

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Richard Cole *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of Quebec, Criminal
Lawyers' Association (Ontario),
Canadian Civil Liberties Association
and Canadian Association of Counsel to
Employers** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. COLE

2012 SCC 53

File No.: 34268.

2012: May 15; 2012: October 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Information contained on computer — Pornographic pictures of child found on employer-issued work computer — Whether accused had reasonable expectation of privacy in employer-issued work computer — Whether warrantless search and seizure of laptop computer and disc containing Internet files breached accused's rights under s. 8 of Charter — If so, whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of Charter.

The accused, a high-school teacher, was charged with possession of child pornography and unauthorized use of a computer. He was permitted to use his work-issued laptop computer for incidental personal purposes which he did. While performing maintenance activities, a technician found on the accused's laptop a hidden folder containing nude and partially nude photographs of an underage female student. The technician notified the principal, and copied the photographs to a compact disc. The principal seized the laptop, and school board

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Richard Cole *Intimé*

et

**Directeur des poursuites pénales,
procureur général du Québec, Criminal
Lawyers' Association (Ontario),
Association canadienne des libertés civiles
et Canadian Association of Counsel to
Employers** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. COLE

2012 CSC 53

N° du greffe : 34268.

2012 : 15 mai; 2012 : 19 octobre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Informations contenues dans un ordinateur — Photographies pornographiques d'un enfant trouvées dans un ordinateur fourni par l'employeur — L'accusé avait-il des attentes raisonnables en matière de vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail fourni par l'employeur? — La fouille et la saisie sans mandat d'un ordinateur portable et d'un disque contenant des fichiers Internet ont-elles porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la Charte? — Le cas échéant, les éléments de preuve doivent-ils être exclus en application de l'art. 24(2) de la Charte?

L'accusé, un enseignant dans une école secondaire, a été accusé de possession de pornographie juvénile et d'utilisation non autorisée d'un ordinateur. Il était autorisé à utiliser accessoirement l'ordinateur portable fourni pour son travail à des fins personnelles, ce qu'il a fait. Un technicien qui effectuait des travaux de maintenance a trouvé dans l'ordinateur portable de M. Cole un dossier caché contenant des photographies d'une élève d'âge mineur nue et partiellement nue. Le technicien en a informé le directeur de l'école et a copié les photographies

technicians copied the temporary Internet files onto a second disc. The laptop and both discs were handed over to the police, who without a warrant reviewed their contents and then created a mirror image of the hard drive for forensic purposes. The trial judge excluded all of the computer material pursuant to ss. 8 and 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The summary conviction appeal court reversed the decision, finding that there was no s. 8 breach. The Court of Appeal for Ontario set aside that decision and excluded the disc containing the temporary Internet files, the laptop and the mirror image of its hard drive. The disc containing the photographs of the student was found to be legally obtained and therefore admissible. As the trial judge had wrongly excluded this evidence, the Court of Appeal ordered a new trial.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed. The exclusionary order of the Court of Appeal is set aside and the order of a new trial is affirmed.

Per McLachlin C.J., and LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.: Computers that are reasonably used for personal purposes — whether found in the workplace or the home — contain information that is meaningful, intimate, and touching on the user's biographical core. Canadians may therefore reasonably expect privacy in the information contained on these computers, at least where personal use is permitted or reasonably expected. Ownership of property is a relevant consideration, but is not determinative. Workplace policies are also not determinative of a person's reasonable expectation of privacy. Whatever the policies state, one must consider the totality of the circumstances in order to determine whether privacy is a reasonable expectation in the particular situation. While workplace policies and practices may diminish an individual's expectation of privacy in a work computer, these sorts of operational realities do not in themselves remove the expectation entirely. A reasonable though diminished expectation of privacy is nonetheless a reasonable expectation of privacy, protected by s. 8 of the *Charter*. Accordingly, it is subject to state intrusion only under the authority of a reasonable law.

sur un disque compact. Le directeur a saisi l'ordinateur portable, et les techniciens du conseil scolaire ont copié les fichiers Internet temporaires sur un second disque. L'ordinateur portable et les deux disques ont été remis à la police qui, sans avoir obtenu un mandat, a examiné leur contenu et a ensuite créé une image miroir du disque dur pour expertise judiciaire. Le juge du procès a exclu tout le matériel informatique en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a infirmé la décision du juge du procès et conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 8. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé cette décision et a exclu de la preuve le disque comportant les fichiers Internet temporaires, l'ordinateur portable et l'image miroir de son disque dur. Elle a conclu que le disque contenant les photographies de l'élève avait été obtenu légalement et qu'il était donc admissible. Étant donné que le juge du procès avait écarté à tort cet élément de preuve, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance d'exclusion prononcée par la Cour d'appel est annulée et l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell et Moldaver : Les ordinateurs utilisés d'une manière raisonnable à des fins personnelles — qu'ils se trouvent au travail ou à la maison — contiennent des renseignements qui sont significatifs, intimes et qui ont trait à l'ensemble des renseignements biographiques de l'utilisateur. Les Canadiens peuvent donc raisonnablement s'attendre à la protection de leur vie privée à l'égard des renseignements contenus dans ces ordinateurs, du moins lorsque leur utilisation à des fins personnelles est permise ou raisonnablement prévue. La propriété d'un bien est une considération pertinente mais elle n'est pas déterminante. Les politiques de l'employeur ne sont pas, elles non plus, déterminantes quant à l'attente raisonnable d'une personne en matière de respect de sa vie privée. Quoique prescrivent les politiques, il faut examiner l'ensemble des circonstances afin de déterminer si le respect de la vie privée constitue une attente raisonnable dans ce contexte particulier. Bien que les politiques et les pratiques en vigueur dans le milieu de travail puissent réduire l'attente du particulier en matière de respect de sa vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail, les réalités opérationnelles de ce genre ne font pas à elles seules disparaître complètement l'attente. Une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, quoique réduite, n'en demeure pas moins une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée protégée par l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, elle ne peut faire l'objet de l'ingérence de l'État qu'en vertu d'une loi raisonnable.

The police in this case infringed the accused's rights under s. 8 of the *Charter*. The accused's personal use of his work-issued laptop generated information that is meaningful, intimate, and organically connected to his biographical core. Pulling in the other direction are the ownership of the laptop by the school board, the workplace policies and practices, and the technology in place at the school. These considerations diminished the accused's privacy interest in his laptop, at least in comparison to a personal computer, but they did not eliminate it entirely. On balance, the totality of the circumstances support the objective reasonableness of the accused's subjective expectation of privacy. While the principal had a statutory duty to maintain a safe school environment, and, by necessary implication, a reasonable power to seize and search a school-board issued laptop, the lawful authority of the accused's employer to seize and search the laptop did not furnish the police with the same power. Furthermore, a third party cannot validly consent to a search or otherwise waive a constitutional protection on behalf of another. The school board was legally entitled to inform the police of its discovery of contraband on the laptop. This would doubtless have permitted the police to obtain a warrant to search the computer for the contraband. But receipt of the computer from the school board did not afford the police warrantless access to the personal information contained within it. This information remained subject, at all relevant times, to the accused's reasonable and subsisting expectation of privacy.

Unconstitutionally obtained evidence should be excluded under s. 24(2) if, considering all of the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute. The conduct of the police officer in this case was not an egregious breach of the *Charter*. While the police officer did attach great importance to the school board's ownership of the laptop, he did not do so to the exclusion of other considerations. The officer sincerely, though erroneously, considered the accused's *Charter* interests. Further, the officer had reasonable and probable grounds to obtain a warrant. Had he complied with the applicable constitutional requirements, the evidence would necessarily have been discovered. Finally, the evidence is highly reliable and probative physical evidence. The exclusion of the material would have a marked negative impact on

En l'espèce, la police a porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte*. L'utilisation à des fins personnelles, par l'accusé, de l'ordinateur portable fourni pour son travail engendrait des renseignements qui sont significatifs, intimes et reliés organiquement à l'ensemble de ses renseignements biographiques. À l'opposé, on trouve le droit de propriété sur l'ordinateur portable détenu par le conseil scolaire, les politiques et les pratiques en vigueur dans le milieu de travail, ainsi que la technologie en place à l'école. Ces considérations réduisaient le droit de l'accusé au respect de sa vie privée à l'égard de son ordinateur portable, du moins par comparaison avec un ordinateur personnel, mais elles ne l'éliminaient pas complètement. Tout compte fait, l'ensemble des circonstances étaient le caractère raisonnable, sur le plan objectif, de l'attente subjective de l'accusé en matière de respect de sa vie privée. Même si le directeur avait l'obligation légale de maintenir un milieu d'apprentissage sécuritaire et, par voie de conséquence logique, le pouvoir raisonnable de saisir et de fouiller un ordinateur portable fourni par le conseil scolaire, le pouvoir légitime de l'employeur de l'accusé de saisir et de fouiller l'ordinateur portable ne conférait pas à la police le même pouvoir. En outre, un tiers ne peut donner un consentement valide à une fouille ou autrement renoncer à une garantie constitutionnelle pour le compte d'une autre personne. Le conseil scolaire avait légalement le droit d'informer la police de sa découverte de documents illicites dans l'ordinateur portable. Cela aurait sans aucun doute permis à la police d'obtenir un mandat pour fouiller l'ordinateur afin d'y trouver les documents illicites. Cependant, la remise de l'ordinateur par le conseil scolaire ne permettait pas à la police d'accéder sans mandat aux renseignements personnels qu'il renfermait. Ces renseignements restaient assujettis, à tous les moments considérés, à l'attente raisonnable et durable de l'accusé en matière de respect de sa vie privée.

Les éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement devraient être écartés conformément au par. 24(2) si, eu égard à toutes les circonstances, leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La conduite du policier en l'espèce ne constituait pas une violation tout à fait inacceptable de la *Charte*. Bien que le policier ait accordé beaucoup d'importance au fait que l'ordinateur portable appartenait au conseil scolaire, il n'a pas pour autant exclu d'autres considérations. Le policier a sincèrement, bien qu'erronément, pris en considération les droits garantis par la *Charte* à l'accusé. Qui plus est, le policier avait les motifs raisonnables et probables requis pour obtenir un mandat. S'il s'était conformé aux exigences constitutionnelles applicables, la preuve aurait forcément été découverte. Enfin, les éléments de preuve constituent une

the truth-seeking function of the criminal trial process. The admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute and therefore the evidence should not be excluded.

Generally speaking, the decision to exclude evidence under s. 24(2) should be final. In very limited circumstances however, a material change of circumstances may justify a trial judge to revisit an exclusionary order. In this case, the Court of Appeal invited the trial judge to re-assess the admissibility of the temporary Internet files disc if the evidence becomes important to the truth-seeking function as the trial unfolds. Unconstitutionally obtained evidence, once excluded, will not become admissible simply because the Crown cannot otherwise satisfy its burden to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

Per Abella J. (dissenting): While it is agreed that there has been a *Charter* breach, the evidence in this case should be excluded under s. 24(2). The *Charter*-infringing conduct in this case was serious in its disregard for central and well-established *Charter* standards. The police officer had years of experience in investigating cyber-crime and was expected to follow established *Charter* jurisprudence. Further, the police officer's exclusive reliance on ownership to determine whether a warrant was required, was unreasonable and contradicted a finding of good faith for the purposes of s. 24(2). There were also no exigent circumstances or other legitimate reasons preventing the police from getting a warrant. The decision not to get a warrant mandates in favour of exclusion.

The impact of the breach on the accused's *Charter*-protected interests, even assuming that his reasonable expectation of privacy was reduced because it was a workplace computer, was significant given the extent of the intrusion into his privacy. The warrantless search and seizure in this case included the entire contents of the accused's computer. It had no restrictions as to scope. The extent of the search of the accused's hard drive and browsing history was significant and weighs in favour of exclusion.

preuve matérielle probante et très fiable. L'exclusion du matériel aurait une incidence négative marquée sur la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel. L'utilisation de la preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et par conséquent, la preuve ne devrait pas être exclue.

En règle générale, la décision d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) devrait être définitive. Cependant, dans des circonstances très limitées, des changements notables dans les circonstances peuvent justifier que le juge du procès réexamine une ordonnance d'exclusion. En l'espèce, la Cour d'appel a invité le juge du procès à réévaluer l'admissibilité du disque comportant les fichiers Internet temporaires si cet élément de preuve devient important pour la fonction de recherche de la vérité au fil du procès. Les éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement, une fois écartés, ne deviendront pas admissibles tout simplement parce que le ministère public ne pourrait autrement s'acquitter du fardeau qui lui incombe de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

La juge Abella (dissidente) : Bien que nul ne conteste qu'il y a eu violation de la *Charte*, les éléments de preuve en l'espèce devraient être exclus aux termes du par. 24(2). En l'espèce, la conduite attentatoire était grave parce que le policier a fait fi des normes fondamentales et bien établies relatives à la *Charte*. Le policier comptait plusieurs années d'expérience des enquêtes dans le domaine de la cybercriminalité et était censé se conformer à la jurisprudence constitutionnelle établie. De plus, le fait pour le policier de s'en remettre exclusivement au droit de propriété pour déterminer si un mandat était requis était déraisonnable ne saurait être invoqué pour justifier sa bonne foi aux fins du par. 24(2). Il n'y avait pas non plus de situation d'urgence ou d'autres motifs légitimes qui empêchaient la police d'obtenir un mandat. La décision de ne pas obtenir de mandat milite en faveur de l'exclusion.

L'incidence de l'atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé, même si l'on suppose que son attente raisonnable en matière de vie privée était réduite parce qu'il s'agissait d'un ordinateur de travail, était importante vu l'ampleur de l'intrusion dans sa vie privée. La fouille et la saisie sans mandat en l'espèce visaient la totalité du contenu de l'ordinateur de l'accusé. Il n'y avait aucune restriction quant à leur étendue. La portée de la fouille du disque dur de l'accusé et de son historique de navigation était importante, ce qui favorise l'exclusion.

Finally, while the evidence in this case is reliable, its importance to the prosecution's case is at best speculative given that the pornographic photographs themselves were admitted.

Balancing these factors, and in light of the deference owed to trial judges in applying s. 24(2), the evidence should be excluded.

Cases Cited

By Fish J.

Applied: *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; **referred to:** *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987); *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. D'Amour* (2002), 166 C.C.C. (3d) 477; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974); *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990); *United States v. Ziegler*, 474 F.3d 1184 (2007); *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Underwood*, [1998] 1 S.C.R. 77; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Trask*, [1987] 2 S.C.R. 304.

By Abella J. (dissenting)

R. v. Morelli, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163.1(4), 342.1(1).
Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 265.

Enfin, bien que les éléments de preuve en l'espèce soient fiables, leur importance pour la poursuite est tout au plus conjecturale étant donné que les photographies pornographiques elles-mêmes ont été admises.

Après avoir soupesé ces facteurs, et compte tenu de la déférence accordée aux juges de première instance en ce qui a trait à l'application du par. 24(2), les éléments de preuve devraient être exclus.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêt appliqué : *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; **arrêts mentionnés :** *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *O'Connor c. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987); *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. D'Amour* (2002), 166 C.C.C. (3d) 477; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *United States c. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974); *Illinois c. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990); *United States c. Ziegler*, 474 F.3d 1184 (2007); *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Underwood*, [1998] 1 R.C.S. 77; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Trask*, [1987] 2 R.C.S. 304.

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Morelli, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4), 342.1(1).
Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 265.

Authors Cited

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Sharpe and Karakatsanis J.J.A.), 2011 ONCA 218, 105 O.R. (3d) 253, 277 O.A.C. 50, 231 C.R.R. (2d) 76, 269 C.C.C. (3d) 402, 83 C.R. (6th) 1, 2011 CLLC ¶210-018, 90 C.C.E.L. (3d) 1, [2011] O.J. No. 1213 (QL), 2011 CarswellOnt 1766, setting aside a decision of Kane J. (2009), 190 C.R.R. (2d) 130, 2009 CanLII 20699, [2009] O.J. No. 1755 (QL), 2009 CarswellOnt 2251, setting aside a decision of Guay J., 2008 ONCJ 278, 175 C.R.R. (2d) 263, [2008] O.J. No. 2417 (QL), 2008 CarswellOnt 3601. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

Amy Alyea and Frank Au, for the appellant.

Frank Addario, Gerald Chan and Nader R. Hasan, for the respondent.

Ronald C. Reimer and Monique Dion, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Dominique A. Jobin and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Jonathan Dawe and Michael Dineen, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Jonathan C. Lisus and Michael Perlin, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Daniel Michaluk and Joseph Cohen-Lyons, for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ. was delivered by

FISH J. —

I

[1] The Court left no doubt in *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, that Canadians may

Doctrine et autres documents cités

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York : Atheneum, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Sharpe et Karakatsanis), 2011 ONCA 218, 105 O.R. (3d) 253, 277 O.A.C. 50, 231 C.R.R. (2d) 76, 269 C.C.C. (3d) 402, 83 C.R. (6th) 1, 2011 CLLC ¶210-018, 90 C.C.E.L. (3d) 1, [2011] O.J. No. 1213 (QL), 2011 CarswellOnt 1766, qui a infirmé une décision du juge Kane (2009), 190 C.R.R. (2d) 130, 2009 CanLII 20699, [2009] O.J. No. 1755 (QL), 2009 CarswellOnt 2251, qui a infirmé une décision du juge Guay, 2008 ONCJ 278, 175 C.R.R. (2d) 263, [2008] O.J. No. 2417 (QL), 2008 CarswellOnt 3601. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

Amy Alyea et Frank Au, pour l'appelante.

Frank Addario, Gerald Chan et Nader R. Hasan, pour l'intimé.

Ronald C. Reimer et Monique Dion, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

Dominique A. Jobin et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Jonathan Dawe et Michael Dineen, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Jonathan C. Lisus et Michael Perlin, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Daniel Michaluk et Joseph Cohen-Lyons, pour l'intervenante Canadian Association of Counsel to Employers.

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

LE JUGE FISH —

I

[1] Dans l'arrêt *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, la Cour n'a laissé aucun doute

reasonably expect privacy in the information contained on their own *personal* computers. In my view, the same applies to information on *work* computers, at least where personal use is permitted or reasonably expected.

[2] Computers that are reasonably used for personal purposes — whether found in the workplace or the home — contain information that is meaningful, intimate, and touching on the user's biographical core. *Vis-à-vis* the state, everyone in Canada is constitutionally entitled to expect privacy in personal information of this kind.

[3] While workplace policies and practices may diminish an individual's expectation of privacy in a work computer, these sorts of operational realities do not in themselves remove the expectation entirely: The nature of the information at stake exposes the likes, interests, thoughts, activities, ideas, and searches for information of the individual user.

[4] Such was the case here. Mr. Cole, a high-school teacher, was permitted to use his work-issued laptop computer for incidental personal purposes. He did. He browsed the Internet and stored personal information on his hard drive.

[5] While performing maintenance activities, a technician found on Mr. Cole's laptop a hidden folder containing nude and partially nude photographs of a female student. He notified the principal, and, under the latter's discretion, copied the photographs to a compact disc or CD. The principal seized the laptop, and school board technicians copied the temporary Internet files onto a second CD. The laptop and both CDs were handed over to the police, who without a warrant reviewed their contents and then created a mirror image of the hard drive for forensic purposes.

que les Canadiens peuvent raisonnablement s'attendre à la protection de leur vie privée à l'égard des renseignements contenus dans leurs propres ordinateurs *personnels*. À mon avis, le même principe s'applique aux renseignements contenus dans les ordinateurs de *travail*, du moins lorsque leur utilisation à des fins personnelles est permise ou raisonnablement prévue.

[2] Les ordinateurs qui sont utilisés d'une manière raisonnable à des fins personnelles — qu'ils se trouvent au travail ou à la maison — contiennent des renseignements qui sont significatifs, intimes et qui ont trait à l'ensemble des renseignements biographiques de l'utilisateur. Au Canada, la Constitution accorde à chaque personne le droit de s'attendre à ce que l'État respecte sa vie privée à l'égard des renseignements personnels de ce genre.

[3] Bien que les politiques et les pratiques en vigueur dans le milieu de travail puissent réduire l'attente du particulier en matière de respect de sa vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail, les réalités opérationnelles de ce genre ne font pas à elles seules disparaître complètement l'attente : la nature des renseignements en jeu expose les préférences, intérêts, pensées, activités, idées et recherches de renseignements de l'utilisateur individuel.

[4] C'était le cas en l'espèce. M. Cole, un enseignant dans une école secondaire, était autorisé à utiliser accessoirement l'ordinateur portable fourni pour son travail à des fins personnelles. C'est ce qu'il a fait. Il a navigué sur Internet et a stocké des renseignements personnels sur son disque dur.

[5] Alors qu'il effectuait des travaux de maintenance, un technicien a trouvé dans l'ordinateur portable de M. Cole un dossier caché contenant des photographies d'une élève nue et partiellement nue. Il en a informé le directeur de l'école et, avec l'assentiment de ce dernier, a copié les photographies sur un disque compact (CD). Le directeur a saisi l'ordinateur portable, et les techniciens du conseil scolaire ont copié les fichiers Internet temporaires sur un second CD. L'ordinateur portable et les deux CD ont été remis à la police qui, sans avoir obtenu un mandat, a examiné leur contenu et a ensuite créé une image miroir du disque dur pour expertise judiciaire.

[6] Mr. Cole was charged with possession of child pornography and unauthorized use of a computer, contrary to ss. 163.1(4) and 342.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, respectively, and prosecuted by way of summary conviction. The trial judge excluded all of the computer material pursuant to ss. 8 and 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown offered no further evidence and the charges were therefore dismissed (2008 ONCJ 278, 175 C.R.R. (2d) 263).

[7] The summary conviction appeal court reversed the decision of the trial judge, finding that there was no s. 8 breach ((2009), 190 C.R.R. (2d) 130). The Court of Appeal for Ontario set aside that decision and excluded the disc containing the temporary Internet files, the laptop, and the mirror image of its hard drive (2011 ONCA 218, 105 O.R. (3d) 253).

[8] I agree with the Court of Appeal that the police infringed Mr. Cole's rights under s. 8 of the *Charter*. He expected a measure of privacy in his personal information on the laptop. Even taking into account the relevant workplace policies, this expectation of privacy was reasonable in the circumstances. It was, however, a *diminished expectation of privacy* in comparison with the privacy interest considered in *Morelli* — which, unlike this case, involved a personal computer that belonged to Mr. Morelli and was searched and seized in his home.

[9] A reasonable though diminished expectation of privacy is nonetheless a reasonable expectation of privacy, protected by s. 8 of the *Charter*. Accordingly, it is subject to state intrusion only under the authority of a reasonable law.

[10] The Crown in this case could point to no law authorizing the police to conduct, as they did, a warrantless search of Mr. Cole's work laptop. The

[6] M. Cole a été accusé de possession de pornographie juvénile et d'utilisation non autorisée d'un ordinateur, en contravention des par. 163.1(4) et 342.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, respectivement, et a été poursuivi par voie de déclaration sommaire de culpabilité. Le juge du procès a exclu tout le matériel informatique en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public a déclaré sa preuve close et les accusations ont donc été rejetées (2008 ONCJ 278, 175 C.R.R. (2d) 263).

[7] La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a infirmé la décision du juge du procès et conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 8 ((2009), 190 C.R.R. (2d) 130). La Cour d'appel de l'Ontario a annulé cette décision et a exclu de la preuve le disque comportant les fichiers Internet, l'ordinateur portable et l'image miroir de son disque dur (2011 ONCA 218, 105 O.R. (3d) 253).

[8] Comme la Cour d'appel, je suis d'avis que la police a porté atteinte aux droits garantis à M. Cole par l'art. 8 de la *Charte*. Ce dernier s'attendait à un certain respect de sa vie privée à l'égard de ses renseignements personnels dans l'ordinateur portable. Même si l'on tient compte des politiques applicables de l'employeur, cette attente en matière de respect de la vie privée était raisonnable dans les circonstances. Cependant, il s'agissait d'une *attente réduite en matière de vie privée* par comparaison avec le droit à la protection de la vie privée examiné dans l'arrêt *Morelli* — dans lequel, contrairement à la présente affaire, il était question d'un ordinateur personnel qui appartenait à M. Morelli et qui a fait l'objet d'une fouille et d'une saisie au domicile de celui-ci.

[9] Une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, quoique réduite, n'en demeure pas moins une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée protégée par l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, elle ne peut faire l'objet de l'ingérence de l'État qu'en vertu d'une loi raisonnable.

[10] En l'espèce, le ministère public n'a pu invoquer aucune loi autorisant la police à effectuer, comme elle l'a fait, une fouille sans mandat de

lawful authority of his *employer* — a school board — to seize and search the laptop did not furnish the *police* with the same power. And the school board’s “third party consent” to the search was of no legal consequence.

[11] Unlike the Court of Appeal, however, I would not exclude any of the unconstitutionally obtained evidence under s. 24(2).

[12] For these reasons and the reasons that follow, I would allow the appeal and set aside the decision of the Court of Appeal.

II

[13] The parties agree that Mr. Cole may face a new trial regardless of the outcome of this appeal: If the appeal is allowed, the Crown may proceed to a new trial with the benefit of all of the computer evidence excluded by the trial judge; if the Crown’s appeal is dismissed, the Crown can still return to trial, but only with regard to the disc containing the nude photographs.

[14] As a new trial may thus be had, I shall discuss the facts only to the extent necessary to explain my conclusion.

[15] Mr. Cole, as mentioned earlier, was a high-school teacher. In addition to his regular teaching duties, he was responsible for policing the use by students of their networked laptops. To this end, he was supplied with a laptop owned by the school board and accorded domain administration rights on the school’s network. This permitted him to access the hard drives of the students’ laptops.

[16] The use of Mr. Cole’s work-issued laptop was governed by the school board’s Policy and Procedures Manual, which allowed for incidental personal use of the board’s information technology. The policy stipulated that teachers’ e-mail correspondence remained private, but subject to access

l’ordinateur portatif de travail de M. Cole. Le pouvoir légitime de son *employeur* — un conseil scolaire — de saisir et de fouiller l’ordinateur portatif ne conférait pas à la *police* le même pouvoir. De plus, le « consentement d’un tiers » donné par le conseil scolaire pour la fouille n’avait aucune incidence juridique.

[11] Toutefois, contrairement à la Cour d’appel, je n’écarterais aucun des éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement en vertu du par. 24(2).

[12] Pour les motifs qui précèdent et ceux exposés ci-après, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’annuler la décision de la Cour d’appel.

II

[13] Les parties reconnaissent que M. Cole risque de subir un nouveau procès peu importe l’issue du présent pourvoi : si le pourvoi est accueilli, le ministère public peut intenter un nouveau procès en invoquant tous les éléments de preuve électroniques écartés par le juge du procès; si son pourvoi est rejeté, le ministère public peut tout de même retourner devant le tribunal, mais uniquement en ce qui a trait au disque contenant les photographies de l’élève nue.

[14] Comme la tenue d’un nouveau procès est possible, je ne vais examiner les faits que dans la mesure nécessaire pour expliquer ma conclusion.

[15] Rappelons que M. Cole enseignait dans une école secondaire. Outre ses tâches normales d’enseignant, il était chargé de surveiller l’utilisation par les élèves de leurs ordinateurs portatifs en réseau. Pour ce faire, on lui a fourni un ordinateur portatif appartenant au conseil scolaire et on lui a accordé des droits d’administration du domaine lié au réseau de l’école. Cela lui donnait accès aux disques durs des ordinateurs portatifs des élèves.

[16] L’utilisation de l’ordinateur portatif fourni à M. Cole pour le travail était régie par le Manuel des politiques et procédures du conseil scolaire, lequel autorisait l’utilisation occasionnelle des ressources informatiques du conseil scolaire à des fins personnelles. La politique stipulait que le courrier

by school administrators if specified conditions were met. It did not address privacy in other types of files, but it did state that “all data and messages generated on or handled by board equipment are considered to be the property of [the school board]”.

[17] There is evidence as well that the school’s Acceptable Use Policy — written for and signed by students — applied *mutatis mutandis* to teachers. This policy not only restricted the uses to which the students could put their laptops, but also warned users not to expect privacy in their files.

[18] Mr. Cole was not the only person who could remotely access networked laptops. School board technicians could do so as well. While performing maintenance activities, a school board technician found, on Mr. Cole’s laptop, a hidden folder containing nude and partially nude photographs of an underage female student.

[19] As mentioned earlier, the technician notified the principal, who directed him to copy the photographs to a compact disc. After discussing the matter with school board officials, the principal seized the laptop.

[20] At no time did Mr. Cole disclose his password. But he did ask the principal not to access a folder containing photographs of his wife.

[21] Technicians at the school board eventually gained access to Mr. Cole’s laptop and made a compact disc containing his temporary Internet files, which is said by the Crown to contain pornographic images.

[22] The next day, a police officer attended at the school and at the offices of the school board,

électronique des enseignants demeurait privé, sous réserve de l’accès par les administrateurs scolaires si certaines conditions étaient remplies. Elle ne mentionnait pas le caractère privé d’autres types de fichiers, mais elle indiquait que [TRADUCTION] « l’ensemble des données et messages générés ou traités avec le matériel du conseil scolaire sont considérés comme la propriété du [conseil scolaire] ».

[17] En outre, selon la preuve, la politique d’utilisation acceptable de l’école — rédigée à l’intention des élèves et signée par eux — s’appliquait *mutatis mutandis* aux enseignants. Cette politique restreignait non seulement l’utilisation des ordinateurs portatifs par les élèves, mais mettait également en garde les utilisateurs de ne pas s’attendre au respect de la vie privée à l’égard de leurs fichiers.

[18] M. Cole n’était pas la seule personne qui pouvait accéder à distance aux ordinateurs portatifs en réseau. Les techniciens du conseil scolaire le pouvaient aussi. Alors qu’il effectuait des travaux de maintenance, un technicien du conseil scolaire a trouvé, dans l’ordinateur portatif de M. Cole, un dossier caché contenant des photographies d’une élève d’âge mineur nue et partiellement nue.

[19] J’ai déjà mentionné que le technicien a averti le directeur, qui lui a ordonné de copier les photographies sur un disque compact. Après avoir discuté du problème avec des représentants du conseil scolaire, le directeur a saisi l’ordinateur portatif.

[20] M. Cole n’a jamais divulgué son mot de passe. Cependant, il a demandé au directeur de ne pas accéder à un dossier contenant des photographies de son épouse.

[21] Les techniciens du conseil scolaire ont finalement réussi à accéder à l’ordinateur portatif de M. Cole et ont créé un disque compact contenant ses fichiers Internet temporaires, lesquels, selon le ministère public, comportent des images pornographiques.

[22] Le lendemain, un policier s’est présenté à l’école et aux locaux du conseil scolaire, où il a pris

where he took possession of the laptop and the two CDs: one containing photographs of the student; the other, Mr. Cole's temporary Internet files. The officer reviewed the contents of both discs at the police station, and then sent the laptop away for forensic examination. A mirror image of the hard drive was created for that purpose.

[23] At no time did the officer obtain a warrant to search the laptop's hard drive or either of the compact discs.

III

[24] Mr. Cole brought a pre-trial motion seeking exclusion of the computer evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The trial judge found that the police had violated Mr. Cole's s. 8 *Charter* rights, and, for that reason, he excluded all of the computer evidence. The summary conviction appeal court granted the Crown's appeal, finding that Mr. Cole had no reasonable expectation of privacy in his work laptop.

[25] Mr. Cole appealed successfully to the Court of Appeal for Ontario. The Court of Appeal held that Mr. Cole had a reasonable expectation of privacy in the informational content of the laptop, but that this expectation was "modified to the extent that [Mr. Cole] knew that his employer's technician could and would access the laptop as part of his role in maintaining the technical integrity of the school's information network" (para. 47).

[26] On this approach, the initial remote access by the technician was not a "search" for the purposes of s. 8. But the examinations by the police, the principal, and the school board (assuming the *Charter* applied to the latter two) *did* engage s. 8.

possession de l'ordinateur portatif et des deux CD : l'un contenant des photographies de l'élève; l'autre, les fichiers Internet temporaires de M. Cole. Au poste de police, le policier a examiné le contenu des deux disques puis a envoyé l'ordinateur portatif pour expertise judiciaire. Une image miroir du disque dur a été créée à cette fin.

[23] À aucun moment le policier n'a obtenu un mandat de perquisition pour le disque dur de l'ordinateur portatif ou l'un ou l'autre des disques compacts.

III

[24] M. Cole a présenté une requête préliminaire visant à obtenir l'exclusion des éléments de preuve électroniques conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Le juge du procès a conclu que la police avait porté atteinte aux droits garantis à M. Cole par l'art. 8 de la *Charte*, et c'est pourquoi il a écarté tous les éléments de preuve électroniques. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a accueilli l'appel interjeté par le ministère public, estimant que M. Cole ne pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée relativement à son ordinateur portatif de travail.

[25] M. Cole a eu gain de cause dans son appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel a conclu que M. Cole pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée à l'égard du contenu informationnel de l'ordinateur portatif, mais que cette attente était [TRADUCTION] « modifiée dans la mesure où [M. Cole] savait que le technicien de son employeur pourrait accéder à l'ordinateur portatif, et le ferait, dans le cadre de ses fonctions consistant à maintenir l'intégrité technique du réseau informatique de l'école » (par. 47).

[26] Suivant cette approche, l'accès à distance initial par le technicien ne constituait pas une « fouille » au sens de l'art. 8. Cependant, les examens effectués par la police, le directeur et le conseil scolaire (dans l'hypothèse où la *Charte* s'appliquerait à ces deux derniers) *faisaient* intervenir l'art. 8.

[27] The Court of Appeal concluded that the search and seizure of the laptop by the principal and the school board was authorized by law and reasonable. The disc containing the photographs was thus created without breaching s. 8. And since Mr. Cole had no privacy interest in the photographs themselves, he had no legal basis to attack the search and seizure by the police of the disc to which they had been copied.

[28] The laptop and the disc with Mr. Cole's temporary Internet files, however, involve different considerations. Mr. Cole had a continuing reasonable expectation of privacy in this material, and its seizure by school officials did not endow the police with *their* authority. Nor could the school board consent to the search by the police. As the police had no other lawful authority, the s. 8 breach was established.

[29] The Court of Appeal excluded the laptop and the mirror image of its hard drive pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The court also excluded the disc containing the Internet files, but only provisionally, leaving it "open to the trial judge to reassess the admissibility of this evidence if the evidence becomes important to the truth-seeking function as the trial unfolds" (para. 92).

[30] The disc containing the photographs of the student was legally obtained and therefore admissible. As the trial judge had wrongly excluded this evidence, the Court of Appeal ordered a new trial.

[31] The Crown appeals from the order excluding the laptop, its mirror image, and the Internet files disc. Mr. Cole does not challenge the admission, under ss. 8 and 24(2) of the *Charter*, of the disc containing the photographs, or the order of a new trial.

[27] La Cour d'appel a conclu que la fouille et la saisie de l'ordinateur portable par le directeur et le conseil scolaire étaient autorisées par la loi et raisonnables. Le disque contenant les photographies a donc été créé sans violer l'art. 8. De plus, comme M. Cole ne jouissait d'aucun droit en matière de vie privée à l'égard des photographies elles-mêmes, il n'était pas fondé en droit de contester la fouille et la saisie effectuées par la police du disque sur lequel elles avaient été copiées.

[28] Toutefois, l'ordinateur portable et le disque comportant les fichiers Internet temporaires de M. Cole font intervenir des considérations différentes. M. Cole conservait une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée à l'égard de ce matériel, et sa saisie par les autorités scolaires ne conférait pas *leur* pouvoir à la police. Le conseil scolaire ne pouvait pas non plus consentir à la fouille par la police. Comme la police n'avait pas d'autre pouvoir légitime, la violation de l'art. 8 a été établie.

[29] La Cour d'appel a exclu l'ordinateur portable et l'image miroir de son disque dur conformément au par. 24(2) de la *Charte*. La cour a également exclu le disque contenant les fichiers Internet, mais seulement à titre provisoire, laissant au [TRADUCTION] « juge du procès la possibilité de réévaluer l'admissibilité de cet élément de preuve si cet élément de preuve devient important pour la fonction de recherche de la vérité au fil du procès » (par. 92).

[30] Le disque contenant les photographies de l'élève a été obtenu légalement et est donc admissible. Étant donné que le juge du procès avait écarté à tort cet élément de preuve, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[31] Le ministère public se pourvoit contre l'ordonnance d'exclusion visant l'ordinateur portable, son image miroir et le disque comportant les fichiers Internet. M. Cole ne conteste pas l'admission, en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*, du disque contenant les photographies, ni l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès.

[32] This appeal thus raises three issues: (1) whether the Court of Appeal erred in concluding that Mr. Cole had a reasonable expectation of privacy in his employer-issued work computer; (2) whether the Court of Appeal erred in concluding that the search and seizure by the police of the laptop and the disc containing the Internet files was unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*; and (3) whether the Court of Appeal erred in excluding the evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

[33] I would answer the first two questions in the negative, but not the third.

IV

[34] Section 8 of the *Charter* guarantees the right of everyone in Canada to be secure against unreasonable search or seizure. An inspection is a search, and a taking is a seizure, where a person has a reasonable privacy interest in the object or subject matter of the state action and the information to which it gives access (*R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 18; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 11; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, at p. 160).

[35] Privacy is a matter of reasonable expectations. An expectation of privacy will attract *Charter* protection if reasonable and informed people in the position of the accused would expect privacy (*R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at paras. 14-15).

[36] If the claimant has a reasonable expectation of privacy, s. 8 is engaged, and the court must then determine whether the search or seizure was reasonable.

[37] Where, as here, a search is carried out without a warrant, it is presumptively unreasonable (*R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851, at para.

[32] Le présent pourvoi soulève donc trois questions : (1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que M. Cole pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée à l'égard de l'ordinateur que son employeur lui a fourni pour le travail? (2) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la fouille et la saisie par la police de l'ordinateur portatif et du disque contenant les fichiers Internet étaient abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte*? (3) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant les éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

[33] À mon avis, il convient de répondre par la négative aux deux premières questions, mais non à la troisième.

IV

[34] L'article 8 de la *Charte* garantit que chacun au Canada a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Une inspection constitue une fouille ou perquisition, et un prélèvement constitue une saisie, lorsqu'une personne a des attentes raisonnables en matière de vie privée relativement à l'objet de l'action de l'État et aux renseignements auxquelles cet objet donne accès (*R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 18; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, p. 160).

[35] La protection de la vie privée est une question d'attentes raisonnables. L'attente en matière de respect de la vie privée bénéficie de la protection de la *Charte* si une personne raisonnable et bien informée, placée dans la même situation que l'accusé, aurait des attentes en matière de respect de sa vie privée (*R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 14-15).

[36] Si le demandeur peut s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée, l'art. 8 entre en jeu, et le tribunal doit alors déterminer si la fouille, la perquisition ou la saisie était raisonnable.

[37] Lorsque, comme en l'espèce, une fouille ou perquisition est effectuée sans mandat, elle est présumée abusive (*R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1

21; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 161). To establish reasonableness, the Crown must prove on the balance of probabilities (1) that the search was authorized by law, (2) that the authorizing law was itself reasonable, and (3) that the authority to conduct the search was exercised in a reasonable manner (*Nolet*, at para. 21; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278).

[38] Before applying this analytical framework here, I pause to explain why it is unnecessary on this appeal to decide whether the *Charter* applies to school officials. The Crown conceded in the courts below that it does. Like the Court of Appeal, I shall proceed on that assumption, as did Cory J. in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at paras. 24-25.

V

[39] Whether Mr. Cole had a reasonable expectation of privacy depends on the “totality of the circumstances” (*R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45).

[40] The “totality of the circumstances” test is one of substance, not of form. Four lines of inquiry guide the application of the test: (1) an examination of the subject matter of the alleged search; (2) a determination as to whether the claimant had a direct interest in the subject matter; (3) an inquiry into whether the claimant had a subjective expectation of privacy in the subject matter; and (4) an assessment as to whether this subjective expectation of privacy was objectively reasonable, having regard to the totality of the circumstances (*Tessling*, at para. 32; *Patrick*, at para. 27). I will discuss each in turn.

[41] In this case, the subject matter of the alleged search is the data, or *informational content* of the laptop’s hard drive, its mirror image, and the Internet files disc — not the devices themselves.

R.C.S. 851, par. 21; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 161). Afin d’établir son caractère raisonnable, le ministère public doit prouver, selon la prépondérance des probabilités (1) que la fouille était autorisée par la loi, (2) que la loi l’autorisant n’avait elle-même rien d’abusif et (3) que le pouvoir d’effectuer la fouille n’a pas été exercé d’une manière abusive (*Nolet*, par. 21; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278).

[38] Avant d’appliquer ce cadre analytique en l’espèce, j’ouvre une parenthèse pour expliquer pourquoi il est inutile de déterminer, dans le cadre du présent pourvoi, si la *Charte* s’applique aux autorités scolaires. Devant les tribunaux d’instance inférieure, le ministère public a admis qu’elle s’applique. À l’instar de la Cour d’appel, je partirai de cette hypothèse, comme l’a fait le juge Cory dans l’arrêt *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 24-25.

V

[39] La question de savoir si M. Cole avait une attente raisonnable en matière de vie privée dépend de « l’ensemble des circonstances » (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45).

[40] Le critère de « l’ensemble des circonstances » s’intéresse au fond et non à la forme. Quatre questions guident l’application du critère : (1) l’examen de l’objet de la prétendue fouille; (2) la question de savoir si le demandeur possédait un droit direct à l’égard de l’objet; (3) la question de savoir si le demandeur avait une attente subjective en matière de respect de sa vie privée relativement à l’objet; (4) la question de savoir si cette attente subjective en matière de respect de la vie privée était objectivement raisonnable, eu égard à l’ensemble des circonstances (*Tessling*, par. 32; *Patrick*, par. 27). Je me pencherai sur chaque question à tour de rôle.

[41] En l’espèce, ce sont les données, ou le *contenu informationnel* du disque dur de l’ordinateur portable, son image miroir et le disque comportant les fichiers Internet qui constituent l’objet de la prétendue fouille — non pas le matériel informatique lui-même.

[42] Our concern is thus with *informational privacy*: “[T]he claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others” (*Tessling*, at para. 23, quoting A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7).

[43] Mr. Cole’s direct interest and subjective expectation of privacy in the informational content of his computer can readily be inferred from his use of the laptop to browse the Internet and to store personal information on the hard drive.

[44] The remaining question is whether Mr. Cole’s subjective expectation of privacy was objectively reasonable.

[45] There is no definitive list of factors that must be considered in answering this question, though some guidance may be derived from the relevant case law. As Sopinka J. explained in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293:

In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual.

[46] The closer the subject matter of the alleged search lies to the biographical core of personal information, the more this factor will favour a reasonable expectation of privacy. Put another way, the more personal and confidential the information, the more willing reasonable and informed Canadians will be to recognize the existence of a constitutionally protected privacy interest.

[47] Computers that are used for personal purposes, regardless of where they are found or to whom they belong, “contain the details of our financial,

[42] Ce qui nous intéresse est donc *le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels* : « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de déterminer eux-mêmes le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués » (*Tessling*, par. 23, citant A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7).

[43] Le droit direct et l’attente subjective en matière de respect de la vie privée que possédait M. Cole à l’égard du contenu informationnel de son ordinateur portable peuvent aisément être déduits de l’utilisation qu’il en fait pour naviguer sur Internet et pour stocker des renseignements personnels sur le disque dur.

[44] Il reste à déterminer si l’attente subjective de M. Cole en matière de respect de sa vie privée était objectivement raisonnable.

[45] Il n’existe pas de liste définitive des facteurs à examiner pour répondre à cette question, bien que l’on puisse trouver quelques indications dans la jurisprudence pertinente. Comme l’a expliqué le juge Sopinka dans l’arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293 :

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d’intégrité et d’autonomie qu’il consacre, il est normal que l’art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État. Il pourrait notamment s’agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu.

[46] Plus l’objet de la prétendue fouille se trouve près de l’ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel, plus ce facteur favorisera une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Autrement dit, plus les renseignements sont personnels et confidentiels, plus les Canadiens raisonnables et bien informés seront disposés à reconnaître l’existence d’un droit au respect de la vie privée garanti par la Constitution.

[47] Les ordinateurs qui sont utilisés à des fins personnelles, indépendamment de l’endroit où ils se trouvent ou de la personne à qui ils appartiennent,

medical, and personal situations” (*Morelli*, at para. 105). This is particularly the case where, as here, the computer is used to browse the Web. Internet-connected devices “reveal our specific interests, likes, and propensities, recording in the browsing history and cache files the information we seek out and read, watch, or listen to on the Internet” (*ibid.*).

[48] This sort of private information falls at the very heart of the “biographical core” protected by s. 8 of the *Charter*.

[49] Like *Morelli*, this case involves highly revealing and meaningful information about an individual’s personal life — a factor strongly indicative of a reasonable expectation of privacy. Unlike in *Morelli*, however, this case involves a *work-issued* laptop and not a personal computer found in a private residence.

[50] The Policy and Procedures Manual of the school board asserted ownership over not only the hardware, but also the data stored on it: “Information technology systems and all data and messages generated on or handled by board equipment are considered to be the property of [the board], and are not the property of users of the information technology”.

[51] While the ownership of property is a relevant consideration, it is not determinative (*R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 22). Nor should it carry undue weight within the contextual analysis. As Dickson J. (later C.J.) noted in *Hunter*, at p. 158, there is “nothing in the language of [s. 8] to restrict it to the protection of property or to associate it with the law of trespass”.

[52] The *context* in which personal information is placed on an employer-owned computer is nonetheless significant. The policies, practices, and

« renferment les détails de notre situation financière, médicale et personnelle » (*Morelli*, par. 105). Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l’espèce, l’ordinateur sert à naviguer sur le Web. Les appareils connectés à Internet « révèlent [. . .] nos intérêts particuliers, préférences et propensions, enregistrant dans l’historique et la mémoire cache tout ce que nous recherchons, lisons, regardons ou écoutons dans l’Internet » (*ibid.*).

[48] Les renseignements personnels de ce genre se situent au cœur même de l’« ensemble de renseignements biographiques » protégés par l’art. 8 de la *Charte*.

[49] Tout comme l’affaire *Morelli*, la présente affaire porte sur des renseignements fort révélateurs et significatifs concernant la vie personnelle d’un particulier — un facteur indiquant clairement une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Toutefois, contrairement à l’arrêt *Morelli*, la présente affaire concerne un ordinateur portatif *fourni pour le travail* et non un ordinateur personnel trouvé dans une résidence privée.

[50] Le Manuel des politiques et procédures du conseil scolaire affirmait non seulement la propriété du matériel informatique, mais également des données stockées sur celui-ci : [TRADUCTION] « Les systèmes informatiques et l’ensemble des données et messages générés ou traités avec le matériel du conseil scolaire sont considérés comme la propriété du [conseil scolaire], et ne sont pas la propriété des utilisateurs des ressources informatiques ».

[51] Bien que la propriété des biens soit une considération pertinente, elle n’est pas déterminante (*R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 22). Elle ne devrait pas non plus se voir accorder une importance excessive dans le cadre de l’analyse contextuelle. Comme l’a souligné le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Hunter*, p. 158, « le texte de l’article [8] ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l’associe au droit applicable en matière d’intrusion ».

[52] Le *contexte* dans lequel des renseignements personnels sont stockés dans un ordinateur appartenant à l’employeur a néanmoins de l’importance. Les

customs of the workplace are relevant to the extent that they concern the use of computers by employees. These “operational realities” may diminish the expectation of privacy that reasonable employees might otherwise have in their personal information (*O’Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987), at p. 717, *per O’Connor J.*).

[53] Even as modified by practice, however, written policies are not determinative of a person’s reasonable expectation of privacy. Whatever the policies state, one must consider the *totality* of the circumstances in order to determine whether privacy is a reasonable expectation in the particular situation (*R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 34, *per Deschamps J.*).

[54] In this case, the operational realities of Mr. Cole’s workplace weigh both for and against the existence of a reasonable expectation of privacy. *For*, because written policy and actual practice permitted Mr. Cole to use his work-issued laptop for personal purposes. *Against*, because both policy and technological reality deprived him of exclusive control over — and access to — the personal information he chose to record on it.

[55] As mentioned earlier, the Policy and Procedures Manual stated that the school board owned “all data and messages generated on or handled by board equipment”. Moreover, the principal reminded teachers, annually, that the Acceptable Use Policy applied to them. This policy provided that “[t]eachers and administrators may monitor all student work and e-mail including material saved on laptop hard drives”, and warned that “[u]sers should NOT assume that files stored on network servers or hard drives of individual computers will be private”.

politiques, pratiques et coutumes en vigueur dans le milieu de travail sont pertinentes dans la mesure où elles concernent l’utilisation des ordinateurs par les employés. Ces [TRADUCTION] « réalités opérationnelles » peuvent réduire l’attente en matière de respect de la vie privée que des employés raisonnables pourraient autrement avoir à l’égard de leurs renseignements personnels (*O’Connor c. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987), p. 717, la juge O’Connor).

[53] Cependant, même modifiées par la pratique, les politiques écrites ne sont pas déterminantes quant à l’attente raisonnable d’une personne en matière de respect de sa vie privée. Quoi que prescrivent les politiques, il faut examiner *l’ensemble* des circonstances afin de déterminer si le respect de la vie privée constitue une attente raisonnable dans ce contexte particulier (*R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, par. 34, la juge Deschamps).

[54] En l’espèce, les réalités opérationnelles du milieu de travail de M. Cole militent à la fois pour et contre l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. *Pour*, car les politiques écrites et la pratique proprement dite permettaient à M. Cole d’utiliser à des fins personnelles l’ordinateur portable fourni pour son travail. *Contre*, car les politiques et la réalité technologique l’empêchaient d’exercer un contrôle exclusif sur les renseignements personnels qu’il choisissait d’y enregistrer, et sur l’accès à ceux-ci.

[55] Tel que mentionné précédemment, le Manuel des politiques et procédures prévoyait que le conseil scolaire était propriétaire de [TRADUCTION] « l’ensemble des données et messages générés ou traités avec le matériel du conseil scolaire ». De plus, le directeur rappelait chaque année aux enseignants que la politique d’utilisation acceptable s’appliquait à eux. Cette politique prévoyait que « [I]es enseignants et les administrateurs peuvent surveiller tous les travaux et courriels des élèves, y compris les données, sauvegardés sur les disques durs des ordinateurs portatifs », et prévenait que « [I]es utilisateurs ne doivent PAS présumer que les fichiers stockés sur les serveurs du réseau ou les disques durs des ordinateurs personnels seront confidentiels ».

[56] Though Mr. Cole’s laptop was equipped with a password, the contents of his hard drive were thus available to all other users and technicians with domain administration rights — at least when the computer was connected to the network. And even if the Acceptable Use Policy did not directly apply to teachers, as Mr. Cole maintains, he and other teachers were in fact put on notice that the privacy they might otherwise have expected in their files was limited by the operational realities of their workplace.

[57] The “totality of the circumstances” consists of many strands, and they pull in competing directions in this case. On balance, however, they support the objective reasonableness of Mr. Cole’s subjective expectation of privacy.

[58] The nature of the information in issue heavily favours recognition of a constitutionally protected privacy interest. Mr. Cole’s personal use of his work-issued laptop generated information that is meaningful, intimate, and organically connected to his biographical core. Pulling in the other direction, of course, are the ownership of the laptop by the school board, the workplace policies and practices, and the technology in place at the school. These considerations diminished Mr. Cole’s privacy interest in his laptop, at least in comparison to the personal computer at issue in *Morelli*, but they did not eliminate it entirely.

VI

[59] As Mr. Cole had a reasonable expectation of privacy in his Internet browsing history and the informational content of his work-issued laptop, any non-consensual examination by the state was a “search”; and any taking, a “seizure”.

[56] Bien que l’ordinateur portatif de M. Cole fût doté d’un mot de passe, le contenu de son disque dur était donc accessible par tous les autres utilisateurs et techniciens ayant des droits d’administration du domaine — du moins lorsque l’ordinateur était connecté au réseau. De plus, même si la politique d’utilisation acceptable ne s’appliquait pas directement aux enseignants, comme le soutient M. Cole, lui et les autres enseignants ont effectivement été informés que le respect de la vie privée auquel ils auraient pu s’attendre à l’égard de leurs fichiers était limité par les réalités opérationnelles de leur milieu de travail.

[57] « L’ensemble des circonstances » est formé de plusieurs éléments, qui vont dans des directions opposées en l’espèce. Toutefois, tout compte fait, ils étayaient le caractère raisonnable, sur le plan objectif, de l’attente subjective de M. Cole en matière de respect de sa vie privée.

[58] La nature des renseignements en cause favorise nettement la reconnaissance d’un droit au respect de la vie privée protégé par la Constitution. L’utilisation à des fins personnelles par M. Cole de l’ordinateur portatif fourni pour son travail engendrait des renseignements qui sont significatifs, intimes et reliés organiquement à l’ensemble de ses renseignements biographiques. Bien entendu, à l’opposé on trouve le droit de propriété sur l’ordinateur portatif détenu par le conseil scolaire, les politiques et les pratiques en vigueur dans le milieu de travail, ainsi que la technologie en place à l’école. Ces considérations réduisaient le droit de M. Cole au respect de sa vie privée à l’égard de son ordinateur portatif, du moins par comparaison avec l’ordinateur personnel en cause dans l’arrêt *Morelli*, mais elles ne l’éliminaient pas complètement.

VI

[59] Étant donné que M. Cole pouvait s’attendre raisonnablement au respect de sa vie privée relativement à son historique de navigation sur Internet et au contenu informationnel de l’ordinateur portatif fourni pour son travail, tout examen non consensuel par l’État constituait une « fouille ou perquisition »; et tout prélèvement, une « saisie ».

[60] Mr. Cole does not challenge the initial inspection of the laptop by the school technician in the context of routine maintenance activities. He concedes, moreover, that the technician did not breach his s. 8 rights. In this light, I leave for another day the finer points of an employer's right to monitor computers issued to employees.

[61] The Court of Appeal concluded that, in the circumstances of this case, the subsequent search and seizure of the laptop by school officials acting under the direction of the principal was not unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Mr. Cole does not challenge this conclusion.

[62] In any event, I agree with the Court of Appeal. The principal had a statutory duty to maintain a safe school environment (*Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 265), and, by necessary implication, a reasonable power to seize and search a school-board-issued laptop if the principal believed on reasonable grounds that the hard drive contained compromising photographs of a student. This implied power is not unlike the one found by the majority of this Court in *M. (M.R.)*, at para. 51.

[63] I likewise agree with the Court of Appeal that other school board officials had the same implied powers of search and seizure as the principal (paras. 64-66).

[64] I turn then to the conduct of the police.

[65] The police may well have been authorized to take physical control of the laptop and CD temporarily, and for the limited purpose of safeguarding potential evidence of a crime until a search warrant could be obtained. However, that is not what occurred here. Quite the contrary: The police seized the laptop and CD in order to search their contents for evidence of a crime without the consent of Mr. Cole, and without prior judicial authorization.

[60] M. Cole ne conteste pas l'inspection initiale de l'ordinateur portatif faite par le technicien de l'école dans le cadre des activités courantes de maintenance. En outre, il admet que le technicien n'a pas porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8. Dans cette optique, je n'entends pas me prononcer sur les subtilités du droit d'un employeur de surveiller les ordinateurs qu'il met à la disposition de ses employés.

[61] La Cour d'appel a conclu que, dans les circonstances de l'espèce, la fouille et la saisie subséquentes de l'ordinateur portatif par les autorités scolaires, agissant sous la supervision du directeur, n'étaient pas abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte*. M. Cole ne conteste pas cette conclusion.

[62] Quoi qu'il en soit, je suis d'accord avec la Cour d'appel. Le directeur avait l'obligation légale de maintenir un milieu d'apprentissage sécuritaire (*Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 265), et, par voie de conséquence logique, le pouvoir raisonnable de saisir et de fouiller un ordinateur portatif fourni par le conseil scolaire s'il avait des motifs raisonnables de croire que le disque dur contenait des photographies compromettantes d'une élève. Ce pouvoir implicite ne diffère pas de celui qu'ont reconnu les juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *M. (M.R.)*, par. 51.

[63] Je suis également d'accord avec la Cour d'appel pour dire que d'autres représentants du conseil scolaire avaient les mêmes pouvoirs implicites de fouille et de saisie que le directeur (par. 64-66).

[64] J'en viens alors à la conduite de la police.

[65] La police aurait bien pu être autorisée à prendre en charge l'ordinateur portatif et le CD, temporairement et dans le but bien limité de préserver un éventuel élément de preuve d'un crime jusqu'à ce qu'elle obtienne un mandat de perquisition. Toutefois, ce n'est pas ce qui s'est produit. Bien au contraire. La police a saisi l'ordinateur portatif et le CD afin d'en fouiller le contenu à la recherche d'éléments de preuve d'un crime sans le consentement de M. Cole et sans autorisation judiciaire préalable.

[66] The unresolved question on this appeal is whether the authority of the school officials afforded *the police* lawful authority to conduct this warrantless search and seizure. In my view, it did not.

[67] In taking possession of the computer material and examining its contents, the police acted independently of the school board (*R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at pp. 58-60). The fact that the school board had acquired lawful possession of the laptop *for its own administrative purposes* did not vest in the police a delegated or derivative power to appropriate and search the computer *for the purposes of a criminal investigation*.

[68] This was made clear in *Colarusso*, where a coroner who had lawfully seized bodily samples then turned them over to the police. As La Forest J. explained:

The arguments advanced by the Crown seeking to establish the reasonableness of warrantless seizures by a coroner rely on the underlying premise that the coroner fulfils an essential non-criminal role. The state cannot, however, have it both ways; it cannot be argued that the coroner's seizure is reasonable because it is independent of the criminal law enforcement arm of the state while the state is at the same time attempting to introduce into criminal proceedings the very evidence seized by the coroner. It follows logically, in my opinion, that a seizure by a coroner will only be reasonable while the evidence is used for the purpose for which it was seized, namely, for determining whether an inquest into the death of the individual is warranted. Once the evidence has been appropriated by the criminal law enforcement arm of the state for use in criminal proceedings, there is no foundation on which to argue that the coroner's seizure continues to be reasonable. [pp. 62-63]

[69] Where a lower constitutional standard is applicable in an administrative context, as in this case, the police cannot invoke that standard to evade the prior judicial authorization that is normally required for searches or seizures in the context of criminal investigations.

[66] La question non réglée dans le cadre du présent pourvoi consiste à déterminer si le pouvoir des autorités scolaires conférerait à *la police* le pouvoir légitime d'effectuer sans mandat une fouille ou perquisition et une saisie. À mon avis, ce n'était pas le cas.

[67] Lorsqu'elle a pris possession du matériel informatique et a examiné son contenu, la police a agi indépendamment du conseil scolaire (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 58-60). Le fait que le conseil scolaire avait légalement pris possession de l'ordinateur portatif *pour ses propres besoins administratifs* ne conférerait pas à la police un pouvoir délégué ou dérivé de confisquer et de fouiller l'ordinateur *pour les besoins d'une enquête criminelle*.

[68] Cela ressort clairement de l'arrêt *Colarusso*, dans lequel un coroner qui avait légalement saisi des échantillons de substances organiques les a ensuite remis à la police. Comme l'a expliqué le juge La Forest :

Les arguments avancés par le ministère public pour établir le caractère non abusif de saisies sans mandat effectuées par un coroner reposent sur la prémisse sous-jacente selon laquelle le coroner remplit une fonction essentielle de nature non pénale. L'État ne peut cependant gagner sur les deux tableaux; il ne saurait prétendre que la saisie par le coroner est non abusive du fait que celui-ci agissait indépendamment de la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel et en même temps chercher à produire dans une poursuite criminelle la preuve même qu'a saisie le coroner. D'où il s'ensuit logiquement, à mon avis, que la saisie opérée par un coroner est non abusive dans la seule mesure où la preuve sert aux fins pour lesquelles elle a été saisie, soit pour décider s'il y a lieu de tenir une enquête sur la mort d'une personne. Du moment que la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel s'approprie la preuve en question pour l'utiliser dans le cadre d'une poursuite criminelle, on est mal fondé à soutenir que la saisie effectuée par le coroner conserve son caractère non abusif. [p. 62-63]

[69] Si une norme constitutionnelle moins exigeante est applicable dans un contexte administratif comme c'est le cas en l'espèce, la police ne peut invoquer cette norme afin de se soustraire à l'autorisation judiciaire préalable normalement exigée pour les fouilles, les perquisitions ou les saisies dans le cadre des enquêtes criminelles.

[70] The Crown relies on *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708, *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757, and *R. v. D'Amour* (2002), 166 C.C.C. (3d) 477 (Ont. C.A.), for the proposition that a warrant is not required for a regulatory authority to transfer material to law enforcement officers — and that this empowers the officers to examine the transferred materials without a warrant.

[71] I would reject this submission. All of the cases relied on by the Crown arose in heavily regulated environments. In each instance, given the regulated nature of the documents in question, the individual claiming the protection of s. 8 did not have a reasonable expectation of preventing or controlling the further dissemination of his or her information to the law enforcement branch of the state.

[72] No warrant was required because the claimants in the cases cited by the Crown, unlike Mr. Cole in this case, did not have a reasonable expectation of privacy in the information remitted to law enforcement officials. Mr. Cole, throughout, retained a reasonable and “*continuous*” expectation of privacy in the personal information on his work-issued laptop (*Buhay*, at para. 33 (emphasis added); *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 435).

[73] The school board was, of course, legally entitled to inform the police of its discovery of contraband on the laptop. This would doubtless have permitted the police to obtain a warrant to search the computer for the contraband. But receipt of the computer from the school board did not afford the police *warrantless access* to the personal information contained within it. This information remained subject, at all relevant times, to Mr. Cole’s reasonable and *subsisting* expectation of privacy.

[70] Le ministère public se fonde sur les arrêts *Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708, *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757, et *R. c. D'Amour* (2002), 166 C.C.C. (3d) 477 (C.A. Ont.), pour affirmer qu’un mandat n’est pas requis pour qu’un organisme de réglementation transfère des documents aux responsables de l’application de la loi — ce qui confère aux policiers le pouvoir d’examiner sans mandat les documents transférés.

[71] Je suis d’avis de rejeter cet argument. Toutes les affaires invoquées par le ministère public sont survenues dans des domaines fortement réglementés. Dans chaque cas, vu la réglementation applicable aux documents en question, le particulier qui revendiquait la protection de l’art. 8 ne pouvait s’attendre raisonnablement à empêcher ou à contrôler la diffusion de ses renseignements aux services étatiques chargés de l’application de la loi.

[72] Aucun mandat n’était requis étant donné que les demandeurs, dans les affaires invoquées par le ministère public, contrairement à M. Cole en l’espèce, n’avaient pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée relativement aux renseignements communiqués aux responsables de l’application de la loi. M. Cole a toujours conservé une attente raisonnable et « *continue* » de respect de sa vie privée relativement aux renseignements personnels contenus dans l’ordinateur portatif fourni pour son travail (*Buhay*, par. 33 (italiques ajoutés); *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 435).

[73] Bien entendu, le conseil scolaire avait légalement le droit d’informer la police de sa découverte de documents illicites dans l’ordinateur portatif. Cela aurait sans aucun doute permis à la police d’obtenir un mandat pour fouiller l’ordinateur afin d’y trouver les documents illicites. Cependant, la remise de l’ordinateur par le conseil scolaire ne permettait pas à la police d’*accéder sans mandat* aux renseignements personnels qu’il renfermait. Ces renseignements restaient assujettis, à tous les moments considérés, à l’attente raisonnable et *durable* de M. Cole en matière de respect de sa vie privée.

[74] The Crown alleges a second justification for the conduct of the police: third party consent. An employer (a third party), says the Crown, can validly consent to a warrantless search or seizure of a laptop issued to one of its employees. The underlying premise of this submission is that a third party may waive another person's privacy interest — thereby disengaging that person's guarantee under s. 8 of the *Charter*.

[75] In the United States, unlike in Canada, there is high authority for a doctrine of third party consent (*United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974); *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990)).

[76] *Matlock* is premised on the notion that third party consent is justifiable because the individual voluntarily assumed the risk that his information would fall into the hands of law enforcement (see *United States v. Ziegler*, 474 F.3d 1184 (9th Circ. 2007), at p. 1191). However, this Court rejected that sort of “risk analysis” in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 47-48, and *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 45.

[77] Moreover, the doctrine of third party consent is inconsistent with this Court's jurisprudence on *first party* consent. As Iacobucci J. explained in *Borden*, at p. 162, “[i]n order for a waiver of the right to be secure against an unreasonable seizure to be effective, the person purporting to consent must be possessed of the requisite informational foundation for a true relinquishment of the right.”

[78] For consent to be valid, it must be both voluntary and informed. The adoption of a doctrine of third party consent in this country would imply that the police could interfere with an individual's privacy interests on the basis of a consent that is *not* voluntarily given by the rights holder, and *not* necessarily based on sufficient information in his or her hands to make a meaningful choice.

[74] Le ministère public fait valoir une seconde justification pour la conduite de la police : le consentement d'un tiers. Selon le ministère public, l'employeur (un tiers) peut valablement consentir à une fouille ou saisie sans mandat d'un ordinateur portatif fourni à l'un de ses employés. Cet argument est fondé sur la prémisse qu'un tiers peut renoncer au droit à la vie privée d'une autre personne — dépouillant ainsi cette personne de la protection que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*.

[75] Aux États-Unis, contrairement au Canada, d'importantes décisions appuient la notion du consentement d'un tiers (*United States c. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974); *Illinois c. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990)).

[76] L'arrêt *Matlock* repose sur l'idée que le consentement d'un tiers est justifiable parce que le particulier assumait volontairement le risque que ses renseignements se retrouvent entre les mains des responsables de l'application de la loi (voir *United States c. Ziegler*, 474 F.3d 1184 (9th Circ. 2007), p. 1191). Cependant, notre Cour a rejeté ce genre d'« analyse fondée sur le risque » dans les arrêts *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 47-48, et *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 45.

[77] De plus, la notion du consentement d'un tiers est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour relative au consentement du *premier intéressé*. Comme le juge Iacobucci l'a expliqué dans l'arrêt *Borden*, à la p. 162, « [p]our que la renonciation au droit à la protection contre les saisies abusives soit réelle, la personne qui est censée donner son consentement doit disposer de tous les renseignements requis pour pouvoir renoncer réellement à ce droit. »

[78] Pour que le consentement soit valide, il doit être libre et éclairé. L'adoption au Canada de la notion du consentement d'un tiers signifierait que la police pourrait porter atteinte au droit au respect de la vie privée d'un particulier sur la base d'un consentement qui n'est *pas* donné volontairement par le détenteur du droit, et qui n'est *pas* nécessairement fondé sur des renseignements suffisants pour lui permettre de faire un choix éclairé.

[79] I would therefore reject the Crown's contention that a third party could validly consent to a search or otherwise waive a constitutional protection on behalf of another.

VII

[80] With the *Charter* breach established, the inquiry shifts to s. 24(2).

[81] Unconstitutionally obtained evidence should be excluded under s. 24(2) if, considering all of the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute. This determination requires a balancing assessment involving three broad inquiries: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused; and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 71).

[82] The standard of review is deferential: "Where a trial judge has considered the proper factors and has not made any unreasonable finding, his or her determination is owed considerable deference on appellate review" (*R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 44). But where the relevant factors have been overlooked or disregarded, a fresh *Grant* analysis is both necessary and appropriate.

[83] Both the trial judge and the Court of Appeal — erroneously, in my respectful view — excluded the unconstitutionally obtained evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

[84] Regarding the seriousness of the *Charter*-infringing conduct, the courts below focused on the actions of Detective Constable Timothy Burt, the officer who took possession of the computer material, who searched the discs, and who sent the laptop away for forensic examination. The trial judge concluded that this officer's actions were "egregious" (para. 26), and the Court of Appeal considered his conduct serious enough to favour exclusion.

[79] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'argument du ministère public selon lequel un tiers pourrait donner un consentement valide à une fouille ou autrement renoncer à une garantie constitutionnelle pour le compte d'une autre personne.

VII

[80] La violation de la *Charte* étant établie, l'examen doit maintenant porter sur le par. 24(2).

[81] Les éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement devraient être écartés conformément au par. 24(2) si, eu égard à toutes les circonstances, leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Une telle conclusion nécessite la mise en balance de trois facteurs généraux : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État; (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*; et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 71).

[82] La norme de contrôle commande la retenue : « Lorsque le juge du procès a pris en compte les considérations applicables et n'a tiré aucune conclusion déraisonnable, sa décision justifie une grande déférence en appel » (*R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 44). Cependant, lorsque les facteurs pertinents ont été négligés ou ignorés, une nouvelle analyse fondée sur l'arrêt *Grant* est nécessaire et opportune.

[83] C'est à tort, je l'estime avec égards, que le juge du procès et la Cour d'appel ont tous deux écarté, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement.

[84] En ce qui a trait à la gravité de la conduite attentatoire, les tribunaux d'instance inférieure ont mis l'accent sur les mesures prises par le gendarme-détective Timothy Burt, le policier qui a pris possession du matériel informatique, qui a fouillé les disques et qui a envoyé l'ordinateur portatif pour expertise judiciaire. Le juge du procès a conclu que les mesures prises par le policier étaient [TRADUCTION] « tout à fait inacceptables » (« *egregious* ») (par. 26), et la Cour d'appel a jugé sa conduite suffisamment grave pour entraîner l'exclusion.

[85] I am unable to share either conclusion.

[86] The police officer did not knowingly or deliberately disregard the warrant requirement. As events were unfolding in this case, the law governing privacy expectations in work computers was still unsettled. Without the guidance of appellate case law, D.C. Burttt believed, erroneously but understandably, that he had the power to search without a warrant.

[87] He did not act negligently or in bad faith. Nor does his conduct evidence insensitivity to *Charter* values, or an unacceptable ignorance of Mr. Cole's rights under the *Charter*. The officer did not rely exclusively, as the courts below suggested, on his mistaken belief that the ownership of the laptop was necessarily determinative. While this was an important factor underlying his decision not to obtain a search warrant, the officer also turned his mind to whether Mr. Cole had an expectation of privacy in the laptop (p. 130). He was alert to the possibility that the hard drive contained private or privileged material (pp. 130-31 and 164). And he testified that he intended to respect Mr. Cole's privacy interest in this regard (p. 131).

[88] More particularly, D.C. Burttt testified as follows:

Q. Did you consider whether or not Richard Cole had any expectation of privacy in that computer?

A. I did consider that. The information that I was receiving was that it was the School Board's computer and that was their property. I had never received any information in regards to Mr. Cole owning that computer *or that he had any privileged material*. And I've dealt with cases where there have been privileged material on a laptop or on a computer. And the only information I had received about any private material that was on that computer came from Mr. Bourget and that was

[85] Je ne puis souscrire à aucune de ces conclusions.

[86] Le policier n'a pas sciemment ou délibérément fait abstraction de l'exigence d'un mandat. Alors que se déroulaient les faits en l'espèce, les principes de droit régissant les attentes en matière de vie privée à l'égard des ordinateurs de travail n'étaient pas encore bien établis. Sans le bénéfice de la jurisprudence des cours d'appel, le gendarme-détective Burttt a cru, à tort, ce qui est compréhensible, qu'il avait le pouvoir d'effectuer une fouille sans mandat.

[87] Il n'a pas fait preuve de négligence ou de mauvaise foi. Sa conduite ne dénote pas non plus de l'indifférence pour les valeurs consacrées par la *Charte*, ni une ignorance inacceptable des droits garantis par la *Charte* à M. Cole. Le policier ne s'est pas fondé exclusivement, comme l'ont laissé entendre les tribunaux d'instance inférieure, sur sa conviction erronée que la propriété de l'ordinateur portatif était nécessairement déterminante. Bien qu'il s'agisse d'un facteur important sous-tendant sa décision de ne pas obtenir de mandat de perquisition, le policier s'est également demandé si M. Cole pouvait s'attendre au respect de sa vie privée à l'égard de l'ordinateur portatif (p. 130). Il était conscient de la possibilité que le disque dur contienne des renseignements privés ou privilégiés (p. 130-131 et 164). Et il a déclaré qu'il avait l'intention de respecter le droit de M. Cole en matière de protection de la vie privée à cet égard (p. 131).

[88] Plus précisément, le gendarme-détective Burttt a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Q. Vous êtes-vous demandé si Richard Cole avait ou non des attentes en matière de protection de la vie privée à l'égard de cet ordinateur?

R. Je me suis posé la question. J'avais reçu comme information qu'il s'agissait de l'ordinateur du conseil scolaire et que celui-ci en était propriétaire. Je n'ai jamais reçu comme information que cet ordinateur appartenait à M. Cole *ou qu'il contenait des renseignements privilégiés*. Et je suis intervenu lors de situations où des renseignements privilégiés se trouvaient dans un ordinateur ou un ordinateur portatif. Et la seule information que j'ai reçue au sujet de renseignements

in regards to some images of Mr. Cole's — personal images of his wife and that was *the only information I had in regards to any private information there.*

Q. *And having received that information that there may be images of his wife on the laptop, would you respect that any privacy interest in those photographs?*

A. *Yes, sir.* Business computer or any computers may have some personal stuff on there. [Emphasis added.]

[89] What of the fact that the officer had reasonable and probable grounds to obtain a warrant? In some circumstances, this may aggravate the seriousness of the breach (*Côté*, at para. 71). Where a police officer could have acted constitutionally but did not, this might indicate that the officer adopted a casual attitude toward — or, still worse, deliberately flouted — the individual's *Charter* rights (*Buhay*, at paras. 63-64). But that is not this case: The officer, as mentioned earlier, appears to have sincerely, though erroneously, considered Mr. Cole's *Charter* interests.

[90] Accordingly, in my view, the trial judge's finding of "egregious" conduct was tainted by clear and determinative error (*Côté*, at para. 51). On the undisputed evidence, the conduct of the officer was simply not an egregious breach of the *Charter*. As earlier seen, the officer did attach great importance to the school board's ownership of the laptop, but not to the exclusion of other considerations. He did not "confuse ownership of hardware with privacy in the contents of software" (trial reasons, at para. 29).

[91] Turning then to the impact of the breach on Mr. Cole's *Charter*-protected interests, the question relates to "the extent to which the breach actually undermined the interests protected by the right infringed" (*Grant*, at para. 76). In the context of a s. 8 breach, as here, the focus is on the magnitude or

personnels se trouvant dans cet ordinateur provenait de M. Bourget et concernait certaines images appartenant à M. Cole — des images personnelles de son épouse et il s'agit de *la seule information que j'avais concernant des renseignements personnels là-dedans.*

Q. *Et ayant reçu comme information qu'il pouvait y avoir des images de son épouse dans l'ordinateur portatif, respecteriez-vous le droit au respect de la vie privée à l'égard de ces photographies?*

R. *Oui, monsieur.* Un ordinateur réservé à un usage professionnel ou tout ordinateur peut contenir des choses personnelles. [Italiques ajoutés.]

[89] Que dire du fait que le policier avait les motifs raisonnables et probables requis pour obtenir un mandat? Dans certaines circonstances, cela peut accroître la gravité de la violation (*Côté*, par. 71). Si un policier avait pu agir constitutionnellement mais ne l'a pas fait, cela peut indiquer qu'il a adopté une attitude désinvolte — voire qu'il a fait preuve de mépris délibéré — envers les droits garantis au particulier par la *Charte* (*Buhay*, par. 63-64). Mais ce n'est pas le cas en l'espèce : le policier, tel que mentionné précédemment, semble avoir sincèrement, bien qu'erronément, pris en considération, les droits garantis par la *Charte* à M. Cole.

[90] Par conséquent, à mon avis, la conclusion de conduite [TRADUCTION] « tout à fait inacceptable » tirée par le juge du procès était entachée d'une erreur manifeste et déterminante (*Côté*, par. 51). Au vu de la preuve non contestée, la conduite du policier ne constituait tout simplement pas une violation tout à fait inacceptable de la *Charte*. Nous avons vu que le policier a accordé beaucoup d'importance au fait que l'ordinateur portatif appartenait au conseil scolaire, sans pour autant exclure d'autres considérations. Il n'a pas [TRADUCTION] « confondu la propriété du matériel et le respect de la vie privée à l'égard du contenu du logiciel » (motifs du juge du procès, par. 29).

[91] En ce qui concerne l'importance de l'effet qu'a la violation sur les droits garantis par la *Charte* à M. Cole, il s'agit de déterminer « la portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause » (*Grant*, par. 76). Dans le contexte d'une violation de l'art. 8, comme en l'espèce, il s'agit

intensity of the individual's reasonable expectation of privacy, and on whether the search demeaned his or her dignity (*R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 40; *Grant*, at para. 78).

[92] In his s. 24(2) analysis, the trial judge neglected entirely to consider the diminished nature of Mr. Cole's reasonable expectation of privacy. Likewise, the Court of Appeal overlooked the fact that the operational realities of Mr. Cole's workplace attenuated the effect of the breach on his *Charter*-protected interests.

[93] Moreover, the courts below failed to consider the impact of the "discoverability" of the computer evidence on the second *Grant* inquiry. As earlier noted, the officer had reasonable and probable grounds to obtain a warrant. Had he complied with the applicable constitutional requirements, the evidence would necessarily have been discovered. This further attenuated the impact of the breach on Mr. Cole's *Charter*-protected interests (*Côté*, at para. 72).

[94] Finally, I turn to the third *Grant* inquiry: society's interest in an adjudication on the merits. The question is "whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion" (*Grant*, at para. 79).

[95] Not unlike the considerations under the first and second inquiries, the considerations under this third inquiry must not be permitted to overwhelm the s. 24(2) analysis (*Côté*, at para. 48; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at para. 40). They are nonetheless entitled to appropriate weight and, in the circumstances of this case, they clearly weigh against exclusion of the evidence.

[96] The laptop, the mirror image of its hard drive, and the disc containing Mr. Cole's temporary Internet files are all highly reliable and probative

de déterminer l'ampleur ou l'intensité de l'attente raisonnable du particulier en matière de respect de sa vie privée, et si la fouille ou perquisition portait atteinte à la dignité individuelle (*R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 40; *Grant*, par. 78).

[92] Dans son analyse fondée sur le par. 24(2), le juge du procès a complètement omis de prendre en considération la nature réduite de l'attente raisonnable de M. Cole en matière de vie privée. De même, la Cour d'appel a fait abstraction du fait que les réalités opérationnelles du milieu de travail de M. Cole diminuaient l'incidence de la violation sur ses droits constitutionnels.

[93] En outre, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas tenu compte de l'incidence de la « possibilité de découvrir » des éléments de preuve électroniques dans le cadre du deuxième volet du test de l'arrêt *Grant*. Tel qu'indiqué précédemment, le policier avait les motifs raisonnables et probables requis pour obtenir un mandat. S'il s'était conformé aux exigences constitutionnelles applicables, la preuve aurait forcément été découverte. Cela diminuait davantage l'incidence de la violation sur les droits constitutionnels de M. Cole (*Côté*, par. 72).

[94] Enfin, j'aborde la troisième question à examiner suivant l'arrêt *Grant* : l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Il s'agit de déterminer « si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l'utilisation ou par l'exclusion d'éléments de preuve » (*Grant*, par. 79).

[95] Un peu comme pour les considérations liées à la première et à la deuxième question, les considérations liées à cette troisième question ne doivent pas pouvoir supplanter l'analyse fondée sur le par. 24(2) (*Côté*, par. 48; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 40). Il faut tout de même leur accorder l'importance qu'elles revêtent et, dans les circonstances de l'espèce, elles militent clairement contre l'exclusion de la preuve.

[96] L'ordinateur portable, l'image miroir de son disque dur et le disque contenant les fichiers Internet temporaires de M. Cole sont tous des

physical evidence. And while excluding it would not “gut” the prosecution entirely, I accept the Crown’s submission that the forensic examination of the laptop, at least, is “critical”: the metadata on the laptop may allow the Crown to establish, for example, when the photographs were downloaded and whether they have ever been accessed.

[97] In sum, the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. The breach was not high on the scale of seriousness, and its impact was attenuated by both the diminished privacy interest and the discoverability of the evidence. The exclusion of the material would, however, have a marked negative impact on the truth-seeking function of the criminal trial process.

[98] For all of these reasons, I would not exclude the evidence unlawfully obtained by the police in this case.

VIII

[99] Having concluded that none of the computer evidence should have been excluded pursuant to s. 24(2), it is not strictly necessary to address the provisional nature of the Court of Appeal’s ruling in respect of the Internet files disc. Nevertheless, I find it appropriate to do so.

[100] Generally speaking, the decision to exclude evidence under s. 24(2) should be final. In “very limited circumstances”, however, a “material change of circumstances” may justify a trial judge to revisit an exclusionary order (*R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, at para. 35).

[101] For reasons of principle and of practice, the exclusion of evidence should generally be final. As the intervenor Criminal Lawyers’ Association (Ontario) points out, an accused is entitled, as a matter of principle, to know the case

éléments de preuve matérielle probante et très fiable. De plus, bien que leur exclusion ne soit pas complètement « fatale » à la poursuite, j’accepte l’argument du ministère public selon lequel l’expertise judiciaire concernant l’ordinateur portable, du moins, est « essentielle » : les métadonnées dans l’ordinateur portable peuvent permettre au ministère public d’établir, par exemple, la date à laquelle les photographies ont été téléchargées et si elles ont déjà été consultées.

[97] Bref, l’utilisation de la preuve n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. La violation n’était pas très grave, et son incidence était atténuée à la fois par le droit réduit en matière de protection de la vie privée et par la possibilité de découvrir la preuve. Toutefois, l’exclusion du matériel aurait une incidence négative marquée sur la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel.

[98] Pour tous ces motifs, je n’écarterais pas les éléments de preuve obtenus illégalement par la police en l’espèce.

VIII

[99] Vu ma conclusion qu’aucun des éléments de preuve électroniques n’aurait dû être écarté en application du par. 24(2), il n’est pas absolument nécessaire de me pencher sur la nature provisoire de la décision de la Cour d’appel relativement au disque comportant les fichiers Internet. Néanmoins, j’estime qu’il y a lieu de le faire.

[100] En règle générale, la décision d’écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) devrait être définitive. Cependant, dans des « circonstances très limitées », des « changements notables dans les circonstances » peuvent justifier que le juge du procès réexamine une ordonnance d’exclusion (*R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, par. 35).

[101] Pour des raisons de principe et de pratique, l’exclusion d’un élément de preuve devrait, en règle générale, être définitive. Comme le souligne l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario), l’accusé a le droit, en principe, de connaître la preuve

to meet. If an exclusionary order is revisited after the Crown closes its case, this principle is necessarily undermined. If the case to meet continues to shift, the prejudice is obvious and the trial might well become unmanageable (*R. v. Underwood*, [1998] 1 S.C.R. 77, at paras. 6-7).

[102] Moreover, even when an exclusionary order is revisited *before* the Crown closes its case, there is a serious danger of prejudice to the defendant. The decisions of defence counsel over the course of the trial — premised on the assumption that the evidence has been excluded — risk being undercut. It would be extraordinarily difficult for a trial court to remedy this sort of prejudice.

[103] In this case, the Court of Appeal invited the trial judge “to re-assess the admissibility of [the temporary Internet files disc] if the evidence becomes important to the truth-seeking function as the trial unfolds” (para. 92).

[104] In my respectful view, this would not — at least not on its own — qualify as “very limited circumstances” justifying an exception to the rule. Unconstitutionally obtained evidence, once excluded, will not become admissible simply because the Crown cannot otherwise satisfy its burden to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

IX

[105] As stated at the outset, I would allow the appeal, set aside the exclusionary order of the Court of Appeal, and affirm the order of a new trial.

[106] Mr. Cole asks that he be awarded his costs regardless of the outcome of the appeal. While the Court has the discretion to make such an order, I would decline to do so. There is nothing “remarkable” about this case — the principal criterion — and

complète qui pèse contre lui. Si une ordonnance d’exclusion est réexaminée après que le ministère public a clos sa preuve, ce principe est nécessairement miné. Si la preuve complète continue de changer, le préjudice est manifeste et le procès pourrait bien devenir ingérable (*R. c. Underwood*, [1998] 1 R.C.S. 77, par. 6-7).

[102] De plus, même lorsque l’ordonnance d’exclusion est réexaminée *avant* que le ministère public ne close sa preuve, il existe un grave risque de préjudice pour le défendeur. Les décisions prises par les avocats de la défense au cours du procès — fondées sur l’hypothèse que des éléments de preuve ont été écartés — risquent d’être compromises. Il serait extrêmement difficile pour un tribunal de première instance de remédier à un préjudice de ce genre.

[103] En l’espèce, la Cour d’appel a invité le juge du procès à [TRADUCTION] « réévaluer l’admissibilité [du disque comportant les fichiers Internet temporaires] si cet élément de preuve devient important pour la fonction de recherche de la vérité au fil du procès » (par. 92).

[104] J’estime avec égards que cela ne saurait constituer — du moins en soi — des « circonstances très limitées » qui justifieraient une exception à la règle. Les éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement, une fois écartés, ne deviendront pas admissibles tout simplement parce que le ministère public ne pourrait autrement s’acquitter du fardeau qui lui incombe de prouver la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable.

IX

[105] Comme je l’ai dit au début, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance d’exclusion rendue par la Cour d’appel et de confirmer l’ordonnance visant la tenue d’un nouveau procès.

[106] M. Cole demande que les dépens lui soient adjugés, peu importe l’issue du pourvoi. Bien que la Cour ait le pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance, je m’abstiendrai de le faire. Cette affaire ne soulève rien d’« exceptionnel » — le

there was no allegation of “oppressive or improper conduct” on the part of the Crown (*R. v. Trask*, [1987] 2 S.C.R. 304, at p. 308; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 97).

The following are the reasons delivered by

[107] ABELLA J. (dissenting) — While I agree with Justice Fish that there has been a *Charter* breach, in my respectful view, like Justice Karakatsanis in the Court of Appeal, I would exclude the disc containing the temporary Internet files and the copy of the hard drive.

[108] In *R. v. Morelli*, [2010] 1 S.C.R. 253, Fish J. observed that “it is difficult to imagine a more intrusive invasion of privacy than the search of one’s home and personal computer” (para. 105). Workplace computers, while clearly engaging different considerations, nonetheless attract many of the same privacy concerns as home computers.

[109] Workplace computers are increasingly given to employees for their exclusive use, and employees are allowed — and often expected — to use them away from the workplace for both work-related and personal use. And as more data is stored in the cloud and accessed on both workplace and personal computers, the ownership of the device or the data, far from being determinative of the reasonable expectation of privacy, becomes an increasingly unhelpful marker. In deciding whether to exclude evidence illegally seized from workplace computers, this blurring of the line between personal and workplace usage should inform the analysis.

[110] Three considerations come into play in this case in determining whether to exclude the evidence. The first is the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, which looks at whether the police acted in good faith based on their presumed knowledge of the law. Detective Constable

principal critère — et il n’a pas été allégué que le ministère public « se soit conduit de façon oppressive ou injuste » (*R. c. Trask*, [1987] 2 R.C.S. 304, p. 308; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 97).

Version française des motifs rendus par

[107] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Bien que je sois d’accord avec le juge Fish pour dire qu’il y a eu violation de la *Charte*, avec égards, je suis d’avis, tout comme la juge Karakatsanis en Cour d’appel, d’exclure le disque contenant les fichiers Internet temporaires ainsi que la copie du disque dur.

[108] Dans l’arrêt *R. c. Morelli*, [2010] 1 R.C.S. 253, le juge Fish a fait observer qu’« il est difficile d’imaginer une atteinte plus grave à la vie privée d’une personne que la perquisition de son domicile et la fouille de son ordinateur personnel » (par. 105). Bien que les ordinateurs de travail fassent intervenir des considérations différentes, il faut néanmoins envisager à leur égard un bon nombre des préoccupations en matière de vie privée que soulèvent les ordinateurs personnels.

[109] De plus en plus, des employés obtiennent de leur employeur, pour leur usage exclusif, des ordinateurs qu’ils peuvent utiliser, tant au lieu de travail qu’à l’extérieur, pour les besoins du travail ou leurs besoins personnels. Et comme plus de données sont stockées dans le nuage et qu’on y a accès tant sur l’ordinateur de travail que l’ordinateur personnel, la propriété de l’appareil ou des données, loin de constituer un critère déterminant de l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, devient un repère de plus en plus inutile. Au moment de décider s’il faut exclure les éléments de preuve saisis illégalement dans des ordinateurs de travail, ce brouillage de la ligne qui sépare l’utilisation pour le travail et l’utilisation à des fins personnelles devrait guider l’analyse.

[110] En l’espèce, trois considérations entrent en jeu pour déterminer s’il faut exclure les éléments de preuve. La première est la gravité de la conduite attentatoire de l’État, laquelle consiste à déterminer si le policier a agi de bonne foi, compte tenu de sa connaissance présumée de la loi. Le

Burt, an experienced officer with years of experience in investigating cyber-crime, was expected to follow established *Charter* jurisprudence. His failure to do so, in my view, represents a serious breach.

[111] This Court's decision in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, is particularly helpful. In that case, the Court decided that a perimeter search of the accused's residence violated s. 8 of the *Charter*. Prior to *Kokesch*, it was unclear whether such a search violated the *Charter*. Nonetheless, the Court excluded the impugned evidence, noting that the law of trespass was firmly settled, and that the police "ought to have known" that they were trespassing. In the words of Sopinka J.:

I do not wish to be understood as imposing upon the police a burden of instant interpretation of court decisions. The question of the length of time after a judgment that ought to be permitted to pass before knowledge of its content is attributed to the police for the purposes of assessing good faith is an interesting one, but it does not arise on these facts. The police here had the benefit of slightly more than twelve years to study *Eccles*, slightly less than six years to consider *Colet*, and slightly more than two years to digest the constitutional warrant requirement set out in *Hunter*. Any doubt they may have had about their ability to trespass in the absence of specific statutory authority to do so was manifestly unreasonable, and cannot, as a matter of law, be relied upon as good faith for the purposes of s. 24(2). [Emphasis added; p. 33.]

[112] In other words, the Court concluded that if, in conducting their search, the police disregarded settled law, any specific uncertainty in the law becomes far less determinative. Otherwise, it would open the door too widely for the admission of evidence under s. 24(2).

[113] In this case, the trial judge found that D.C. Burt assumed that "because the laptop belonged to the Rainbow District School Board, there was no need for him to get a warrant". To borrow from *Kokesch*, D.C. Burt's exclusive reliance on

gendarme-déetective Burt, un policier d'expérience chargé depuis plusieurs années des enquêtes dans le domaine de la cybercriminalité, était censé se conformer à la jurisprudence constitutionnelle établie. Il ne l'a pas fait, ce qui, à mon avis, constitue une violation grave.

[111] L'arrêt *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, est particulièrement utile. Dans cette affaire, notre Cour a jugé qu'une perquisition périphérique de la résidence de l'accusé violait l'art. 8 de la *Charte*. Avant l'arrêt *Kokesch*, on pouvait se demander si une telle perquisition violait la *Charte*. Néanmoins, la Cour a écarté la preuve contestée, signalant que le droit applicable en matière d'intrusion *était* fermement établi et que les policiers « auraient dû [...] savoir » que c'était une intrusion. Le juge Sopinka s'est exprimé ainsi :

Je ne veux pas que l'on pense que j'impose à la police l'obligation d'interpréter instantanément les décisions judiciaires. La question du délai qui devrait être alloué après un jugement pour que la police soit censée avoir pris connaissance de son contenu, aux fins de déterminer sa bonne foi, est une question intéressante, mais elle ne se pose pas en l'espèce. La police a bénéficié d'un peu plus de douze ans pour étudier l'arrêt *Eccles*, d'un peu moins de six ans pour examiner l'arrêt *Colet*, et d'un peu plus de deux ans pour comprendre l'exigence du mandat énoncée dans l'arrêt *Hunter*. Tout doute qu'elle aurait pu avoir quant à sa capacité de commettre une intrusion en l'absence d'un pouvoir expressément prévu par la loi à cette fin était manifestement déraisonnable et ne saurait, en droit, être invoqué pour justifier sa bonne foi aux fins du par. 24(2). [Je souligne; p. 33.]

[112] Autrement dit, la Cour a conclu que si la police a fait abstraction du droit établi lorsqu'elle a effectué la fouille ou perquisition, toute incertitude dans l'application du droit devient beaucoup moins déterminante. Sinon, cela ouvrirait trop grande la porte à l'admission d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2).

[113] En l'espèce, le juge du procès a conclu que le gendarme-déetective Burt avait présumé que, [TRADUCTION] « puisque l'ordinateur portatif appartenait au Rainbow District School Board, il n'était pas nécessaire qu'il obtienne un mandat ».

ownership to determine whether a warrant was required was unreasonable and cannot be relied on as good faith for the purposes of s. 24(2).

[114] While the law relating to the search of workplace computers was unsettled at the time of the search, what *was* settled was the fact that property rights did not determine whether a warrant was required. In 1984, *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, divorced the concept of privacy from the law of trespass and said that s. 8 protects “people, not places” (p. 159). In 1990, the Court found a reasonable expectation of privacy in a hotel room in *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, and in 2003, found a reasonable expectation of privacy in a rented locker in *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631. The search in this case, in June 2006, occurred many years after this established jurisprudence, undeniably a sufficient amount of time for an officer who had years of experience in cyber-crime to have known that property interests did not determine the reasonable expectation of privacy.

[115] Justice Fish finds that the trial judge made a “clear and determinative” error in finding that D.C. Burt wrongly relied on the ownership of the laptop in deciding not to get a warrant. With respect, in my view the trial judge’s conclusion is fully supported by the evidence.

[116] D.C. Burt accepted that he had reasonable grounds for a warrant. Then, on multiple occasions, he stated explicitly that he chose not to obtain a warrant because the computer, and therefore its data, were the property of the School Board:

[Crown Counsel Mr. Roy]. And did you consider obtaining a search warrant?

Pour reprendre les termes employés dans l’arrêt *Kokesch*, la décision du gendarme-détective Burt de s’en remettre exclusivement au droit de propriété pour déterminer si un mandat était requis était déraisonnable et ne saurait être invoquée pour justifier sa bonne foi aux fins du par. 24(2).

[114] Même si le droit relatif à la fouille des ordinateurs de travail *était* incertain au moment de la fouille, il était établi que le droit de propriété ne permettait pas de déterminer si un mandat était requis. En 1984, l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, a dissocié la notion de vie privée du droit applicable en matière d’intrusion et a indiqué que l’art. 8 protège « les personnes et non les lieux » (p. 159). En 1990, dans l’arrêt *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, la Cour a conclu qu’on pouvait raisonnablement s’attendre au respect de la vie privée dans une chambre d’hôtel, et en 2003, dans l’arrêt *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, elle a conclu que l’on pouvait avoir une attente raisonnable de vie privée à l’égard d’un casier loué. En l’espèce, la fouille a eu lieu en juin 2006, soit de nombreuses années après que la jurisprudence fut bien établie à cet égard, ce qui constitue indéniablement suffisamment de temps pour qu’un policier qui compte plusieurs années d’expérience dans le domaine de la cybercriminalité sache que le droit de propriété ne détermine pas l’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée.

[115] Le juge Fish estime que le juge du procès a commis une erreur « manifeste et déterminante » en concluant que le gendarme-détective Burt s’était fondé à tort sur la propriété de l’ordinateur portatif pour décider de ne pas obtenir de mandat. Avec égards, j’estime que la conclusion du juge du procès est entièrement étayée par la preuve.

[116] Le gendarme-détective Burt a reconnu avoir les motifs raisonnables requis pour obtenir un mandat. Puis, à maintes reprises, il a dit explicitement qu’il avait choisi de ne pas obtenir de mandat parce que l’ordinateur, et par conséquent ses données, étaient la propriété du conseil scolaire :

[TRADUCTION] [L’avocat du ministère public, M^e Roy]. Et avez-vous songé à obtenir un mandat de perquisition?

A. Yes, I did, sir.

Q. And whose decision was it to make with respect to whether or not you would be obtaining a search warrant? Did you consult with anyone else?

A. No, that was my decision, sir.

Q. And why did you decide not to obtain a search warrant?

A. It was my belief that the laptop in question was the property of the Rainbow District School Board, that Mr. Slywchuk had said that it was a teacher or a staff computer, that the sticker on the bottom of the laptop indicated it was property of Rainbow District School Board, and at that point I was advised that it was their property. . . .

. . . .

Q. Now would your approach have been different if you were seizing a computer from a residence?

A. In a residence there are several users on computers. This is a personal computer as opposed to a business computer with a property. Most of us don't put a "Property of Tim Burt" on the back of my computer as opposed to a property of an employer. So I would look in my household and there are three, four people who could use my computer and I believe that each one of them would have a privacy interest because my son may be chatting with someone or somebody in a household may be chatting and they may claim that they have some kind of privacy. I would get a search warrant even if, use an example, a wife catches her husband doing something and says I don't want this computer, I want you to do this because I caught him doing something illegal, and it's in my possession already at headquarters, I would get a warrant for it in that time because I would be respecting the privacy of all those people on that personal computer.

Q. Did you consider whether or not Richard Cole had any expectation of privacy in that computer?

A. I did consider that. The information that I was receiving was that it was the School Board's computer and that was their property. I had never received any information in regards to Mr. Cole owning that computer or that he had any privileged material. And I've dealt with cases where there have been privileged material

R. Oui monsieur, j'y ai songé.

Q. Et à qui incombait la décision d'obtenir ou non un mandat de perquisition? Avez-vous consulté quelqu'un d'autre?

R. Non monsieur, c'était ma décision.

Q. Et pourquoi avez-vous décidé de ne pas obtenir de mandat de perquisition?

R. J'avais la conviction que l'ordinateur portatif en question appartenait au Rainbow District School Board, que M. Slywchuk avait dit que c'était l'ordinateur d'un enseignant ou d'un membre du personnel, que l'auto-collant au bas de l'ordinateur portatif indiquait qu'il appartenait au Rainbow District School Board, et à ce moment-là, j'ai été informé qu'il leur appartenait. . .

. . . .

Q. Maintenant, auriez-vous procédé autrement si vous aviez saisi un ordinateur dans une résidence?

R. Dans une résidence, plusieurs personnes utilisent les ordinateurs. Il s'agit d'un ordinateur personnel et non pas d'un ordinateur réservé à un usage professionnel sur lequel figure le nom du propriétaire. Comme la plupart d'entre nous, je ne mets pas « Propriété de Tim Burt » au dos de mon ordinateur comme pour la propriété d'un employeur. Si je regardais chez moi, trois ou quatre personnes pourraient utiliser mon ordinateur et je crois que chacune d'entre elles aurait droit au respect de sa vie privée parce que mon fils pourrait clavarder avec quelqu'un ou quelqu'un à la maison pourrait clavarder et ils pourraient soutenir qu'ils ont droit à une certaine protection de leur vie privée. Je demanderais un mandat de perquisition même si, prenons un exemple, une épouse surprend son mari à faire quelque chose et dit je ne veux pas de cet ordinateur, je veux que vous fassiez cela parce que je l'ai surpris à faire quelque chose d'illégal, et je l'ai déjà en ma possession au quartier général, j'obtiendrais alors un mandat pour ça parce que je respecterais la vie privée de toutes ces personnes qui ont utilisé cet ordinateur personnel.

Q. Vous êtes-vous demandé si Richard Cole avait des attentes en matière de vie privée à l'égard de cet ordinateur?

R. Je me suis posé la question. J'avais reçu comme information qu'il s'agissait de l'ordinateur du conseil scolaire et que celui-ci en était propriétaire. Je n'ai jamais reçu comme information que cet ordinateur appartenait à M. Cole ou qu'il contenait des renseignements confidentiels. Et je suis intervenu lors de

on a laptop or on a computer. And the only information I had received about any private material that was on that computer came from Mr. Bourget [the school principal] and that was in regards to some images of Mr. Cole's — personal images of his wife and that was the only information I had in regards to any private information there.

[Defence Counsel Mr. Keaney]. Okay. And you decided not to get a search warrant before looking at that CD called the temporary Internet folder. Why?

A. Because of the same reasons as I explained with the laptop, that I believe that the data and the images were all part of that laptop and that that laptop belonged to the Rainbow District School Board.

A. . . . if I believe that there's a privacy interest I would get a warrant . . . for it, but based on the information I collected up until the examination of the computer, including the procedures, the data contained within and that would be, I guess, a subject to review, the data contained and created within being the Board's property, what they call their property, I didn't believe that that data belonged to Mr. Cole. [Emphasis added.]

[117] Apart from vague references to “privileged material”, the distinction that D.C. Burttt drew between the search of a shared home computer and that of a work computer was the fact that the laptop belonged to the School Board. He acknowledged that if he were searching a home computer used by several people, he would obtain a warrant “because [he] would be respecting the privacy of all those people on that personal computer”. The distinction for him appears to have been that “[m]ost of us don't put a ‘Property of Tim Burttt’ on the back of [a] computer as opposed to a property of an employer.” Indeed, immediately after this statement, D.C. Burttt reaffirmed that he did not get a warrant in Mr. Cole's case *because of the School Board's ownership of the laptop*. This echoes the repeated statements he made throughout his

situations où des renseignements confidentiels se trouvaient dans un ordinateur ou un ordinateur portatif. Et la seule information que j'ai reçue au sujet de renseignements personnels se trouvant dans cet ordinateur provenait de M. Bourget [le directeur de l'école] et concernait certaines images appartenant à M. Cole — des images personnelles de son épouse et il s'agit de la seule information que j'avais concernant des renseignements personnels là-dedans.

[L'avocat de la défense, M^c Keaney]. D'accord. Et vous avez décidé de ne pas obtenir de mandat de perquisition avant d'examiner ce CD appelé le dossier Internet temporaire. Pourquoi?

R. Pour les raisons mêmes que j'ai expliquées relativement à l'ordinateur portatif, que je crois que les données et les images faisaient toutes partie de cet ordinateur portatif et que cet ordinateur portatif appartenait au Rainbow District School Board.

R. . . . si je crois qu'il existe un droit au respect de la vie privée, je vais obtenir un mandat [. . .] pour ça, mais d'après les renseignements que j'ai recueillis jusqu'à l'examen de l'ordinateur, y compris les procédures, les données qu'il contenait et qui pourraient, j'imagine, faire l'objet d'un contrôle, les données contenues et créées dedans étant la propriété du Conseil, ce qu'il appelle sa propriété, je ne croyais pas que ces données appartenaient à M. Cole. [Je souligne.]

[117] Outre de vagues allusions à [TRADUCTION] « des renseignements confidentiels », la distinction qu'a faite le gendarme-détective Burttt entre la fouille d'un ordinateur domestique partagé et celle d'un ordinateur de travail reposait sur le fait que l'ordinateur portatif appartenait au conseil scolaire. Il a reconnu que s'il avait fouillé un ordinateur domestique utilisé par plusieurs personnes, il aurait obtenu un mandat « parce [qu'il] respectera[i]t la vie privée de toutes ces personnes qui ont utilisé cet ordinateur personnel ». Selon lui, la distinction semble avoir été que, « [c]omme la plupart d'entre nous, je ne mets pas “Propriété de Tim Burttt” au dos [d'un] ordinateur comme pour la propriété d'un employeur ». D'ailleurs, immédiatement après cette affirmation, le gendarme-détective Burttt a répété qu'il n'avait pas obtenu de mandat dans le cas de

testimony to justify his failure to get a warrant or to conduct a further inquiry into the privacy interests at play.

[118] Despite acknowledging that there could be personal information on Mr. Cole's computer, and despite being told by the principal of the school that Mr. Cole kept personal photographs on it, there is no evidence that D.C. Burttt took any steps to discover the extent of the private information on Mr. Cole's computer before effecting a warrantless search.

[119] D.C. Burttt acknowledged that he knew about the private use that Mr. Cole made of the laptop before he looked at the content of the CDs. He knew that Mr. Cole had a password to his computer. He had also received statements confirming that the photos were in a hidden folder, that teachers regularly kept personal information on their laptops and that Mr. Cole specifically had "personal private information on his computer", namely the photos of his wife. In fact, D.C. Burttt even acknowledged that, in conducting a warrantless search of Mr. Cole's workplace computer, he knew there could be "personal stuff on there", and would make efforts to avoid it:

Business computer or any computers may have some personal stuff on there. I can even use an example from our own computers that I know that officers may check a website and may send an e-mail. So some people will have a personal folder or a personal picture or something like that. I'll respect that because it's not what I'm looking for. Essentially I've been given information in regards to possible child pornography. Mr. Cole's wife is not part of the investigation and it's — when the forensic images obtain . . . It's hard to explain but the whole computer, when the . . . The forensic program takes all of the images, not just from one area. It takes it so that it can recreate a proper image. So when all those images come in I'm not particularly — I'm not looking for Mr. Cole's family pictures. I'm not looking for Mr.

M. Cole *parce que l'ordinateur portatif appartenait au conseil scolaire.* Cela fait écho aux affirmations répétées qu'il a faites pendant son témoignage pour justifier son défaut d'obtenir un mandat ou de procéder à un examen plus poussé des intérêts en matière de vie privée en jeu.

[118] Bien qu'il ait reconnu que l'ordinateur de M. Cole puisse contenir des renseignements personnels, et que le directeur de l'école lui ait dit que M. Cole y conservait des photographies personnelles, rien ne prouve que le gendarme-détective Burttt a pris des mesures pour découvrir l'étendue des renseignements personnels se trouvant dans l'ordinateur de M. Cole avant d'effectuer une fouille sans mandat.

[119] Le gendarme-détective Burttt a reconnu qu'il savait, avant d'examiner le contenu des CD, que M. Cole faisait un usage privé de l'ordinateur portatif. Il savait que M. Cole avait un mot de passe pour son ordinateur. De plus, il avait reçu des déclarations confirmant que les photos se trouvaient dans un dossier caché, que les enseignants gardaient habituellement des renseignements personnels dans leur ordinateur portatif et que M. Cole avait plus particulièrement [TRADUCTION] « des renseignements personnels et privés dans son ordinateur », à savoir les photos de son épouse. En fait, le gendarme-détective Burttt a même reconnu que, lorsqu'il a effectué une fouille sans mandat de l'ordinateur de travail de M. Cole, il savait que l'ordinateur pouvait « contenir des choses personnelles », qu'il s'efforceraient d'éviter :

[TRADUCTION] Un ordinateur de travail ou tout ordinateur peut contenir des choses personnelles. Je peux même prendre l'exemple de nos propres ordinateurs avec lesquels, je le sais, les agents peuvent aller voir un site Web et peuvent envoyer un courriel. Certaines personnes vont avoir un dossier personnel ou une photo personnelle ou quelque chose comme ça. Je vais respecter ça parce que ce n'est pas ce que je cherche. Essentiellement, j'ai reçu des renseignements selon lesquels il pourrait s'agir de pornographie juvénile. L'épouse de M. Cole n'est pas visée par l'enquête et c'est — quand les images de l'expertise judiciaire obtiennent . . . C'est difficile à expliquer mais tout l'ordinateur, quand le . . . Le programme d'expertise judiciaire prend toutes les images, pas seulement dans une

Cole's financial records. I'm not looking for anything that may be in there. What I'm looking for are images of child pornography or improper Internet — not Internet searches but web browsing where there may be access of child pornography and illegal activity related to child pornography or any other offence. [Emphasis added.]

[120] D.C. Burttt would not have been able to rely on the School Board's ownership of an office desk for a warrantless search of Mr. Cole's personal files in the desk's drawer, in complete disregard for Mr. Cole's privacy interests (see *Buhay*). The same should be true of Mr. Cole's school-owned laptop.

[121] There were also no exigent circumstances or other legitimate reasons that forced the police to proceed without a warrant. As the trial judge noted, “[h]ad the legal route to accessing the data in that computer been followed, it is likely that it could have been obtained without alerting Richard Cole about what was transpiring.” There was therefore no urgent need on the part of the police to preserve the evidence.

[122] In his testimony, D.C. Burttt accepted that once he received the CDs and the laptop, he was confident that they would remain uncompromised, that their integrity would not be at issue, and that there was ample time to get a warrant. In fact, though he looked at the CDs immediately after seizing the materials on June 28, the laptop was not sent for forensic analysis until August 18, nearly two months later. This too weighs in favour of exclusion.

[123] It is also uncontested that D.C. Burttt not only had ample time to obtain a warrant, he had reasonable and probable grounds to do so. The relevance of this factor was recently discussed in *R. v. Côté*, [2011] 3 S.C.R. 215, where the Court said that the failure to obtain a warrant can either be a mitigating or an aggravating factor under the first

partie. Il les prend afin de pouvoir recréer une image adéquate. Alors quand toutes ces images arrivent, je ne suis pas particulièrement — je ne cherche pas les photos de famille de M. Cole. Je ne cherche pas les documents financiers de M. Cole. Je ne cherche rien qui pourrait s'y trouver. Ce que je cherche, ce sont des images de pornographie juvénile ou un usage inapproprié de l'Internet — pas des recherches sur l'Internet mais de la navigation sur le Web permettant d'accéder à de la pornographie juvénile et pouvant donner lieu à une activité illégale liée à la pornographie juvénile ou à toute autre infraction. [Je souligne.]

[120] Le gendarme-détective Burttt n'aurait pas pu invoquer le droit de propriété du conseil scolaire sur un bureau de travail pour effectuer une fouille sans mandat des dossiers personnels de M. Cole dans le tiroir du bureau, au mépris total du droit de M. Cole au respect de sa vie privée (voir l'arrêt *Buhay*). Il devrait en être de même pour l'ordinateur portatif que l'école fournit à M. Cole.

[121] Il n'y avait pas non plus de situation d'urgence ou d'autres motifs légitimes qui obligeaient la police à agir sans mandat. Comme l'a souligné le juge du procès, [TRADUCTION] « [s]i la voie légale permettant d'accéder aux données dans l'ordinateur avait été suivie, il est probable qu'il [le mandat] aurait pu être obtenu sans que Richard Cole soit prévenu de ce qui se passait ». La police n'avait donc aucun besoin urgent de préserver la preuve.

[122] Lors de son témoignage, le gendarme-détective Burttt a reconnu que, lorsqu'il a reçu les CD et l'ordinateur portatif, il était sûr qu'ils ne seraient pas compromis, que leur intégrité ne poserait pas de problème et qu'il avait amplement le temps d'obtenir un mandat. De fait, bien qu'il ait examiné les CD immédiatement après avoir saisi le matériel le 28 juin, l'ordinateur portatif n'a pas été envoyé pour analyse judiciaire avant le 18 août, soit près de deux mois plus tard. Cela aussi favorise l'exclusion.

[123] De plus, nul ne conteste le fait que non seulement le gendarme-détective Burttt a eu amplement le temps d'obtenir un mandat, mais qu'il avait les motifs raisonnables et probables requis pour le faire. La pertinence de ce facteur a récemment été examinée dans l'arrêt *R. c. Côté*, [2011] 3 R.C.S. 215, dans lequel la Cour a affirmé que l'absence de mandat

branch of the *Grant* test, depending on whether the police had a “legitimate” reason for it (*R. v. Grant*, [2009] 2 S.C.R. 353). In this case, it seems to me that the “legitimacy” of the warrantless search hinges on the finding that D.C. Burt’s good faith was compromised by his disregard for the established law. Since I see no reason justifying his decision not to get a warrant, this factor too mandates in favour of exclusion.

[124] The second aspect of the *Grant* test considers the impact on the *Charter*-protected interests of the accused. This factor “calls for an evaluation of the extent to which the breach actually undermined the interests protected by the right infringed” (*Grant*, at para. 76). The interest in this case is privacy. *Grant*, *R. v. Harrison*, [2009] 2 S.C.R. 494, and *Côté* address the key relevant concerns at play in determining the impact of a breach of a privacy interest in this case: the reasonable expectation of privacy and the extent of the intrusion.

[125] The reasonable expectation of privacy is central to assessing the impact of the breach on the accused’s *Charter*-protected interests. Even if it can be said that there is a diminished expectation of privacy in a workplace computer, this is not the end of the inquiry. The record shows that teachers at the school kept a great deal of personal information on their computers, a fact that was known both to the school and to D.C. Burt prior to the police search. Mr. Cole himself kept personal photos, financial records, tax records, and information about a property he owned on his computer. The search also included Mr. Cole’s Internet browsing history, which would provide an extensive, unfiltered view of many aspects of his life. As Justice Fish recognized, the information that was available on the search of Mr. Cole’s computer was “meaningful, intimate, and organically connected to his biographical core”.

peut constituer un facteur atténuant ou aggravant au regard du premier volet du test de l’arrêt *Grant*, selon que le policier avait un motif « légitime » de ne pas le demander (*R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353). En l’espèce, il me semble que la « légitimité » de la fouille sans mandat repose sur la conclusion que la bonne foi du gendarme-détective Burt était compromise par son mépris du droit établi. Comme je ne vois aucune raison justifiant sa décision de ne pas obtenir de mandat, ce facteur milite aussi en faveur de l’exclusion.

[124] Le second volet du test de l’arrêt *Grant* concerne l’incidence qu’a la violation de la *Charte* sur les droits qu’elle garantit à l’accusé. Ce facteur « impose d’évaluer la portée réelle de l’atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause » (*Grant*, par. 76). Le droit en cause en l’espèce est le droit au respect de la vie privée. Les arrêts *Grant*, *R. c. Harrison*, [2009] 2 R.C.S. 494, et *Côté* traitent des principales considérations pertinentes pour déterminer l’incidence d’une atteinte au droit au respect de la vie privée en l’espèce : l’attente raisonnable en matière de vie privée et l’ampleur de l’intrusion.

[125] L’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée est cruciale pour évaluer l’incidence de l’atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l’accusé. Même si l’on peut dire que l’attente en matière de vie privée à l’égard d’un ordinateur de travail est réduite, l’examen ne s’arrête pas là. Il ressort du dossier que les enseignants de l’école conservaient de nombreux renseignements personnels dans leurs ordinateurs, ce que savaient tant l’école que le gendarme-détective Burt avant la fouille policière. M. Cole lui-même gardait dans son ordinateur des photos personnelles, des documents financiers, des documents fiscaux et des renseignements concernant une propriété qui lui appartenait. La fouille comprenait également l’historique de navigation sur Internet de M. Cole, lequel offrait un aperçu détaillé et non censuré de nombreux aspects de sa vie. Comme l’a reconnu le juge Fish, les renseignements qui ont été rendus accessibles par la fouille de l’ordinateur de M. Cole étaient « significatifs, intimes et reliés organiquement à l’ensemble de ses renseignements biographiques ».

[126] The substantial amount of private information which was seized by the police from Mr. Cole's computer meant that it was a highly intrusive search. In other words, regardless of whether there is a diminished expectation of privacy in a workplace computer, the *extent* of the seizure in a given case should be relevant under s. 24(2). In *Harrison*, the Court asked whether "the breach [was] merely transient or trivial in its impact" and considered it a mitigating fact that, "[h]ad it not turned up incriminating evidence, the detention would have been brief" (paras. 28 and 30). In *Côté*, the Court noted that the police had conducted a two-hour warrantless search of the accused's home (para. 85). And in *Morelli*, the breadth of the search of the accused's computer was significant to the analysis (paras. 104-5).

[127] The warrantless search and seizure in this case included not only the impugned photos, but also the computer and a copy of the data on the hard drive. In other words, it had no restrictions as to scope. As a result, regardless of any diminished reasonable expectation of privacy in a workplace computer, the *extent* of the search of Mr. Cole's hard drive and browsing history was significant, which weighs in favour of exclusion.

[128] The fact that the police had reasonable and probable grounds to obtain a search warrant and discover the evidence does little to attenuate the intrusiveness of the search that actually occurred. As this Court explained in *Côté*,

the absence of prior judicial authorization still constitutes a significant infringement of privacy. Indeed, it must not be forgotten that the purpose of the *Charter's* protection against unreasonable searches is to prevent them before they occur, not to sort them out from reasonable intrusions on an *ex post facto* analysis: *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 45. Thus, prior authorization is directly related to, and forms part of, an individual's reasonable expectation of privacy. [para. 84]

[126] Vu la quantité substantielle de renseignements privés que la police a saisis dans l'ordinateur de M. Cole, il s'agissait d'une fouille très envahissante. Autrement dit, peu importe qu'il existe ou non une attente réduite en matière de vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail, l'*étendue* de la saisie dans un cas donné devrait être prise en compte pour l'application du par. 24(2). Dans l'arrêt *Harrison*, la Cour s'est demandée si « l'incidence de la violation était [. . .] simplement passagère ou anodine » et a considéré comme atténuant le fait que, « [s]i elle n'avait pas donné lieu à la découverte d'éléments de preuve incriminants, la détention aurait été brève » (par. 28 et 30). Dans l'arrêt *Côté*, la Cour a constaté que les policiers avaient effectué une perquisition sans mandat pendant deux heures dans la maison de l'accusée (par. 85). Et dans l'arrêt *Morelli*, l'ampleur de la fouille de l'ordinateur de l'accusé était importante pour les besoins de l'analyse (par. 104-105).

[127] La fouille et la saisie sans mandat en l'espèce visaient non seulement les photos en cause, mais également l'ordinateur et une copie des données sur le disque dur. Autrement dit, il n'y avait aucune restriction quant à leur étendue. En conséquence, indépendamment de toute diminution de l'attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail, l'*étendue* de la fouille du disque dur de M. Cole et de son historique de navigation était importante, ce qui favorise l'exclusion.

[128] Le fait que la police ait eu les motifs raisonnables et probables requis pour obtenir un mandat de perquisition et découvrir les éléments de preuve n'est guère utile pour atténuer le caractère envahissant de la fouille effectuée en l'espèce. Comme notre Cour l'a expliqué dans *Côté*,

l'absence d'une autorisation judiciaire préalable constitue tout de même une atteinte grave à la vie privée. Il faut en effet se garder d'oublier que l'objet de la garantie constitutionnelle contre les fouilles et les perquisitions abusives est de faire obstacle à ces dernières, et non de les distinguer d'atteintes non abusives dans le cadre d'une analyse *ex post facto* : *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 45. L'autorisation préalable est donc directement liée à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée et elle en fait partie intégrante. [par. 84]

[129] The third and final factor in *Grant* is society's interest in an adjudication on the merits, which "asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion" (para. 79). Three considerations have been emphasized by the Court in weighing this factor: the reliability of the evidence, its importance to the prosecution's case, and the seriousness of the offence.

[130] First, "[i]f a breach . . . undermines the reliability of the evidence, this points in the direction of exclusion of the evidence" (*Grant*, at para. 81). While I agree with Justice Fish that the evidence in this case is reliable, a factor arguing in favour of admission, its importance to the prosecution's case is, it seems to me, minimal, and it can hardly be said to reach the level described in *Grant* of "effectively gut[ting] the prosecution" (para. 83).

[131] There is little evidence in this case about the particular relevance of the laptop and Internet browsing history, especially given that the pornographic photographs themselves, as well as the screenshot showing their location on Mr. Cole's computer, were both admitted. The Crown suggests that the information in the laptop, including the metadata accompanying the photos (data stored on each file that records when it was created and altered) and the Internet browsing history, help establish the context in which the files were downloaded and whether the files were viewed, copied or transmitted.

[132] At best, the Crown's need for Mr. Cole's *entire* hard drive and his browsing history in order to establish possession of child pornography, is highly speculative. In *Morelli*, the Court held that in order to be guilty of possession of child pornography, "one must knowingly acquire the underlying data files and store them in a place under one's control", such as by storing it on the hard

[129] Le troisième et dernier facteur établi dans l'arrêt *Grant*, l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond, « vise à déterminer si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l'utilisation ou par l'exclusion d'éléments de preuve » (par. 79). Lorsqu'elle a apprécié ce facteur, la Cour a mis l'accent sur trois considérations : la fiabilité des éléments de preuve, leur importance pour la poursuite et la gravité de l'infraction.

[130] Tout d'abord, « [i]l pourra y avoir lieu d'exclure des éléments de preuve si une violation [. . .] en compromet la fiabilité » (*Grant*, par. 81). Bien que je convienne avec le juge Fish que les éléments de preuve en cause sont fiables, un facteur militant en faveur de leur admission, leur importance pour la poursuite est, selon moi, minime, et il n'est guère possible d'affirmer, au sujet de leur exclusion qu'« en réalité, cette mesure est fatale pour la poursuite », une conséquence possible relevée dans l'arrêt *Grant* (par. 83).

[131] Il existe peu d'éléments de preuve en l'espèce au sujet de l'importance particulière que revêtent l'ordinateur portable et l'historique de navigation sur Internet, compte tenu en particulier du fait que les photographies pornographiques elles-mêmes ainsi que la capture d'écran indiquant l'endroit où elles se trouvent dans l'ordinateur de M. Cole ont été admises. Le ministère public affirme que les renseignements se trouvant dans l'ordinateur portable, y compris les métadonnées liées aux photos (des données stockées relativement à chaque fichier qui sont enregistrées lors de sa création et de sa modification) et l'historique de navigation sur Internet, permettent d'établir le contexte dans lequel les fichiers ont été téléchargés et si les fichiers ont été consultés, copiés ou transférés.

[132] Tout au plus, il est très hypothétique que le ministère public ait besoin de *tout* le disque dur de M. Cole et de son historique de navigation pour établir la possession de pornographie juvénile. Dans l'arrêt *Morelli*, la Cour a statué que pour être déclarée coupable de possession de pornographie juvénile, « la personne doit sciemment acquérir les fichiers de données sous-jacents et les garder dans

drive (para. 66). That knowledge and control can be inferred if the pornography is found in a folder where users typically keep their personal files.

[133] In Mr. Cole's case, the pornographic photos were stored in a folder under "My Documents" and the screenshot records their location. This location supports an inference that they were deliberately placed there by Mr. Cole. As a result, the Crown may well be able to establish possession without the metadata and browsing history.

[134] Finally, while the seriousness of the offence is a relevant factor to consider, *Grant* observed that it "has the potential to cut both ways". Section 24(2) is focussed on the longer-term reputation of the administration of justice. As a result, "while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high" (para. 84). This statement was reaffirmed in *Harrison and Côté*, cases where the Court excluded evidence that was central to the prosecution of a serious offence. It seems to me that the result of these decisions is to seriously attenuate the impact of the seriousness of the offence in the s. 24(2) analysis.

[135] This brings us to balancing these factors. The *Charter*-infringing conduct in this case was serious in its disregard for central and well-established *Charter* standards. Nor were there any exigent circumstances or other legitimate reasons preventing the police from getting a warrant. The impact of the breach on Mr. Cole's *Charter*-protected interests, even assuming that his reasonable expectation of privacy was reduced because it was a workplace computer, was significant given the extent of the intrusion into his privacy. And while the evidence in this case is reliable, its

un lieu sous son contrôle », par exemple en les stockant sur le disque dur (par. 66). La connaissance et le contrôle peuvent être déduits si les documents pornographiques se trouvent dans un dossier où les utilisateurs conservent normalement leurs fichiers personnels.

[133] Dans le cas de M. Cole, les photographies pornographiques étaient stockées dans un dossier appelé « Mes documents » et la capture d'écran indique où elles se trouvent, ce qui permet de déduire que M. Cole les a placées à cet endroit délibérément. Par conséquent, le ministère public peut très bien être en mesure d'établir la possession sans recourir aux métadonnées et à l'historique de navigation.

[134] Enfin, si la gravité de l'infraction constitue un facteur qu'il importe d'examiner, la Cour a fait remarquer dans l'arrêt *Grant* que ce facteur « peut jouer dans les deux sens ». Le paragraphe 24(2) est axé sur la réputation à plus long terme du système de justice. En conséquence, « si la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond, l'intérêt du public en l'irrécupérabilité du système de justice n'est pas moins vital, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales » (par. 84). Cet énoncé a été confirmé dans les arrêts *Harrison et Côté*, deux affaires dans lesquelles la Cour a écarté des éléments de preuve qui étaient essentiels pour la poursuite intentée à l'égard d'une infraction grave. Il me semble que ces arrêts ont pour effet d'atténuer nettement l'incidence de la gravité de l'infraction sur l'analyse que requiert le par. 24(2).

[135] Cela nous amène à la pondération de ces facteurs. En l'espèce, la conduite attentatoire était grave parce que le policier a fait fi des normes fondamentales et bien établies relatives à la *Charte*. Il n'y avait pas non plus de situation d'urgence ou d'autres motifs légitimes qui empêchaient la police d'obtenir un mandat. L'incidence de l'atteinte aux droits que la *Charte* garantit à M. Cole, même si l'on suppose que son attente raisonnable en matière de vie privée était réduite parce qu'il s'agissait d'un ordinateur de travail, était importante vu l'ampleur de l'intrusion dans sa vie privée. Et bien que

importance to the prosecution's case is at best speculative. Balancing these factors, and in light of the deference owed to trial judges in applying s. 24(2), it seems to me that the trial judge was reasonable in excluding the evidence.

[136] I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, ABELLA J. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Addario Law Group, Toronto; Ruby Shiller Chan, Toronto.

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

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Dawe & Dineen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lax O'Sullivan Scott Lisus, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers: Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

les éléments de preuve en l'espèce soient fiables, leur importance pour la poursuite est tout au plus conjecturale. Après avoir soupesé ces facteurs, et compte tenu de la déférence accordée aux juges de première instance en ce qui a trait à l'application du par. 24(2), j'estime que le juge du procès a eu raison d'écarter les éléments de preuve.

[136] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, la juge ABELLA est dissidente.

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

Procureurs de l'intimé : Addario Law Group, Toronto; Ruby Shiller Chan, Toronto.

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

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Dawe & Dineen, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lax O'Sullivan Scott Lisus, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Association of Counsel to Employers : Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.