 119, p. 146, citant T. Nagel, « Concealment and Exposure » (1998), 27 *Phil. & Publ. Aff.* 3, p. 18-20. Cependant, les gens craindraient de faire toutes ces choses s’il n’existait pas d’espace privé, d’endroit permettant d’échanger uniquement entre personnes intimement liées ou d’avoir des discussions et des débats controversés. Comme l’affirme la professeure Austin, aux p. 146-147, nous avons besoin d’un tel espace privé pour croître en tant qu’individus distincts, et pour avoir « une vie intérieure et des relations intimes authentiques ».

[115] Une vie intérieure privée est essentielle à la formation des individus autonomes qui représentent les assises de la société libre et démocratique envisagée par la *Charte*. La protection de la vie privée sert de rempart pour les valeurs d’autonomie et de liberté, tant pour ces valeurs elles-mêmes que parce que celles-ci constituent des conditions indispensables de nos structures sociales et politiques.

[116] La Cour a reconnu la valeur intrinsèque de la vie privée ainsi que son importance pour l’épanouissement d’autres droits et valeurs consacrés par la *Charte*. Le juge La Forest a résumé ainsi ce double rôle dans *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428 :

Fondée sur l’autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l’ordre public. L’interdiction qui est faite au gouvernement de s’intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l’essence même de l’État démocratique.

Plus récemment, dans *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 15, le juge Cromwell a écrit que la vie privée constitue « une condition préalable à la sécurité individuelle, à l’épanouissement personnel et à l’autonomie ainsi qu’au maintien d’une société démocratique prospère ».

[117] This Court has also pronounced on the dangers of putting “its *imprimatur*” on practices tending to give individuals reason to fear arbitrary or unjustified intrusions upon their privacy. The *threat* of unreasonable intrusions on privacy (and not only the unreasonable intrusion itself) is enough to undermine the values served by privacy. In *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 54, La Forest J. adopted the words of Harlan J., dissenting, in *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971), at pp. 787-88:

Authority is hardly required to support the proposition that words would be measured a good deal more carefully and communication inhibited if one suspected his conversations were being transmitted and transcribed. Were third-party bugging a prevalent practice, it might well smother that spontaneity — reflected in frivolous, impetuous, sacrilegious, and defiant discourse — that liberates daily life. Much off-hand exchange is easily forgotten and one may count on the obscurity of his remarks, protected by the very fact of a limited audience, and the likelihood that the listener will either overlook or forget what is said, as well as the listener’s inability to reformulate a conversation without having to contend with a documented record.

[118] As this Court noted in *Duarte*, Canadians value “the right to live in reasonable security and freedom from surveillance, be it electronic or otherwise. And it has long been recognized that this freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society” (p. 53). Our personal autonomy includes our right to determine when, how, and to what extent we release personal information (p. 46).

[119] Section 8 of the *Charter* provides constitutional protection for privacy. It recognizes the right to be “secure against unreasonable search or seizure”. Of course, interests protected by the *Charter* are not absolute, and only *unreasonable* searches and seizures are prohibited; thus, the protection strikes a balance between the public interest in effective law enforcement and society’s interest in

[117] La Cour s’est également prononcée sur les dangers de donner « son *imprimatur* » à des pratiques qui tendent à faire naître chez les gens des raisons de craindre des atteintes arbitraires ou injustifiées à leur vie privée. Une *menace* d’atteintes abusives à la vie privée (et non pas seulement les atteintes abusives elles-mêmes) suffit pour miner les valeurs soutenues par la vie privée. Dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 54, le juge La Forest a fait siens les propos exprimés en dissidence par le juge Harlan dans *United States c. White*, 401 U.S. 745 (1971), p. 787-788 :

[TRADUCTION] C’est l’évidence même que l’on pèserait bien davantage ses mots et que la communication en serait gênée si l’on soupçonnait que les conversations étaient transmises et transcrites. Si l’écoute électronique par des tiers était une pratique répandue, elle pourrait étouffer cette spontanéité — reflétée dans les propos frivoles, vifs, sacrilèges et provocants — qui est la manifestation de la liberté dans la vie quotidienne. Bien des choses qui se disent au hasard d’une conversation s’oublent vite et chacun compte sur l’obscurité de ses remarques, protégée par le fait même de son auditoire restreint, par la probabilité que son auditeur oublie ce qui a été dit ou n’en tiendra pas compte, ainsi que par l’incapacité de l’auditeur de reconstituer une conversation, sans pouvoir se reporter à des notes écrites.

[118] Comme l’a souligné notre Cour dans *Duarte*, les Canadiens tiennent au « droit de vivre avec une mesure raisonnable de protection contre la surveillance électronique ou autre. Il est d’ailleurs reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d’une société libre » (p. 53). Notre autonomie personnelle inclut le droit de déterminer quand, comment et dans quelle mesure diffuser des renseignements personnels (p. 46).

[119] L’article 8 de la *Charte* accorde la protection de la Constitution à la vie privée. Il reconnaît à chacun le droit à « la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Bien entendu, les droits garantis par la *Charte* ne sont pas absolus et seules les fouilles, perquisitions et saisies *abusives* sont interdites; en conséquence, cette protection établit un équilibre entre l’intérêt



protecting privacy. As Dickson J. wrote in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60:

This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that 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.

[120] *Hunter v. Southam Inc.* established that, when feasible, there must be prior judicial authorization of a search. A warrantless search is *prima facie* unconstitutional, and the onus is on the Crown to establish the reasonableness of the search. The search will be *reasonable* under s. 8 if it is authorized by law; if the law itself is reasonable, and if the search is executed in a reasonable manner (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278). The issue in this case is whether a warrantless search of a cell phone, incident to arrest, is *authorized by law*.

[121] A search may be authorized by a common law police power if it is reasonably necessary to the execution of a recognized police duty, in light of all the circumstances (*R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at paras. 39-40; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725, at paras. 21 and 29). This Court has long recognized that police officers have a common law power to conduct a search of the individual and the immediate surroundings, as an incident to arrest (*Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at pp. 180-82). This limited power was born of necessity, in order to secure an arrest. In *Cloutier*, this Court recognized that it will often be necessary to perform a “pat-down” or “frisk” search (1) to ensure the safety of the police, the public and the accused, and (2) to preserve evidence (pp. 182 and 186). A warrant will often not be feasible to respond to these purposes. In *Caslake*, this Court

du public à ce que la loi soit appliquée efficacement et l’intérêt qu’a la société à protéger la vie privée. Comme l’a écrit le juge Dickson dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160 :

Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu’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.

[120] L’arrêt *Hunter c. Southam Inc.* a établi que, lorsque la chose est possible en pratique, les fouilles doivent faire l’objet d’une autorisation judiciaire préalable. Une fouille sans mandat est à première vue inconstitutionnelle, et il incombe au ministère public d’établir qu’elle n’est pas abusive. La fouille ne sera pas considérée comme *abusive* au regard de l’art. 8 si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée de manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278). Dans la présente affaire, il s’agit de décider si une fouille sans mandat d’un téléphone cellulaire, effectuée accessoirement à une arrestation, est *autorisée par la loi*.

[121] Une fouille peut être autorisée par un pouvoir que confère la common law aux policiers si elle est raisonnablement nécessaire à l’accomplissement d’un devoir policier reconnu, compte tenu de l’ensemble des circonstances (*R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 39-40; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725, par. 21 et 29). La Cour reconnaît depuis longtemps que les policiers disposent, en vertu de la common law, du pouvoir de fouiller accessoirement à l’arrestation la personne visée et les environs immédiats (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 180-182). Ce pouvoir limité découlait d’une nécessité de pouvoir procéder en sécurité à une arrestation. Dans *Cloutier*, la Cour a reconnu qu’il est souvent nécessaire d’effectuer une fouille « par palpation » ou « sommaire » (1) pour assurer la sécurité des policiers, du public et de l’accusé et (2) pour préserver des éléments de

highlighted the third law enforcement purpose that may justify a search connected to the arrest: (3) the discovery of evidence which can be used at trial (para. 19).

[122] The power to search incident to arrest evolved as a common law exception to the general requirement of judicial pre-authorization. It permits the physical search of items in the possession of the accused and authorizes searches that are reasonably necessary to conduct the arrest. Thus, a warrantless search is justified when the immediate needs of law enforcement authorities outweigh the individual's privacy interest (*Caslake*, at para. 17).

[123] Consistent with the balancing inherent in a s. 8 analysis, subsequent cases have recognized that a heightened privacy interest in a place or a piece of information may tilt the balance in favour of protecting privacy and preclude a search incident to arrest. In *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 159, this Court concluded that the heightened privacy interest in the home weighs against warrantless arrests in dwelling houses. In *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743, at pp. 756-57, Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal applied this reasoning to conclude that searches of the home incident to arrest are generally prohibited because the privacy interest in the home outweighs the state interest in performing a warrantless search, barring exceptional circumstances. Similarly, in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at paras. 49-50, this Court concluded that the warrantless taking of bodily samples including hair samples and teeth impressions following arrest was unlawful.

preuve (p. 182 et 186). Mais bien souvent, il ne sera pas possible en pratique de demander et d'obtenir un mandat pour satisfaire à ces objectifs. Dans *Caslake*, notre Cour a fait état d'un troisième objectif lié à l'application de la loi qui est susceptible de justifier une fouille liée à l'arrestation : (3) la découverte d'éléments de preuve qui pourront être utilisés au procès (par. 19).

[122] Le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation s'est développé, en common law, comme une exception à la règle générale exigeant une autorisation judiciaire préalable. Il permet la fouille matérielle d'objets en la possession de l'accusé, en plus d'autoriser les fouilles qui sont raisonnablement nécessaires pour pouvoir procéder à l'arrestation. Une fouille sans mandat est donc justifiée quand les besoins immédiats des autorités chargées d'appliquer la loi l'emportent sur l'intérêt de la personne en cause au respect de sa vie privée (*Caslake*, par. 17).

[123] Conformément à la mise en équilibre que requiert intrinsèquement l'analyse fondée sur l'art. 8, des arrêts ultérieurs ont reconnu qu'un intérêt élevé au respect de la vie privée à l'égard d'un lieu ou d'un élément d'information peut faire pencher la balance en faveur de la protection de la vie privée et empêcher une fouille accessoire à l'arrestation. Dans l'arrêt *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 159, la Cour a statué que l'intérêt élevé des citoyens au respect de leur vie privée dans leur domicile milite contre les arrestations sans mandat dans les maisons d'habitation. Dans *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743, p. 756-757, le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué ce raisonnement et conclu que les perquisitions effectuées accessoirement à une arrestation au domicile d'une personne sont généralement interdites parce que, sauf circonstances exceptionnelles, l'intérêt d'un citoyen au respect de sa vie privée à cet endroit l'emporte sur l'intérêt de l'État à effectuer une fouille sans mandat. De même, dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 49-50, la Cour a jugé qu'il est illégal de prélever sans mandat, à la suite d'une arrestation, des échantillons de substances corporelles, par exemple des cheveux et des poils ainsi que des empreintes dentaires.

[124] The key principle emerging from this jurisprudence is that the law enforcement interests in ensuring safety, preserving evidence, and gathering evidence on arrest will generally outweigh the privacy interest that an arrested person has in the physical items in his immediate vicinity, justifying a search incident to arrest. But where the underlying assumptions change — be it due to the exigencies of law enforcement or the privacy interest impacted by the search — the constitutional balance must be reassessed.

[125] This case examines whether the police power to search incident to arrest includes a power to search a cell phone or other digital device. Because the privacy interest in such a device is quantitatively and qualitatively different from that in other physical items traditionally subject to such searches, this analysis must begin with the consideration of first principles: what constitutes a *Charter* compliant “reasonable” balance between privacy and the needs of law enforcement with respect to the search of cell phones and similar devices incident to arrest. I will first consider the privacy interest in such digital devices, then the law enforcement interest in performing a warrantless search upon arrest, and conclude by discussing the appropriate balance between the two.

#### B. *Privacy Interest in Digital Devices*

[126] All parties agree that individuals have a high expectation of privacy in their cell phones.

[127] However, a cell phone cannot be treated like any other piece of physical evidence that may

[124] Le principe clé qui ressort de cette jurisprudence est que l’intérêt des autorités chargées de l’application de la loi pour ce qui est d’assurer la sécurité, de préserver la preuve et de recueillir des éléments de preuve lors de l’arrestation l’emportera généralement sur l’intérêt que porte la personne arrêtée au respect de sa vie privée à l’égard des objets matériels qui se trouvent dans son environnement immédiat, et justifiera une fouille accessoire à l’arrestation. Toutefois, lorsque les prémisses changent — que ce soit en raison des exigences de l’application de la loi ou de l’intérêt relatif à la vie privée compromis par la fouille — l’équilibre constitutionnel doit être réévalué.

[125] Il s’agit en l’espèce de décider si le pouvoir des policiers d’effectuer une fouille accessoire à une arrestation inclut celui de fouiller un téléphone cellulaire ou un autre appareil numérique. Comme l’intérêt au respect de la vie privée à l’égard d’un tel appareil diffère, sur les plans quantitatif et qualitatif, de celui applicable à d’autres objets matériels qui sont traditionnellement visés par de telles fouilles, la présente analyse commande tout d’abord un examen des principes de base : en quoi consiste un équilibre « raisonnable », conforme à la *Charte*, entre le respect de la vie privée et les exigences de l’application de la loi en ce qui concerne la fouille de téléphones cellulaires et d’appareils semblables effectuée accessoirement à une arrestation? Je vais d’abord examiner l’intérêt au respect de la vie privée applicable à de tels appareils numériques, puis me pencher sur l’intérêt des autorités chargées de l’application de la loi à effectuer une fouille sans mandat lors d’une arrestation. Enfin, je vais conclure par un examen du juste équilibre entre ces deux considérations.

#### B. *Intérêt au respect de la vie privée à l’égard des appareils numériques*

[126] Toutes les parties à l’instance s’entendent pour dire que les citoyens ont des attentes élevées en matière de respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs téléphones cellulaires.

[127] Cependant, un téléphone cellulaire ne saurait être traité comme n’importe quel autre élément

be found on an arrestee and searched incident to arrest. The analogy to a “briefcase” is not apt. In *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 38 and 47, this Court recognized that a computer or cell phone is fundamentally unlike a conventional “receptacl[e]”. The four reasons Cromwell J. identified in that case are equally applicable here.

[128] First, computers and cell phones store immense amounts of information, some of which will be highly private in nature (*Vu*, at para. 41). In the case of a cell phone, this will include private communications in the form of texts and emails, potentially dating back years. The data storage capacity of a phone can vastly exceed what an individual could carry on their person or in a briefcase: thousands of pictures, messages, or videos. When combined in sufficient quantities, even individually mundane pieces of information have the potential to reveal aspects of our most private lives.

[129] Second, computers and cell phones are “fastidious record keeper[s]” (*Vu*, at para. 42). These digital devices can generate records of websites visited, documents read and created, and the details of the uses of almost all programs on the device. Cell phones in particular retain records of messages, both drafted and sent, calls made, and files transmitted and received. The ability of a cell phone to generate an exhaustive record of seemingly trivial aspects of a person’s day-to-day life means that it contains a far more thorough picture of what that person thought, said and did than any conventional form of data storage ever could. Because cell phones record details about so many aspects of our lives that would otherwise disappear, any intrusion into the device compromises our privacy interest in an unprecedented way. Our cell phones, on a daily basis, perform a level of surveillance which can generate and allow access to information ranging from social media communications to personal

de preuve matériel trouvé sur une personne arrêtée et fouillée accessoirement à l’arrestation. L’analogie avec une « mallette » n’est pas appropriée. Dans *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 38 et 47, la Cour a reconnu que les ordinateurs ou les téléphones cellulaires sont fondamentalement différents des « contenants » traditionnels. Les quatre raisons énoncées par le juge Cromwell dans cette affaire s’appliquent tout autant dans la présente affaire.

[128] Premièrement, les ordinateurs et les téléphones cellulaires stockent d’immenses quantités de données, dont certaines sont de nature très privée (*Vu*, par. 41). Dans le cas d’un téléphone cellulaire, ces données peuvent comprendre des communications privées prenant la forme de messages texte et de courriels, communications susceptibles de remonter à de nombreuses années. La capacité de stockage d’un téléphone peut aller bien au-delà de ce qu’une personne peut transporter sur elle-même ou dans une mallette : des milliers de photos, de messages ou de vidéos. Même des éléments anodins individuellement peuvent, lorsque mis ensemble en quantités suffisantes, révéler certains aspects très intimes de notre vie privée.

[129] Deuxièmement, les ordinateurs et les téléphones cellulaires « tien[nen]t les dossiers de façon très méticuleuse » (*Vu*, par. 42). Ces appareils numériques peuvent produire des comptes rendus des sites Web visités, des documents lus et créés, en plus de précisions sur l’utilisation de presque tous les programmes qu’ils contiennent. Les téléphones cellulaires, en particulier, gardent en mémoire les messages — tant ceux rédigés et envoyés que des projets de message —, les appels effectués ainsi que les fichiers transmis et reçus. Le fait qu’un téléphone puisse générer des comptes rendus exhaustifs d’aspects apparemment anodins de la vie quotidienne d’une personne signifie qu’un tel appareil contient une image beaucoup plus complète des pensées, propos et actions de cette personne que ce qu’a pu permettre toute forme traditionnelle de stockage de données jusqu’ici. Étant donné que les téléphones cellulaires enregistrent sur autant d’aspects de notre vie des détails qui autrement

habits, and from tracked news feeds to medication schedules.

[130] As well, digital devices can retain files and data even after users think they have been destroyed (*Vu*, at para. 43). This problem may be even more pronounced with respect to cell phones, on which detailed manipulation of background files can be even more challenging for the average user.

[131] Finally, the limitation inherent in searches incident to arrest — limiting a search to a particular place or item — is not a meaningful restriction, since modern digital devices are portals to vast stores of information that is not “in” the device, but is instead stored on servers, or on third party devices (*Vu*, at para. 44). For example, if a user logs in to an Internet browser on both her home computer and on her cell phone, the browser on the cell phone may contain not just a fastidious record of Internet usage on the cell phone, but also on the home computer. Similarly, social media applications may allow the holder of the cell phone to review messages and information generated by the user on other devices. Emails which have never been sent or read from the cell phone may be accessible through email applications (potentially including those sent many years ago). Files which have never been opened or created on the cell phone may be accessible through applications that allow the user to store files remotely. Moreover, someone examining the device may not be able to identify what is stored remotely.

disparaîtraient, toute intrusion dans ces appareils constitue une atteinte sans précédent à notre vie privée. Quotidiennement, nos téléphones cellulaires documentent à tel point nos activités qu’il est possible d’en tirer un large éventail de données — de nos interventions sur les médias sociaux à nos habitudes alimentaires, des fils de nouvelles que nous suivons aux médicaments que nous consommons.

[130] Également, il arrive que des appareils numériques conservent des fichiers et des données, même après que les utilisateurs croient les avoir détruits (*Vu*, par. 43). Ce problème peut même s’amplifier dans le cas des téléphones cellulaires, du fait que la manipulation fine de fichiers d’arrière-plan peut se révéler encore plus complexe pour l’utilisateur moyen.

[131] Enfin, la limite intrinsèque des fouilles accessoires à une arrestation — à savoir que la fouille se limite à un lieu ou à un objet donné — n’est pas une restriction utile, puisque les appareils numériques modernes constituent des portails donnant accès à de vastes quantités de données qui ne se trouvent pas « dans » l’appareil, mais sont plutôt stockées sur des serveurs et des appareils appartenant à des tiers (*Vu*, par. 44). Par exemple, si un utilisateur se connecte à un navigateur Web à la fois sur son ordinateur personnel et sur son téléphone cellulaire, le navigateur de son téléphone peut contenir un compte rendu méticuleux de son utilisation d’Internet, et ce, non seulement sur le téléphone, mais aussi sur l’ordinateur personnel. De même, certaines applications de médias sociaux peuvent permettre à la personne en possession du téléphone de consulter des messages et des données qu’a créés sur d’autres appareils la personne qui a utilisé ce téléphone. Des applications de courrier électronique permettent d’avoir accès à des courriels qui n’ont jamais été envoyés ou lus au moyen du téléphone (voire des messages envoyés de nombreuses années auparavant). Des fichiers qui n’ont jamais été ouverts ni créés sur le téléphone peuvent être consultés grâce à des applications permettant à l’utilisateur de stocker des fichiers à distance. De plus, une personne qui examine l’appareil pourrait ne pas être en mesure de déterminer ce qui a été stocké à distance.



[132] In short, the cell phone acts like a key or portal which can allow the user to access the full treasure trove of records and files that the owner has generated or used on any number of devices. It is not just the device itself and the information it has generated, but the gamut of (often intensely) personal data accessible via the device that gives rise to the significant and unique privacy interests in digital devices. The fact that a suspect may be carrying their house key at the time they are arrested does not justify the police using that key to enter the suspect's home. In the same way, seizing the key to the user's digital life should not justify a wholesale intrusion into that realm. Indeed, personal digital devices are becoming as ubiquitous as the house key. Increasingly large numbers of people carry such devices with them everywhere they go (be they cell phones, mobile computers, smart watches, smart glasses, or tablets).

[133] Cell phones and other wireless communications devices can continue to generate evidence even after they have been seized. The cell phone can continue to receive calls, text messages and emails even when out of the owner's control. Some of the concerns associated with searches of desktop computers identified in *Vu* — that the computer can generate information unknown to the user and that such information is difficult to delete — are magnified with phones that can generate and record that information when out of the owner's hands and without her knowledge. This information, along with many of the records on the phone, will also implicate the privacy interests of third parties who sent the communications, collaborated in their creation, or have given the owner access to their files.

[132] Bref, le téléphone cellulaire est comme une clé ou un portail susceptible de donner à l'utilisateur accès au trésor de dossiers et de fichiers que le propriétaire du téléphone a créés ou utilisés sur différents appareils. C'est non seulement l'appareil lui-même et l'information qu'il génère, mais également l'éventail de données (souvent extrêmement) personnelles auxquelles il donne accès, qui donne naissance aux intérêts importants et uniques en matière de respect de la vie privée liés aux appareils numériques. Le fait qu'un suspect puisse avoir sur lui la clé de sa résidence au moment de son arrestation n'autorise pas pour autant les policiers à utiliser cette clé pour entrer chez lui. De la même façon, le fait de saisir la clé d'accès au royaume numérique d'une personne ne saurait justifier une intrusion massive dans ce royaume. D'ailleurs, les appareils numériques personnels sont aujourd'hui aussi répandus que les clés de maison. En effet, de plus en plus de gens emportent avec eux de tels appareils partout où ils vont (qu'il s'agisse de téléphones, d'ordinateurs portatifs, de montres intelligentes, de lunettes intelligentes ou de tablettes).

[133] Les téléphones cellulaires et les autres appareils de communication sans fil peuvent continuer de générer des éléments de preuve même après leur saisie. En effet, un téléphone peut continuer de recevoir des appels, des messages texte et des courriels même lorsque son propriétaire n'en a plus la maîtrise. Certains des problèmes liés aux fouilles d'ordinateurs de bureau qui ont été relevés dans *Vu* — à savoir que ces appareils peuvent générer des données inconnues de l'utilisateur et difficiles à effacer — s'amplifient dans le cas des téléphones capables de produire et d'enregistrer de telles données lorsqu'ils ne sont pas en la possession de leur propriétaire, et ce, sans même que celui-ci le sache. Ces données, tout comme bon nombre d'informations contenues dans le téléphone, ont également une incidence sur les intérêts relatifs à la vie privée des tiers qui ont transmis les communications en question, qui ont collaboré à la création de celles-ci ou qui ont donné au propriétaire du téléphone accès à leurs fichiers.

[134] Thus, like the search of a private home, a strip search or the seizure of bodily samples, the search of the portal to our digital existence is invasive and impacts major privacy interests. The privacy interest in a cell phone or other digital communication and storage device is extremely high. The ability of these devices to generate, store, process, communicate and share truly massive quantities of deeply private information explains their usefulness and the way in which they have revolutionized modern society. At the same time, these impressive capacities underlie the necessity for rigorous protection of users' privacy. The incredible and unique power of modern digital communications devices as portals to vast stores of information — and their ability to expose our private lives — means that they can be even more threatening to our privacy than the search of our homes.

*C. Law Enforcement Interest in Searching Digital Devices*

[135] The respondent and aligned interveners argued that, although the privacy interest in a cell phone may be high, there are also pressing state interests that require warrantless searches of cell phones.

[136] I will address these law enforcement interests through the three purposes justifying searches incident to arrest: safety, the preservation of evidence, and the discovery of evidence.

[137] I conclude that, while searching a cell phone will often be very useful for law enforcement, it will be an exceptional case where a warrantless search will be justified on that basis. In my

[134] Par conséquent — à l'instar d'une perquisition dans une résidence privée, d'une fouille à nu ou du prélèvement d'échantillons de substances corporelles — la fouille du portail donnant accès à notre univers numérique personnel a un caractère envahissant et affecte grandement d'importants intérêts liés à la vie privée. L'intérêt des gens au respect de leur vie privée relativement à leurs téléphones cellulaires ou autres appareils numériques de communication et de stockage est extrêmement élevé. La capacité de ces appareils de générer, de stocker, de traiter et de communiquer des quantités réellement massives de données profondément privées explique leur utilité et la façon dont ils ont révolutionné notre société moderne. En même temps, c'est cette même capacité impressionnante qui engendre la nécessité de protéger rigoureusement la vie privée des personnes qui les utilisent. En raison de la puissance incroyable et exceptionnelle de ces appareils modernes de communication numérique en tant que portails donnant accès à de vastes quantités d'informations — et du fait qu'ils peuvent permettre de révéler au grand jour nos vies privées —, leur fouille peut constituer une menace encore plus grande pour notre vie privée que la perquisition d'une résidence privée.

*C. Intérêt des autorités chargées de l'application de la loi à fouiller les appareils numériques*

[135] Selon l'intimée et les intervenants qui appuient sa thèse, bien que l'intérêt des gens au respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs téléphones cellulaires soit élevé, il existe néanmoins certains intérêts étatiques urgents requérant que les autorités puissent fouiller sans mandat de tels appareils.

[136] Je vais étudier les intérêts liés à l'application de la loi au regard des trois objectifs qui justifient une fouille accessoire à une arrestation : la sécurité, la préservation de la preuve et la découverte d'éléments de preuve.

[137] Je conclus que, même si la fouille d'un téléphone cellulaire est souvent très utile pour les besoins de l'application de la loi, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que cette raison

view, the most pressing state interests can be accommodated by the existing doctrine that permits warrantless searches under exigent circumstances — when (1) there is a reasonable basis to suspect a search may prevent an imminent threat to safety or (2) there are reasonable grounds to believe that the imminent loss or destruction of evidence may be prevented by a warrantless search. (I will discuss the doctrine of exigent circumstances in greater detail below.)

[138] Where exigent circumstances do not exist, a telewarrant can usually be obtained relatively quickly and with little harm to the investigation. Excluding cell phones from the power to search incident to arrest does not necessarily mean they cannot be searched. Rather, it means that police officers will have to seek a warrant to do so from a judicial officer who will ensure that individuals' privacy is appropriately safeguarded.

(1) Safety

[139] In *Cloutier*, at p. 182, this Court described the first rationale for the power to search incident to arrest as follows:

... a search of the accused for weapons or other dangerous articles is necessary as an elementary precaution to preclude the possibility of their use against the police, the nearby public or the accused himself.

[140] Clearly a cell phone (or any other digital communication device) is not a physically dangerous weapon and, unlike a physical receptacle like a briefcase, cannot conceal such a weapon. However, digital communications capacity can generate new types of threats. For example, a cell phone could be used to summon violent backup, posing an imminent threat to the arresting officer or the public.

justifie l'exécution d'une fouille sans mandat. À mon avis, il est possible de tenir compte des intérêts les plus urgents de l'État en appliquant la règle actuelle, qui autorise les fouilles sans mandat selon l'urgence de la situation — à savoir quand il y a (1) soit des motifs raisonnables de soupçonner qu'une telle fouille pourrait éviter une menace imminente à la sécurité, (2) soit des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait empêcher la perte ou la destruction imminente d'éléments de preuve. (Je vais examiner en détail plus loin la règle de l'urgence de la situation.)

[138] Dans les cas où la situation n'est pas urgente, les policiers peuvent habituellement obtenir assez rapidement un télémandat, et cette démarche a peu d'incidence sur l'enquête. Soustraire les téléphones cellulaires au pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation ne signifie pas nécessairement que ces téléphones ne peuvent être fouillés. Cela veut plutôt dire que les policiers devront, afin de pouvoir le faire, demander la délivrance d'un mandat à un officier de justice, qui s'assurera que la vie privée des intéressés est adéquatement protégée.

(1) Sécurité

[139] Dans l'arrêt *Cloutier*, p. 182, notre Cour a décrit ainsi la première justification du pouvoir de fouille accessoire à une arrestation :

... la recherche d'armes ou d'autres objets dangereux sur le prévenu s'impose comme une précaution élémentaire pour contrecarrer la possibilité pour lui de s'en servir contre les policiers, le public qui pourrait se trouver à proximité ou contre lui-même.

[140] De toute évidence, un téléphone cellulaire (ou tout autre appareil de communication numérique) ne constitue pas une arme physiquement dangereuse et, contrairement à un contenant matériel comme une mallette, il ne permet pas de dissimuler une telle arme. Cependant, la capacité de communiquer numériquement qu'offrent ces appareils peut faire naître d'autres types de menaces. Par exemple, le téléphone pourrait servir à appeler des appuis violents en renfort, situation créant une menace imminente pour l'agent qui procède à l'arrestation ou pour le public.

[141] When an arresting officer has a reasonable suspicion that a cell phone has been used to generate such a threat, this constitutes an exigent circumstance, justifying a warrantless search. For example, in *R. v. White*, 2007 ONCA 318, 85 O.R. (3d) 407, the suspect acted in a manner that indicated he realized he was under investigation and was heard to remark “Yeah, they’re here now” into his cell phone immediately before being arrested (paras. 10-12). However, this will be an exceptional case. The mere possibility that a phone *could* have been used to summon backup does not justify a search incident to arrest any more than the theoretical possibility that the suspect’s home *could* contain accomplices justifies a search of the home.<sup>2</sup> This does not rise to the level of imminent risk to safety.

## (2) Preservation of Evidence

[142] The respondent raised two main concerns relating to the preservation of evidence: first, evidence on the phone itself may be remotely deleted, either by an accomplice or automatically, and second, an accomplice may destroy physical evidence while the police are delayed by the need to wait for a warrant.

[143] It seems to me (on this record) that there will rarely be reasonable grounds to believe an accomplice is destroying evidence, and that a search

<sup>2</sup> For example, in *Golub*, officers entered a home and searched it incident to arrest to search for a potential accomplice or shooting victim. The Court of Appeal recognized, at p. 759, that they were “not acting on an unsubstantiated hunch” but on information available to them including the arrested person’s behaviour, his physical and mental condition, his delay in exiting the apartment when instructed to do so, the location of the arrest, his answers when asked if anyone else was inside the apartment, his failure to leave the apartment door open when asked to do so and a reasonable belief that there was a loaded and dangerous weapon inside the apartment.

[141] Dans le cas où un policier effectuant une arrestation soupçonne raisonnablement qu’un téléphone a été utilisé pour créer pareille menace, l’urgence de la situation justifie alors une fouille sans mandat. À titre d’exemple, dans l’arrêt *R. c. White*, 2007 ONCA 318, 85 O.R. (3d) 407, le suspect avait agi d’une manière indiquant qu’il était conscient qu’il faisait l’objet d’une enquête, et on l’avait entendu dire : [TRADUCTION] « Ouais, ils sont ici en ce moment » dans son téléphone cellulaire immédiatement avant son arrestation (par. 10-12). Cependant, il s’agira là d’un cas exceptionnel. La simple possibilité qu’un téléphone *puisse* avoir été utilisé pour appeler des renforts ne justifie pas davantage une fouille accessoire à l’arrestation que la possibilité théorique que des complices *puissent* se trouver au domicile du suspect justifie une perquisition dans ce lieu<sup>2</sup>. Cela n’équivaut pas à une menace imminente à la sécurité.

## (2) Préservation de la preuve

[142] L’intimée a soulevé deux inquiétudes principales relativement à la préservation de la preuve : premièrement, la possibilité que la preuve contenue dans le téléphone puisse être supprimée à distance par un complice ou de façon automatique et, deuxièmement, le risque qu’un complice détruise des éléments de preuve matériels pendant que les policiers doivent attendre la délivrance d’un mandat avant d’agir.

[143] Il me semble (à la lumière du présent dossier) qu’il existera rarement des motifs raisonnables de croire qu’un complice est en train de

<sup>2</sup> Par exemple, dans l’affaire *Golub*, des policiers sont entrés dans une résidence et y ont effectué une fouille accessoire à l’arrestation pour y chercher un possible complice ou une possible victime de coup de feu. La Cour d’appel de l’Ontario a reconnu (p. 759) que les policiers avaient agi [TRADUCTION] « non pas sur la foi d’une intuition sans fondement », mais sur la base des renseignements dont ils disposaient, notamment le comportement de la personne arrêtée, son état de santé physique et mental, le fait qu’elle avait tardé à sortir de l’appartement quand on lui avait ordonné de le faire, l’endroit où elle avait été arrêtée, les réponses qu’elle avait données quand on lui avait demandé s’il y avait quelqu’un d’autre dans l’appartement, le fait qu’elle n’avait pas laissé la porte de l’appartement ouverte quand on lui avait demandé de le faire et l’existence de motifs raisonnables de croire qu’il y avait une arme chargée et dangereuse dans l’appartement.

of the cell phone is required to prevent such action. However, where there is such a reasonable basis, this could, in principle, constitute an exigent circumstance justifying a search.

[144] Usually the information on the cell phone will remain available pending the acquisition of a search warrant. This case is an example. The mere *possibility* that evidence on the cell phone could be remotely deleted should not justify a search. Furthermore, even if the suspect has an accomplice with the technological skills to wipe the cell phone remotely, this threat is easily addressed by removing the cell phone's battery or placing it in a "Faraday bag", an inexpensive receptacle which blocks wireless communications.

### (3) Discovery of Evidence

[145] In practice, the most common benefit of a police search of a cell phone or other digital device incident to arrest is that it can provide police with information that may assist in the investigation — a cell phone is a virtual gold mine of information. This is exactly the same reason that a cell phone attracts a heightened expectation of privacy. The fact that a cell phone may keep and access meticulously taken records about almost every aspect of a person's life explains both why searching it would be so useful to law enforcement and why such a search may be so offensive to the person's dignity.

[146] The text messages and photographs discovered in this case are examples of incriminating evidence that generally would not disappear if police wait to acquire a warrant.

détruire des éléments de preuve et que, pour empêcher que cela se produise, il soit nécessaire de fouiller le téléphone. Cependant, en présence de tels motifs raisonnables, ces circonstances pourraient, en principe, constituer une situation d'urgence justifiant une fouille.

[144] Généralement, les données contenues dans le téléphone cellulaire resteront accessibles jusqu'à ce qu'un mandat de perquisition soit délivré. La présente affaire en est un exemple. La simple *possibilité* que des éléments de preuve se trouvant dans le téléphone puissent être supprimés à distance ne devrait pas justifier une fouille. Qui plus est, même si un complice du suspect possède les compétences technologiques nécessaires pour effacer le contenu du téléphone à distance, cette menace peut facilement être écartée en retirant la pile du téléphone ou en plaçant celui-ci dans un « sac de type Faraday », un contenant peu coûteux qui bloque les communications sans fil.

### (3) Découverte d'éléments de preuve

[145] En pratique, l'avantage le plus courant que présente pour les policiers la fouille d'un téléphone cellulaire ou d'un autre appareil numérique accessoirement à une arrestation est qu'ils peuvent y trouver des données susceptibles d'aider l'enquête — un téléphone cellulaire constitue virtuellement une mine d'or d'informations. C'est exactement pour la même raison qu'un tel téléphone suscite des attentes élevées en matière de respect de la vie privée. Le fait qu'un téléphone cellulaire permette de conserver et de consulter des données méticuleusement consignées concernant pratiquement tous les aspects de la vie d'une personne explique à la fois pourquoi la fouille de cet appareil serait si utile aux autorités chargées d'appliquer la loi et pourquoi pareille fouille peut être aussi attentatoire à la dignité de la personne.

[146] Les messages texte et les photos qui ont été découverts en l'espèce sont des exemples d'éléments de preuve incriminants qui ne disparaîtraient généralement pas avant que la police obtienne un mandat.



[147] However, often a contact list will allow the police to immediately track down associates who may be involved in the offence or identify witnesses. Other forms of communication such as emails, voice messages and call histories may be similarly useful. Cromwell J. identifies the “prompt” pursuit of the investigation as an important law enforcement objective (paras. 49, 59 and 66). The immediate acquisition of this information is valuable because of what the Canadian Association of Chiefs of Police referred to as “investigative immediacy”. The value of information may decline as witnesses, accomplices or evidence disappears, and so the police want to act before the trail goes cold. While telewarrants can be acquired quickly,<sup>3</sup> even small delays may come at a cost to the investigation.

[148] This problem may be exacerbated by the difficulty of bypassing password protection on certain cell phones. For example, counsel for the respondent suggested that accessing a locked iPhone can take months as they must be sent to Apple Inc. in the United States. However, there is no evidence before us that this is a common problem, or that there are many instances in which the police have a brief window to access a phone incident to arrest while it is still unlocked. In any event, this justification would only apply to phones that are password-protected but unlocked at the moment they are seized. (It may, for example, justify entry for the limited purpose of disabling the password protection.)

[149] Finally, there may be valuable information on a phone that the police will be unable to obtain a warrant to acquire. The police need only a reasonable basis to conduct a search incident to arrest. To

<sup>3</sup> For example, the Ontario Telewarrant Centre operates 24 hours a day to ensure that it is always possible to acquire a warrant.

[147] Cependant, une liste de contacts permettra souvent aux policiers de retrouver immédiatement des associés susceptibles d’avoir participé à l’infraction ou d’identifier des témoins. D’autres formes de communication comme les courriels, les messages vocaux et l’historique des appels peuvent se révéler utiles pour les mêmes fins. Le juge Cromwell affirme que la nécessité de poursuivre « rapidement » l’enquête constitue un objectif important en matière d’application de la loi (par. 49, 59 et 66). L’acquisition immédiate de ces données est très utile en raison de ce que l’Association canadienne des chefs de police a appelé [TRADUCTION] « l’urgence de l’enquête ». Comme la valeur de l’information peut diminuer à mesure que les témoins, les complices ou les éléments de preuve disparaissent, les policiers veulent donc agir avant que les pistes ne s’estompent. Bien qu’un télémandat puisse être obtenu rapidement<sup>3</sup>, même un bref retard peut nuire à l’enquête.

[148] Ce problème peut être exacerbé par la difficulté dans certains cas de venir à bout du mot de passe protégeant le téléphone cellulaire. À titre d’exemple, l’avocat de l’intimée a affirmé que l’accès aux données d’un appareil iPhone verrouillé peut prendre des mois, car celui-ci doit être envoyé à la société Apple Inc. aux États-Unis. Toutefois, on ne nous a présenté aucune preuve indiquant qu’il s’agit là d’un problème fréquent, ou encore qu’il survient de nombreux cas où les policiers ne disposent que d’une brève période pour consulter, accessoirement à une arrestation, le contenu d’un téléphone pendant que celui-ci est encore déverrouillé. Quoiqu’il en soit, cette justification s’appliquerait uniquement aux téléphones qui, bien que protégés par un mot de passe, sont déverrouillés au moment de leur saisie. (Une telle situation pourrait, par exemple, justifier une intrusion à seule fin de désactiver la protection par mot de passe.)

[149] Enfin, il est possible qu’un téléphone renferme des données utiles à l’égard desquelles les policiers ne pourront pas obtenir de mandat. Alors qu’il suffit de soupçons raisonnables pour justifier

<sup>3</sup> Par exemple, le Centre de télémandat de l’Ontario est ouvert 24 heures sur 24 pour qu’on puisse obtenir un mandat en tout temps.

acquire a warrant, they require reasonable grounds to believe that relevant information will be found on the cell phone. This higher standard may mean that relevant evidence is simply never discovered.

[150] There is a cost to requiring police officers to obtain a warrant before searching an arrestee's phone. Searches for the purposes of imminent risks to safety or the preservation of evidence are permitted under exigent circumstances, answering the most serious of these concerns. However, the requirement to obtain a warrant will sometimes mean that the police are unable to discover potentially valuable evidence or that their investigation will be delayed. This cost must be weighed against the privacy interest in a phone.

#### D. *Balance When Searching Digital Devices*

[151] All parties agreed that there is a heightened privacy interest in personal digital devices. These devices give rise to significant and unique privacy interests. However, they disagreed on how that interest would impact the authority to search.

[152] In my view, the inherent limitations of the search incident to arrest — the fact that it is targeted to the offence, that it requires reasonable grounds, and that it must be proximate in time and place to the arrest — do not adequately limit the intrusion on the privacy interest in digital devices, unlike physical items. For tangible items, the intrusion on privacy is necessarily limited by the temporal and territorial dimensions. However, the nature of the privacy interest in a personal digital device is qualitatively and quantitatively different from that in a purse, briefcase or filing cabinet (*Vu*, at para. 47). A modern digital device is a portal to

les policiers de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, ceux-ci doivent posséder des motifs raisonnables de croire que des renseignements pertinents seront découverts dans le téléphone pour obtenir un mandat. Du fait de cette norme plus exigeante, il est possible que des éléments de preuve pertinents ne soient tout simplement jamais découverts.

[150] Obliger les policiers à obtenir un mandat avant de pouvoir fouiller le téléphone d'une personne qu'ils arrêtent n'est pas sans inconvénient. Les fouilles en vue de prévenir des menaces imminentes à la sécurité ou de préserver des éléments de preuve sont permises lorsque l'urgence de la situation l'exige — ce qui permet de répondre aux craintes les plus sérieuses. Cependant, l'obligation d'obtenir un mandat signifiera parfois que les policiers seront incapables de découvrir des éléments de preuve potentiellement utiles ou que leur enquête sera retardée. Ces inconvénients doivent être soupesés au regard de l'intérêt des gens au respect de leur vie privée à l'égard de leurs téléphones.

#### D. *Équilibre à respecter en cas de fouille d'appareils numériques*

[151] Toutes les parties reconnaissent qu'il existe un intérêt élevé au respect de la vie privée lié aux appareils numériques personnels. Ces derniers font naître des intérêts importants et exceptionnels en matière de respect de la vie privée. Toutefois, les parties ne s'entendent pas sur l'incidence de cet intérêt sur le pouvoir de fouille.

[152] À mon avis, les limites intrinsèques au pouvoir de fouille accessoire à une arrestation — le fait qu'une telle fouille est fonction de l'infraction en cause, qu'elle requiert l'existence de motifs raisonnables et qu'elle doit être rapprochée de l'arrestation dans le temps et dans l'espace — n'ont pas pour effet, contrairement à ce qui est le cas pour d'autres objets matériels, de restreindre adéquatement l'atteinte à l'intérêt des gens quant au respect de leur vie privée à l'égard de leurs appareils numériques. Pour ce qui est des autres objets tangibles, l'atteinte à la vie privée est nécessairement limitée par les considérations de temps et d'espace.

vast stores of information that are not truly on the device, and digital information has the potential to be more intensely and extensively personal than what might be found in a briefcase. Particularly for the “digital generation”, these devices contain far more information, and information far more personal, than does a private home. These devices provide a window not just into the owner’s most intimate actions and communications, but into his mind, demonstrating private, even uncommunicated, interests, thoughts and feelings. Thus, like the search of the body and of the home, the warrantless search of personal digital devices as an incident of arrest is not proportionate to our privacy interests.

[153] In my view, the weighty privacy interest an arrested person has in her cell phone will outweigh the state interest in performing a warrantless search incident to arrest, except in exigent circumstances. The police may usually *seize* a phone incident to arrest in order to preserve the evidence, but will require a warrant before they can *search* its contents.

[154] Consequently, the police may lose the opportunity to immediately follow up on leads that the cell phone may disclose, or may not be able to access certain evidence. But our system of law has long recognized that the state interest in acquiring evidence is not absolute. Doubtless, the ability to always search a suspect’s home upon arrest would be useful to law enforcement, but the high expectation of privacy in our homes dictates otherwise. When it comes to cell phones and other

Cependant, la nature de l’intérêt au respect de la vie privée lié à un appareil numérique diffère, sur les plans quantitatif et qualitatif, de celui applicable à un sac à main, à une mallette ou à un classeur (*Vu*, par. 47). Un appareil numérique moderne constitue un portail donnant accès à de vastes quantités de données qui ne se trouvent pas véritablement dans l’appareil et qui sont susceptibles d’être plus intimement personnelles que ce qu’on peut trouver dans une mallette. Particulièrement dans le cas des membres de la « génération numérique », ces appareils contiennent beaucoup plus de données — et des données beaucoup plus personnelles — que n’en renferme une résidence privée. Un tel appareil ouvre une fenêtre non seulement sur les paroles et les actes les plus intimes de son propriétaire, mais également sur ce qui se passe dans son esprit, en révélant des intérêts, des pensées et des sentiments privés, même ceux qui n’ont pas été communiqués. En conséquence, tout comme les fouilles corporelles et les perquisitions résidentielles, la fouille sans mandat d’un appareil numérique personnel effectuée accessoirement à une arrestation n’est pas proportionnée aux intérêts des gens en matière de respect de leur vie privée.

[153] Selon moi, sauf lorsque l’urgence de la situation commande le contraire, l’important intérêt qu’une personne arrêtée porte au respect de sa vie privée à l’égard de son téléphone cellulaire l’emporte sur l’intérêt qu’a l’État à effectuer une fouille sans mandat accessoire à l’arrestation. Généralement, les policiers peuvent *saisir* un téléphone accessoirement à une arrestation pour préserver des éléments de preuve, mais ils doivent obtenir un mandat avant de pouvoir *fouiller* le contenu de l’appareil.

[154] En conséquence, il est possible que les policiers soient privés de la possibilité de suivre immédiatement les pistes que le téléphone cellulaire pourrait révéler, ou qu’ils soient incapables d’avoir accès à certains éléments de preuve. Cependant, notre système juridique reconnaît depuis longtemps que l’intérêt qu’a l’État à recueillir des éléments de preuve n’est pas absolu. Il ne fait aucun doute qu’il serait utile aux autorités chargées d’appliquer la loi de toujours fouiller le domicile d’un suspect dès son

such personal digital devices, privacy demands no less protection.

[155] This approach only protects the digital information stored on such devices, and not the physical devices themselves, because it is the information that attracts a heightened expectation of privacy. Searches that treat a cell phone (or other similar device) merely as a physical object continue to be permissible incident to arrest. For example, seizing a cell phone, searching for hidden compartments, testing that cell phone for fingerprints, or reading the identification number physically inscribed on the cell phone, do not interfere with the heightened expectation of privacy in the accessible information.

[156] Similarly, since it is the nature of the information accessible through the device that is relevant, the form of the digital device is immaterial. To the extent that devices such as tablets, smart watches, laptop computers and smart glasses may provide access to or generate the same types of information, they will likely be subject to the same treatment.

[157] As Cromwell J. recognized in *Vu*, protocols limiting the way in which a computer may be searched are not, as a general rule, constitutionally *required* for a warrant to be issued: para. 53. The same reasoning applies to cell phones, although the development of such protocols is not precluded.

[158] In performing a search of a cell phone, whether under exigent circumstances or pursuant to a warrant, the police officers must not extend that search beyond the scope of the grounds permitting the search. The grounds for the search only

arrestation, mais les attentes élevées que nous avons quant au respect de notre vie privée dans nos foyers dictent une conclusion différente. Dans le cas des téléphones cellulaires et des autres appareils numériques personnels du genre, le respect de la vie privée commande une protection au moins aussi grande.

[155] Cette approche protège uniquement les données numériques stockées dans de tels appareils, mais non l'appareil lui-même, parce que ce sont les données qui suscitent des attentes élevées en matière de respect de la vie privée. Les fouilles au cours desquelles le téléphone cellulaire (ou un autre appareil semblable) est considéré simplement comme un objet physique demeurent autorisées à titre de mesures accessoires à une arrestation. À titre d'exemple, saisir un téléphone cellulaire, l'inspecter pour voir s'il recèle des compartiments cachés, vérifier s'il comporte des empreintes digitales ou encore lire le numéro d'identification inscrit sur celui-ci sont autant de mesures qui ne portent pas atteinte aux attentes élevées en matière de vie privée à l'égard des données accessibles grâce à l'appareil.

[156] De même, comme c'est la nature des données auxquelles donne accès l'appareil qui est pertinente, le type d'appareil numérique en cause n'a aucune importance. Dans la mesure où des appareils comme les tablettes, les ordinateurs portatifs ainsi que les montres et lunettes intelligentes peuvent permettre de consulter et de produire les mêmes types de données, ils seront vraisemblablement assujettis au même traitement.

[157] Comme l'a reconnu le juge Cromwell dans *Vu*, des protocoles encadrant la façon de procéder à la fouille d'un ordinateur ne sont, en règle générale, pas *requis* par la Constitution pour qu'un mandat puisse être délivré : par. 53. Le même raisonnement s'applique aux téléphones cellulaires, quoique rien ne fasse obstacle à l'établissement de tels protocoles.

[158] Lorsqu'ils fouillent un téléphone cellulaire, que ce soit en raison de l'urgence de la situation ou conformément à un mandat, les policiers ne doivent pas élargir leurs recherches au-delà de ce que permettent les motifs justifiant la fouille. Ces motifs

outweigh the suspect's privacy interest in the device with respect to specific purposes — it is hard to think of a ground that would justify the unlimited abrogation of the powerful privacy interest in a digital device. If exigent circumstances justify a warrantless safety search because of fears of armed backup, those grounds will only justify a search of relatively recent messages. Grounds to search a cell phone for a specific purpose cannot provide *carte blanche* to roam the suspect's digital life without restraint.

(1) Alternative Approaches

[159] I have concluded that the correct balance is struck under s. 8 of the *Charter* by the requirement of judicial pre-authorization, absent exigent circumstances. The parties to this appeal, the courts below, and other courts throughout the country have advanced alternative solutions to address the enhanced privacy interest in a cell phone. In my view, none of these alternatives adequately protect our reasonable expectations of privacy in our personal digital devices.

[160] First, unlike the Ontario Court of Appeal, I do not see how the considerable privacy interest in a cell phone could be overcome when it is not password-protected or otherwise locked. Leaving a cell phone without password protection cannot be said to constitute a waiver of the privacy interest in the vast web of digital information accessible through the phone, nor does it demonstrate a subjectively diminished expectation of privacy. Like the private sphere of the home, our digital devices remain intensely personal, even when we do not take every possible precaution to protect them. An individual who leaves her front door unlocked does not forfeit her privacy interest in her home to the state; the same is true of her phone.

n'écarter l'intérêt du suspect au respect de sa vie privée relativement à l'appareil qu'à l'égard de certains objectifs précis — il est en effet difficile d'imaginer un motif qui justifierait l'abolition totale de ce puissant intérêt. Si l'urgence de la situation justifie de procéder à une fouille sans mandat pour des raisons de sécurité fondées sur la crainte qu'arrivent des renforts armés, ces motifs justifieront uniquement la fouille des messages relativement récents. Des motifs permettant la fouille d'un téléphone dans un but précis ne sauraient donner carte blanche pour fureter sans restriction dans l'univers numérique personnel du suspect.

(1) Autres approches

[159] J'ai conclu que, en l'absence de situations d'urgence, l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire préalable permet de réaliser le juste équilibre requis par l'art. 8 de la *Charte*. Les parties au présent pourvoi, les juridictions inférieures ainsi que d'autres tribunaux partout au pays ont proposé d'autres solutions pour protéger l'intérêt élevé au respect de la vie privée lié à un téléphone cellulaire. À mon avis, aucune de ces solutions ne protège adéquatement nos attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée à l'égard de nos appareils numériques personnels.

[160] Premièrement, contrairement à la Cour d'appel de l'Ontario, je ne vois pas comment il pourrait être justifié d'écarter l'intérêt considérable au respect de la vie privée lié à un téléphone cellulaire dans les cas où celui-ci n'est pas protégé par mot de passe ou verrouillé d'une autre façon. Le fait qu'un téléphone cellulaire ne soit pas protégé au moyen d'un mot de passe ne saurait constituer une renonciation au respect de notre vie privée à l'égard de la vaste toile de données numériques à laquelle celui-ci donne accès, non plus que la démonstration d'attentes subjectivement réduites en matière de respect de la vie privée. Tout comme la sphère privée que représente notre domicile, nos appareils numériques conservent leur caractère éminemment personnel, et ce, même si nous ne prenons pas toutes les précautions pour les protéger. Une personne qui laisse sa porte d'entrée déverrouillée ne renonce pas pour autant en faveur de l'État à son intérêt au respect de sa vie privée dans son domicile; il en va de même pour son téléphone.

[161] Second, I agree with my colleague and the parties to this appeal that there is little value in drawing a distinction between smart and dumb cell phones. Even dumb cell phones enable access to text message history, which can provide a transcript of years of private conversations (*R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3, at para. 34), as well as pictures, call history, and contacts. Many dumb cell phones can provide access to the Internet and email even when they lack the touch screens or keypads that make such uses *easier*. Officers cannot, based on a brief visual inspection of a phone, assess how it has been used or the depth of private information it can access. The Crown advocated against such a distinction, submitting that it would place an unworkable burden on police to differentiate between dumb and smart phones, particularly given the rapid rate of technological evolution.

[162] Third, certain decisions have adopted an approach that would allow a limited or “cursory” search of a cell phone incident to arrest (*R. v. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288 (Ont. S.C.J.), at para. 39). While the notion of a brief, targeted search that could quickly identify evidence without significantly invading the suspect’s privacy is appealing, based upon the current record, such an approach is neither practical nor principled. Consequently, this approach was also rejected by both parties.

[163] Given that the information that can be accessed through a cell phone is highly private, it would be unprincipled to countenance a cursory infringement of the owner’s privacy — much as it is not permissible to take a cursory walk inside a suspect’s home.

[161] Deuxièmement, à l’instar de mon collègue et des parties au présent pourvoi, j’estime qu’il n’est pas vraiment utile d’établir une distinction entre les téléphones cellulaires intelligents et ceux peu futés. Même les seconds donnent accès aux historiques de messages texte susceptibles de constituer la transcription d’années de conversations privées (*R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3, par. 34) — ainsi qu’à des photos, à l’historique des appels et aux contacts. Bon nombre de téléphones peu futés permettent d’avoir accès à Internet et au courrier électronique, même s’ils ne sont pas dotés des claviers ou écrans tactiles qui *facilitent encore plus* l’usage de ces fonctionnalités. Les policiers ne sont pas en mesure, sur la base d’une brève inspection visuelle du téléphone, de déterminer comment celui-ci a été utilisé ou l’étendue des données privées auxquelles il peut donner accès. Le ministère public s’est élevé contre une telle distinction, plaidant qu’elle imposerait aux policiers la tâche irréalisable d’avoir à distinguer les téléphones intelligents des téléphones peu futés, compte tenu particulièrement de la rapidité avec laquelle la technologie évolue.

[162] Troisièmement, dans certaines décisions, les tribunaux ont adopté une approche qui autoriserait une fouille limitée ou « sommaire » d’un téléphone cellulaire accessoirement à une arrestation (*R. c. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288 (C.S.J. Ont.), par. 39). Bien que l’idée d’une fouille brève et ciblée qui permettrait aux policiers de repérer rapidement des éléments de preuve sans trop s’immiscer dans la vie privée du suspect ne soit pas sans attrait, compte tenu de la preuve dont nous disposons en l’espèce, une telle approche n’est ni pratique ni raisonnée. En conséquence, les deux parties l’ont rejetée elle aussi.

[163] Comme les données auxquelles donne accès un téléphone cellulaire sont éminemment personnelles, il serait injustifiable de cautionner une atteinte superficielle à la vie privée du propriétaire du téléphone — au même titre qu’il n’est pas permis d’effectuer une visite sommaire à l’intérieur du domicile d’un suspect.



[164] Moreover, it is very difficult — if not impossible — to perform a meaningfully constrained targeted or cursory inspection of a cell phone or other personal digital device. For example, recent communications could have been transmitted via a text message, an email, an instant messaging application, a social networking application, a conventional voice call or a “data” voice call, a message board, through a shared calendar or cloud folder, a picture messaging application, or any number of websites. In short, a cursory inspection for recent communications will need to search a host of applications — the privacy infringement may be far from minimal and the inspection far from quick. Similarly, a cursory inspection of photos may involve any number of private and personal photographs of the individual — and of third parties.

[165] Further, as the Crown argued, the difficulty inherent in setting a standard for a cursory search would generate uncertainty for the police and result in increased after-the-fact litigation of searches. That same uncertainty would also result in increased numbers of searches that were later determined to be unconstitutional.

[166] Fourth, the Director of the Public Prosecutions Services of Canada suggested that searches of cell phones incident to arrest could be limited to a manual search, that is, a search that the officer could perform using the capacities of the device itself, as opposed to downloading or analysing its contents using other equipment as part of a full technical examination. However, as with a cursory examination, even a brief manual examination means that individuals would not feel secure in the privacy of their digital devices. Moreover, this approach mistakenly suggests that it is the *technical* nature of a search that poses the threat, when the use of technology can cut both ways. When an officer manually searches a cell phone, she cannot tell, without opening it, whether a particular photograph or text message is deeply private and irrelevant, or highly

[164] De plus, il est très difficile — sinon impossible — de procéder à une inspection ciblée ou sommaire utilement balisée d’un téléphone cellulaire ou d’un autre appareil numérique personnel. À titre d’exemple, des communications récentes peuvent avoir été transmises par différents moyens : messagerie texte, courriel, application de messagerie instantanée, application de réseautage social, appel de vive voix traditionnel ou transmission de « données vocales », babillard électronique, calendrier partagé ou dossier sur le nuage, application de messagerie photo ou divers sites Web. Bref, une inspection sommaire de l’appareil pour y trouver des communications récentes nécessitera la fouille d’une multitude d’applications — l’atteinte à la vie privée pourrait se révéler loin d’être minime, et l’inspection, loin d’être rapide. De même, l’inspection sommaire de photos peut entraîner la consultation d’un certain nombre de photos privées et personnelles de la personne en cause — ainsi que de tiers.

[165] En outre, comme l’a soutenu le ministère public, la difficulté inhérente à l’établissement d’une norme régissant la fouille sommaire ne manquerait pas de créer de l’incertitude chez les policiers et de se traduire par un accroissement des contestations, après le fait, de fouilles et perquisitions. Cette même incertitude entraînerait également une hausse du nombre des fouilles qui seraient jugées inconstitutionnelles après coup.

[166] Quatrièmement, le directeur des poursuites pénales du Canada a fait valoir que la fouille d’un téléphone cellulaire effectuée accessoirement à une arrestation pourrait se limiter à une fouille manuelle, à savoir une fouille que pourraient effectuer les policiers en faisant appel aux seules fonctionnalités de l’appareil lui-même, plutôt que par téléchargement ou analyse de son contenu au moyen d’autres appareils dans le cadre d’un examen technique complet. Cependant, tout comme un examen sommaire, même un bref examen manuel susciterait des inquiétudes chez les citoyens quant au respect de leur vie privée en ce qui a trait à leurs appareils numériques. De surcroît, cette approche sous-entend erronément que c’est l’aspect *technique* de la fouille qui constitue la menace, alors que le recours à la technologie peut jouer dans les deux

relevant to the investigation — she opens them all alike. However, a computer search could be used to identify only certain types of files containing certain key words that are likely to be relevant, and then display only those files to the officers. In this way, the privacy interest of the individual may be *better* protected by a targeted high tech search, as opposed to a manual one.

[167] On the other hand, a technical search can also create new vulnerabilities. For example, the use of technology can expose patterns in the information on or use of the cell phone that may not otherwise be obvious in a manual search. It is the degree to which private information is revealed that is relevant — not whether the search is high or low tech.

[168] The interveners the Canadian Association of Chiefs of Police suggested that this Court should permit a search of a phone incident to arrest, but raise the standard to permit that search to “reasonable and probable grounds”, as this Court did in *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, with respect to strip searches. This approach would only yield usable evidence in cases where a warrant would *necessarily* have been obtainable since the standards for a search and to obtain a warrant would be the same. Police would therefore gain the time and resources otherwise needed to seek a warrant.

[169] However, this modest gain is outweighed by a significant cost to privacy. If a police officer searches a cell phone, mistakenly believing that she

sens. En effet, lorsqu’une policière fouille manuellement un téléphone, elle est incapable, sans ouvrir le fichier en question, de déterminer si une photo ou un message texte donné est éminemment privé et non pertinent, ou au contraire extrêmement utile à l’enquête — car elle les ouvre tous de la même façon. Cependant, il serait possible, en effectuant la fouille au moyen d’un ordinateur, d’identifier seulement certains types de fichiers contenant certains mots clés susceptibles d’être pertinents, et de montrer ensuite uniquement ces fichiers aux policiers. De cette façon, l’intérêt des gens au respect de leur vie privée pourrait être *mieux* protégé par une fouille ciblée de haute technicité que par une fouille manuelle.

[167] En revanche, une fouille technique peut elle aussi créer de nouvelles situations de vulnérabilité. Par exemple, le recours à des moyens technologiques pourrait révéler, soit dans l’information contenue dans le téléphone, soit dans l’utilisation de celui-ci, des tendances que n’indiquerait peut-être pas une fouille manuelle. C’est la mesure dans laquelle l’information privée est révélée qui est pertinente — et non le caractère hautement ou faiblement technique de la fouille.

[168] L’intervenante l’Association canadienne des chefs de police a soutenu que la Cour devrait permettre qu’un téléphone puisse être fouillé accessoirement à une arrestation, mais relever la norme applicable et exiger l’existence de « motifs raisonnables et probables », comme elle l’a fait dans l’arrêt *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, à l’égard des fouilles à nu. Cette approche ne permettrait d’obtenir des éléments de preuve utilisables que dans les seuls cas où un mandat aurait *nécessairement* pu être obtenu, puisque les normes applicables pour effectuer une fouille et pour obtenir un mandat seraient les mêmes. La police disposerait ainsi du temps et des ressources qui devraient autrement être consacrés à l’obtention d’un mandat.

[169] Cependant, ce gain modeste est annihilé par les désavantages considérables de cette approche du point de vue du respect de la vie privée. Si une

has reasonable grounds, the exclusion of the evidence obtained at a subsequent trial does not render the search harmless. The arrested person's privacy will have been unjustifiably infringed, and their general sense of freedom and security affected, even if any information thereby obtained cannot be used against her. Only a requirement of pre-authorization can give people confidence that their privacy will be respected. As La Forest J. wrote in *Dyment*, at p. 430:

. . . if the privacy of the individual is to be protected, we cannot afford to wait to vindicate it only after it has been violated. . . . Dickson J. made this clear in *Hunter v. Southam Inc.* After repeating that the purpose of s. 8 of the *Charter* was to protect individuals against unjustified state intrusion, he continued at p. 160:

That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

[170] My colleague concludes that modifications to the common law power to search cell phones or personal computers incident to arrest would adequately limit the invasion of privacy and render judicial pre-authorization unnecessary (paras. 75-84). He emphasizes that the scope of the search must be truly incidental to the particular arrest (para. 78). He limits the objective of discovering evidence to that which serves an immediate investigative purpose, and notes that law enforcement objectives will most likely justify the search in relation to serious offences (paras. 79-80). In addition, he requires the police to keep detailed notes of what they have searched and why (para. 82).

policrière fouille un téléphone, croyant à tort qu'elle a des motifs raisonnables de le faire, l'exclusion de la preuve ainsi obtenue lors d'un procès ultérieur n'enlève pas à la fouille son caractère attentatoire. En effet, la vie privée de la personne arrêtée aura subi une atteinte injustifiée et son sentiment général de liberté et de sécurité s'en trouvera affaibli, même si aucun des renseignements obtenus ne peut être utilisé contre elle. Seul le fait d'obliger les policiers à obtenir au préalable une autorisation judiciaire peut donner aux gens confiance que leur vie privée sera respectée. Comme l'a écrit le juge La Forest dans *Dyment*, p. 430 :

. . . si le droit à la vie privée de l'individu doit être protégé, nous ne pouvons nous permettre de ne faire valoir ce droit qu'après qu'il a été violé. [. . .] [L]e juge Dickson l'a dit clairement dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Après avoir répété que l'art. 8 de la *Charte* a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État, il poursuit, à la p. 160 :

Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l'original.]

[170] Mon collègue estime que des modifications au pouvoir de common law de procéder à la fouille de téléphones cellulaires ou d'ordinateurs personnels accessoirement à l'arrestation restreindraient adéquatement l'atteinte à la vie privée et rendraient inutile l'autorisation judiciaire préalable (par. 75-84). Il insiste sur le fait que l'étendue de la fouille doit être véritablement accessoire à l'arrestation (par. 78). Il restreint l'objectif relatif à la découverte d'éléments de preuve à ce qui permet de réaliser un objectif immédiat de l'enquête, et il fait remarquer que les objectifs d'application de la loi seront plus susceptibles de justifier la fouille dans le cas des infractions graves (par. 79-80). En outre, il exige des policiers qu'ils prennent des notes détaillées au sujet du contenu qui a fait l'objet de la fouille et des raisons pour lesquelles ils ont effectué la fouille (par. 82).

[171] In my view, Cromwell J.’s proposed tailoring of the search’s scope encounters the same problems of impracticality, police uncertainty, and increased after-the-fact litigation as the cursory search discussed above. My colleague draws a parallel between his approach and the approach set out by this Court in *Vu*, but *Vu* provides that a *judge* may determine the scope of a search of a computer when issuing the warrant (para. 62). And while detailed note-taking of what the police have searched and why may be desirable (*Vu*, para. 70, in the context of a search under warrant), it may prove to be an impractical requirement in the context of a time-sensitive investigation. It is not, in my view, an adequate remedy to what would be “an extraordinary search power” (para. 82).

[172] Fundamentally, my colleague’s approach puts the balancing decision in the hands of the police. I doubt not that police officers faced with this decision would act in good faith, but I do not think that they are in the best position to determine “with great circumspection” whether the law enforcement objectives clearly outweigh the potentially significant intrusion on privacy in the search of a personal cell phone or computer (para. 80). If they are wrong, the subsequent exclusion of the evidence will not remedy the initial privacy violation.

E. *The Scope of “Exigent Circumstances” Justifying a Search Incident to Arrest*

[173] The doctrine of exigent circumstances, as expressed in the common law and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, recognizes that privacy protections may be overridden under exigent circumstances. This doctrine is an exception to the general requirement to obtain a search warrant.

[171] J’estime que la proposition du juge Cromwell d’adapter l’étendue de la fouille à son objectif soulève les mêmes difficultés que la fouille sommaire examinée précédemment — elle ne sera pas pratique, engendrera l’incertitude chez les policiers et accroîtra les contestations après le fait. Mon collègue établit un parallèle entre son approche et celle que notre Cour a énoncée dans *Vu*; notre Cour a cependant indiqué dans *Vu* qu’un *judge* peut déterminer l’étendue de la fouille d’un ordinateur lorsqu’il décerne un mandat (par. 62). Et bien que la prise de notes détaillées au sujet du contenu qui a fait l’objet de la fouille et des raisons de la fouille puisse être souhaitable (*Vu*, par. 70, dans le contexte d’une fouille autorisée par un mandat), cette exigence peut s’avérer non pratique dans le contexte d’une enquête pressante. J’estime qu’il ne s’agit pas d’une solution adéquate en présence d’un « pouvoir extraordinaire de procéder à une fouille » (par. 82).

[172] Fondamentalement, l’approche que propose mon collègue laisse aux policiers la décision qui requiert l’exercice d’une mise en balance des intérêts en jeu. Je ne doute pas que les policiers prendront une décision en toute bonne foi, mais je ne crois pas qu’ils soient les mieux placés pour déterminer « avec une grande circumspection » si les objectifs d’application de la loi l’emporteront clairement sur l’atteinte potentiellement importante à la vie privée que constitue la fouille d’un téléphone cellulaire ou d’un ordinateur personnel (par. 80). S’ils se trompent, l’exclusion subséquente des éléments de preuve ne remédiera pas à l’atteinte initiale à la vie privée.

E. *Portée de la notion d’« urgence de la situation » justifiant une fouille accessoire à une arrestation*

[173] La règle de l’urgence de la situation, telle qu’elle est exprimée dans la common law et le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, reconnaît que les mesures de protection de la vie privée peuvent être écartées lorsque l’urgence de la situation le réclame. Cette règle constitue une exception à l’obligation générale faite aux policiers d’obtenir un mandat de perquisition.

[174] Under s. 487(1)(b), the police may obtain a search warrant if “there are reasonable grounds to believe that . . . [a search] will afford evidence with respect to the commission of an offence, or will reveal the whereabouts of a person who is believed to have committed an offence”. Section 487.11 provides:

A peace officer . . . may, in the course of his or her duties, exercise any of the powers described in subsection 487(1) . . . without a warrant if the conditions for obtaining a warrant exist but by reason of exigent circumstances it would be impracticable to obtain a warrant.

Thus, the requirement for a warrant to search a personal digital device can be dispensed with under exigent circumstances, if the conditions for obtaining a warrant exist. These provisions, however, do not define exigency.

[175] At common law, exigent circumstances have been defined to include (1) the imminent loss or destruction of evidence or (2) an imminent threat to police or public safety (*Feeney*, at para. 52, citing J. A. Fontana, *The Law of Search and Seizure in Canada* (3rd ed. 1992); J. A. Fontana and D. Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada* (8th ed. 2010), at p. 1066; *R. v. Kelsy*, 2011 ONCA 605, 283 O.A.C. 201, at para. 24).

[176] The definition of exigency in s. 529.3 of the *Criminal Code* is consistent with the common law. That provision authorizes the police to enter a home, without a warrant, under exigent circumstances, which are defined in s. 529.3(2) as circumstances in which the officer:

(a) has reasonable grounds to suspect that entry into the dwelling-house is necessary to prevent imminent bodily harm or death to any person; or

(b) has reasonable grounds to believe that evidence relating to the commission of an indictable offence is present in the dwelling-house and that entry into the dwelling-house is necessary to prevent the imminent loss or imminent destruction of the evidence.

[174] Suivant l’al. 487(1)b) du *Code criminel*, les policiers peuvent obtenir un mandat s’il « existe des motifs raisonnables de croire [. . .] [qu’une fouille] fournira une preuve touchant la commission d’une infraction ou révélera l’endroit où se trouve la personne qui est présumée avoir commis une infraction ». L’article 487.11 précise ce qui suit :

L’agent de la paix [. . .] peut, pour l’accomplissement de ses fonctions, exercer, sans mandat, tous les pouvoirs prévus [au] paragraph[e] 487(1) [. . .] lorsque l’urgence de la situation rend difficilement réalisable l’obtention du mandat, sous réserve que les conditions de délivrance de celui-ci soient réunies.

Ainsi, l’obligation faite aux policiers d’obtenir un mandat pour pouvoir fouiller un appareil numérique personnel peut être écartée lorsque l’urgence de la situation l’exige, si les conditions de délivrance du mandat sont réunies. Cependant, ces dispositions ne précisent pas ce qui constitue une urgence.

[175] En common law, ont été considérées comme incluant des situations d’urgence (1) la perte ou la destruction imminente d’éléments de preuve ou (2) une menace imminente à la sécurité de la police ou du public (*Feeney*, par. 52, citant J. A. Fontana, *The Law of Search and Seizure in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992); J. A. Fontana et D. Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada* (8<sup>e</sup> éd. 2010), p. 1066; *R. c. Kelsy*, 2011 ONCA 605, 283 O.A.C. 201, par. 24).

[176] Les situations d’urgence énoncées à l’art. 529.3 du *Code criminel* correspondent à celles prévues par la common law. Cette disposition autorise les policiers à pénétrer sans mandat dans une résidence lorsqu’il y a urgence, c’est-à-dire, aux termes du par. 529.3(2), dans les cas où l’agent :

a) a des motifs raisonnables de soupçonner qu’il est nécessaire de pénétrer dans la maison d’habitation pour éviter à une personne des lésions corporelles imminentes ou la mort;

b) a des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve relatifs à la perpétration d’un acte criminel se trouvent dans la maison d’habitation et qu’il est nécessaire d’y pénétrer pour éviter leur perte ou leur destruction imminentes.

[177] This provision provides for a lower standard for exigency to protect safety (reasonable suspicion) than to preserve evidence (reasonable belief). Similarly, in *Golub*, at pp. 758-59, the Ontario Court of Appeal recognized the power to search a home incident to an arrest in exceptional circumstances, based on a *reasonable suspicion* that an armed person or injured victim may have been inside.

[178] In my view, the existing common law standards of exigency are equally applicable to the search of a cell phone. The usual standard of *reasonable belief* is appropriate for the preservation of evidence. However, the standard to infringe an arrested person's privacy interest is lower when the search is reasonably necessary to safely and effectively perform an arrest. When an accused has summoned backup, the arrest itself is potentially jeopardized by threats to the police and the public. The highest purpose of law enforcement is to protect the public, and officers are entitled to ensure their own safety in carrying out their dangerous and necessary duties. Thus, a *reasonable suspicion* that the search of a cell phone is necessary to prevent imminent bodily harm or death will justify a warrantless search.

[179] Therefore, a warrantless search of a cell phone on arrest will be justified when (1) there is a reasonable basis to suspect a search may prevent an imminent threat to safety or (2) there are reasonable grounds to believe that the imminent loss or destruction of evidence may be prevented by a warrantless search.

[177] La norme fixée par cette disposition pour déterminer l'urgence de la situation est moins élevée pour la protection de la sécurité (soupçon raisonnable) que pour la préservation de la preuve (croyance raisonnable). De même, dans *Golub*, p. 758-759, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu aux policiers le pouvoir de fouiller une résidence accessoirement à une arrestation dans des circonstances exceptionnelles, sur la foi de *soupons raisonnables* qu'une personne armée ou une personne blessée peut se trouver à l'intérieur.

[178] À mon avis, les normes existantes de la common law en matière de détermination de l'urgence de la situation s'appliquent tout autant à la fouille d'un téléphone cellulaire. La norme usuelle des *croyances raisonnables* constitue la norme applicable à l'égard de la préservation de la preuve. Cependant, la norme suffisante pour justifier une atteinte à la vie privée de la personne arrêtée est moins exigeante lorsque la fouille est raisonnablement nécessaire pour procéder de façon sécuritaire et effective à une arrestation. Dans les cas où l'accusé a appelé des renforts, l'arrestation elle-même peut être compromise par des risques pour la sécurité des policiers et du public. L'objectif ultime des activités d'application de la loi est la protection du public, et les policiers sont autorisés à assurer leur propre sécurité dans l'exécution de leurs fonctions dangereuses et nécessaires. Par conséquent, la fouille sans mandat d'un téléphone cellulaire sera justifiée en présence de *soupons raisonnables* que cette fouille est nécessaire pour prévenir des lésions corporelles imminentes ou la mort.

[179] La fouille sans mandat d'un téléphone cellulaire lors d'une arrestation sera donc justifiée dans les cas où les policiers ont (1) soit des motifs raisonnables de soupçonner qu'une telle fouille pourrait éviter une menace imminente à la sécurité, (2) soit des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait empêcher la perte ou la destruction imminente d'éléments de preuve.



#### IV. Application

[180] The search of a cell phone without a warrant cannot be justified under the common law power of search incident to arrest.

[181] In my view, the circumstances of this case did not justify a warrantless search of the appellant's phone, as the facts of this case fall far below either standard for exigency. There was no reasonable basis to suspect that it was necessary to search the cell phone for the purposes of safety. The mere use of an unrecovered firearm in the commission of the offence — the presence of a gun on the streets — is insufficient to ground a reasonable suspicion of *imminent* bodily harm or death. This case demonstrates the appropriateness of such restraint — the handgun was later found in the getaway car, which had already been secured but not yet searched. Nor was there any basis to suspect that violent backup had been called for. The officer did not observe the appellant making a call or sending a text, nor did he have any basis to think that the appellant knew an arrest was imminent. Similarly, there were no reasonable grounds to believe that the destruction of evidence was imminent, either by remote wiping of the phone or destruction of physical evidence by a possible accomplice.

[182] Therefore, the searches of the appellant's phone were not justified and unreasonably infringed his privacy, in violation of s. 8 of the *Charter*.

##### A. *Exclusion of the Evidence*

[183] The evidence which was unconstitutionally obtained from the appellant's phone should be excluded.

#### IV. Application à l'espèce

[180] La fouille sans mandat d'un téléphone cellulaire ne saurait être justifiée en vertu du pouvoir que reconnaît la common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation.

[181] Selon moi, les circonstances de la présente affaire ne justifiaient pas de fouiller sans mandat le téléphone de l'appelant, car les faits de l'espèce sont loin de satisfaire à l'une ou l'autre des normes de détermination de l'urgence de la situation. Il n'existait aucun motif raisonnable de soupçonner qu'il était nécessaire de fouiller le téléphone pour des raisons de sécurité. Le simple fait que l'arme à feu utilisée lors de la perpétration d'une infraction ne soit pas retrouvée — en d'autres mots la présence d'une arme à feu en circulation — ne suffit pas pour établir des soupçons raisonnables de risques *imminents* de lésions corporelles ou de mort. La présente affaire démontre le bien-fondé d'une telle retenue — l'arme a en effet été trouvée plus tard dans le véhicule des fuyards, lequel avait déjà été saisi mais pas encore fouillé. Rien ne permettait non plus de soupçonner que des renforts violents avaient été appelés. Le policier n'a pas vu l'appelant faire un appel ou envoyer un message texte, et il n'avait pas non plus de raison de penser que celui-ci savait qu'une arrestation était imminente. De même, il n'existait aucun motif raisonnable de croire à l'existence d'un risque imminent de destruction d'éléments de preuve — soit par suppression à distance du contenu du téléphone, soit par destruction d'éléments de preuve matériels par un possible complice.

[182] En conséquence, les fouilles du téléphone de l'appelant effectuées en l'espèce n'étaient pas justifiées et ont porté atteinte de manière abusive à sa vie privée, en contravention de l'art. 8 de la *Charte*.

##### A. *Exclusion de la preuve*

[183] Les éléments de preuve qui ont été recueillis inconstitutionnellement du téléphone de l'appelant devraient être écartés.

[184] The trial judge found no *Charter* infringement but nonetheless directed her mind towards s. 24(2), concluding that, even if unconstitutionally obtained, the evidence on the phone should not be excluded. While trial judges' decisions under s. 24(2) are generally entitled to considerable deference (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 86), that is not the case when an appellate court reaches a different conclusion on the breach itself. That said, absent palpable and overriding error, the trial judge's underlying factual findings are always entitled to deference (*Grant* (2009), at para. 129; see also *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at p. 256).

[185] In *Grant* (2009) this Court established a three-part test to determine whether unconstitutionally obtained evidence should be excluded under s. 24(2):

... (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct (admission may send the message the justice system condones serious state misconduct), (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused (admission may send the message that individual rights count for little), and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. [para. 71]

(1) Seriousness of the *Charter*-Infringing State Conduct

[186] The first factor considers the seriousness of the offending state conduct — the more severe or deliberate the conduct, the greater the need for the courts to dissociate themselves from it to maintain public confidence in the justice system.

[187] The trial judge found that the police acted in good faith. The police believed they were acting within their powers and there was no clear precedent that directed them to treat a cell phone differently than other receptacles. Moreover, when the police later learned of a case that they believed

[184] Bien qu'elle ait conclu à l'absence de violation de la *Charte*, la juge de première instance s'est néanmoins penchée sur l'application du par. 24(2), statuant que, même s'ils avaient été obtenus de façon inconstitutionnelle, les éléments de preuve tirés du téléphone ne devaient pas être écartés. Quoiqu'il faille généralement faire montre d'une déférence considérable à l'égard des décisions rendues par les juges de première instance en vertu du par. 24(2) (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 86), ce n'est pas le cas lorsque le tribunal d'appel arrive à une conclusion différente au sujet de la violation elle-même. Cela dit, en l'absence d'erreur manifeste et dominante, les conclusions de fait sous-jacentes des juges de première instance commandent toujours la déférence (*Grant* (2009), par. 129; voir aussi *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 256).

[185] Dans l'arrêt *Grant* (2009), la Cour a établi une analyse à trois volets, qui permet de décider si des éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle doivent être écartés en application du par. 24(2) :

... (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État (l'utilisation peut donner à penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État), (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* (l'utilisation peut donner à penser que les droits individuels ont peu de poids) et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. [par. 71]

(1) Gravité de la conduite attentatoire de l'État

[186] Le premier facteur concerne la gravité de la conduite répréhensible de l'État — plus les gestes sont graves ou délibérés, plus il est nécessaire que les tribunaux s'en dissocient afin de préserver la confiance du public dans le système de justice.

[187] La juge de première instance a conclu que les policiers avaient agi de bonne foi. Ceux-ci croyaient qu'ils agissaient dans les limites des pouvoirs dont ils disposent, et il n'existait aucun précédent jurisprudentiel clair leur prescrivant de traiter les téléphones cellulaires différemment d'autres

required them to obtain a warrant, they promptly applied for and obtained such a warrant. In doing so, the police made full disclosure of their prior searches of the phone.

[188] I find no reviewable error in the trial judge's conclusion. The searches took place before this Court released its decision in *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253. That decision marked a sea change in the law's approach to digital devices by making it clear that individuals have a very strong privacy interest in their computers (and, by extension, similar devices). Before that decision, many appellate courts had endorsed a broad power to search receptacles such as purses or briefcases incident to arrest and this Court had not indicated that the police should treat a cell phone differently.

[189] As Fish J. concluded in *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, a mistaken understanding about the power to search without a warrant is much more understandable in an unsettled area of law (para. 86). In my opinion the state conduct factor weighs against exclusion.

(2) Impact on the Charter-Protected Interests of the Accused

[190] The second factor considers the extent to which the seriousness of the breach undermined the interests protected by the right infringed. As these reasons make clear, individuals have an extremely high expectation of privacy in their digital devices, much as they do in their homes. The information contained in such devices is often extensive, private and highly personal. Consequently, the impact of an unwarranted search of a cell phone will tend

contenants. En outre, lorsqu'ils ont par la suite appris l'existence d'une décision qui, à leur avis, exigeait qu'ils obtiennent un mandat, ils l'ont promptement demandé et obtenu. À l'occasion de la demande, ils ont fait état de tous les faits relatifs aux fouilles du téléphone réalisées jusque-là.

[188] À mon avis, la conclusion de la juge de première instance n'est entachée d'aucune erreur donnant ouverture à révision. Les fouilles ont eu lieu avant que notre Cour rende l'arrêt *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253. Cette décision a radicalement modifié la façon dont le droit considère les appareils numériques, en indiquant clairement que les citoyens jouissent d'un intérêt considérable en matière de respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs ordinateurs (et, par extension, les appareils similaires). Avant cet arrêt, de nombreux tribunaux d'appel avaient reconnu l'existence d'un large pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation à l'égard de contenants tels les sacs à main ou les mallettes, et la Cour n'avait pas précisé que la police devait réserver un traitement différent aux téléphones cellulaires.

[189] Comme a conclu le juge Fish dans l'arrêt *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, une interprétation erronée du pouvoir de fouille sans mandat est beaucoup plus compréhensible lorsque le droit n'est pas encore bien établi (par. 86). À mon avis, le facteur relatif à la conduite de l'État milite contre l'exclusion.

(2) Incidence de l'atteinte sur les droits garantis à l'accusé par la Charte

[190] Le deuxième facteur concerne la mesure dans laquelle la gravité de la violation du droit en cause a porté atteinte aux intérêts protégés par celui-ci. Comme l'indiquent clairement les présents motifs, les gens ont des attentes extrêmement élevées en matière de respect de leur vie privée relativement à leurs appareils numériques, tout comme ils en ont à l'égard de leur domicile. Ces appareils renferment souvent énormément d'informations,

to be very severe. Any such *Charter* breach must be treated seriously.

[191] In this case, the police searched text messages and photographs. I have concluded that the fact that the phone in question was a dumb phone, as opposed to one with greater data storage and computing capacities, does not reduce the need to obtain a warrant. In practice, it may be that the search of a dumb phone has the potential to reveal less personal information than a more thorough search of a smart phone. However, even this simple modern cell phone contained private text message conversations, photographs, and call histories. Individuals reasonably expect that such highly personal information will remain private. The breach of the privacy interest was very serious.

[192] This factor strongly favours the exclusion of evidence.

(3) Society's Interest in an Adjudication on the Merits

[193] The third factor asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence or by its exclusion.

[194] There is no reason to be concerned about the reliability of the evidence. Unlike an improperly obtained confession, for example, nothing about the police conduct in this case undermined the reliability of the messages or photographs retrieved from the phone. I agree with the trial judge that the evidence was reliable and cogent.

[195] However, even though armed robbery is a serious offence, this case would not have been “gutted” by the exclusion of the cell phone evidence, given the existence of witness testimony

informations qui possèdent dans bien des cas un caractère privé et éminemment personnel. Par conséquent, les répercussions d'une fouille injustifiée d'un téléphone cellulaire ont tendance à être très graves. De telles violations de la *Charte* doivent être traitées sérieusement.

[191] En l'espèce, les policiers ont consulté des messages texte et des photos. J'ai conclu que le fait que le téléphone en question était un téléphone peu futé — plutôt qu'un téléphone doté de plus grandes capacités de stockage et de traitement des données — n'atténuait en rien la nécessité d'obtenir un mandat. Bien que, en pratique, la fouille d'un téléphone peu futé risque de révéler des renseignements moins personnels que la fouille plus approfondie d'un téléphone intelligent, même le simple téléphone cellulaire récent en cause contenait des conversations privées par message texte, des photos et des historiques d'appels. Les gens s'attendent raisonnablement à ce que des renseignements aussi personnels demeurent privés. La violation de la vie privée était très grave.

[192] Ce facteur milite fortement en faveur de l'exclusion de la preuve.

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

[193] Le troisième facteur consiste à se demander si le rôle de recherche de la vérité que remplit le procès criminel serait mieux servi par l'utilisation de la preuve que par son exclusion.

[194] Il n'y a aucune raison de s'inquiéter de la fiabilité de la preuve. Contrairement à un aveu obtenu irrégulièrement, par exemple, la conduite des policiers en l'espèce n'a aucunement miné la fiabilité des messages ou des photos trouvés dans le téléphone. À l'instar de la juge du procès, je suis d'avis que la preuve était fiable et convaincante.

[195] Toutefois, même si un vol à main armée constitue une infraction grave, l'exclusion des éléments de preuve tirés du téléphone cellulaire n'aurait pas « été fatale » à la preuve de la poursuite,

and physical evidence — most particularly a fire-arm found in the “getaway” car that matched the description of that used in the commission of the offence.

[196] Consequently, this factor is of limited assistance.

### B. *Conclusion*

[197] In my opinion, the evidence should be excluded. The state conduct was not particularly objectionable, given that the police acted in good faith, and the evidence is reliable. However, the high privacy interest individuals have in their electronic devices tips the balance in favour of exclusion. Judicial pre-authorization is an essential bulwark against unjustified infringements of individual privacy. Unwarranted searches undermine the public’s confidence that personal communications, ideas and beliefs will be protected on their digital devices. This is particularly important given the increasing use and ubiquity of such technology. It is difficult to conceive of a sphere of privacy more intensely personal — or indeed more pervasive — than that found in an individual’s personal digital device or computer. To admit evidence obtained in breach of this particularly strong privacy interest, one of concern to an ever-increasing majority of Canadians, would tend to bring the administration of justice into disrepute.

[198] Accordingly, I would allow the appeal.

*Appeal dismissed, LEBEL, ABELLA and KARAKATSANIS JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Sam Goldstein, Toronto; Shelley Flam, Toronto.*

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

compte tenu de l’existence de témoignages et de preuves matérielles, particulièrement une arme à feu qui a été découverte dans le « véhicule des fuyards » et qui correspondait à la description de celle utilisée dans la perpétration de l’infraction.

[196] Par conséquent, ce facteur n’est que d’une utilité limitée.

### B. *Conclusion*

[197] À mon avis, la preuve devrait être écartée. La conduite de l’État n’était pas particulièrement répréhensible — les policiers ayant agi de bonne foi — et la preuve est fiable. Néanmoins, l’intérêt élevé que les gens ont en matière de respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs appareils électroniques fait pencher la balance en faveur de l’exclusion de la preuve. L’autorisation judiciaire préalable constitue un rempart essentiel contre les violations injustifiées de la vie privée des particuliers. Les fouilles injustifiées minent la confiance des gens dans la protection des communications, idées et croyances personnelles se trouvant dans leurs appareils numériques. Cette considération est particulièrement importante compte tenu de l’omniprésence et de l’utilisation sans cesse croissante de ces moyens techniques. Il est difficile d’imaginer une sphère privée plus hautement personnelle — ou même plus répandue — que celle existant dans un appareil numérique ou un ordinateur. Permettre l’utilisation d’une preuve obtenue en violation de cet intérêt singulièrement important en matière de respect de la vie privée, qui préoccupe une majorité sans cesse croissante de Canadiennes et de Canadiens, serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[198] Par conséquent, j’accueillerais le pourvoi.

*Pourvoi rejeté, les juges LEBEL, ABELLA et KARAKATSANIS sont dissidents.*

*Procureurs de l’appellant : Sam Goldstein, Toronto; Shelley Flam, Toronto.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta): Pringle, Chivers, Sparks, Teskey, Edmonton; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: City of Vancouver, Vancouver.*

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

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

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

*Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) : Pringle, Chivers, Sparks, Teskey, Edmonton; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : City of Vancouver, Vancouver.*

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