



SUPREME COURT OF CANADA

COUR SUPRÊME DU CANADA

BULLETIN OF PROCEEDINGS

BULLETIN DES PROCÉDURES

This Bulletin is published at the direction of the Registrar and is for general information only. It is not to be used as evidence of its content, which, if required, should be proved by Certificate of the Registrar under the Seal of the Court. While every effort is made to ensure accuracy, no responsibility is assumed for errors or omissions.

Ce Bulletin, publié sous l'autorité du registraire, ne vise qu'à fournir des renseignements d'ordre général. Il ne peut servir de preuve de son contenu. Celle-ci s'établit par un certificat du registraire donné sous le sceau de la Cour. Rien n'est négligé pour assurer l'exactitude du contenu, mais la Cour décline toute responsabilité pour les erreurs ou omissions.

During Court sessions the Bulletin is usually issued weekly.

Le Bulletin paraît en principe toutes les semaines pendant les sessions de la Cour.

Where a judgment has been rendered, requests for copies should be made to the Registrar, with a remittance of \$15 for each set of reasons. All remittances should be made payable to the Receiver General for Canada.

Quand un arrêt est rendu, on peut se procurer les motifs de jugement en adressant sa demande au registraire, accompagnée de 15 \$ par exemplaire. Le paiement doit être fait à l'ordre du Receveur général du Canada.

Consult the Supreme Court of Canada website at www.scc-csc.ca for more information.

Pour de plus amples informations, consulter le site Web de la Cour suprême du Canada à l'adresse suivante : www.scc-csc.ca

December 8, 2017

1694 - 1730

Le 8 décembre 2017

© Supreme Court of Canada (2017)
ISSN 1918-8358 (Online)

© Cour suprême du Canada (2017)
ISSN 1918-8358 (En ligne)

CONTENTS**TABLE DES MATIÈRES**

Applications for leave to appeal filed	1694 - 1695	Demandes d'autorisation d'appel déposées
Applications for leave submitted to Court since last issue	1696	Demandes soumises à la Cour depuis la dernière parution
Judgments on applications for leave	1697 - 1706	Jugements rendus sur les demandes d'autorisation
Motions	1707 - 1709	Requêtes
Appeals heard since last issue and disposition	1710 - 1713	Appels entendus depuis la dernière parution et résultat
Pronouncements of appeals reserved	1714	Jugements rendus sur les appels en délibéré
Headnotes of recent judgments	1715 - 1730	Sommaires de jugements récents

NOTICE

Case summaries included in the Bulletin are prepared by the Office of the Registrar of the Supreme Court of Canada (Law Branch) for information purposes only.

AVIS

Les résumés de dossiers publiés dans le bulletin sont préparés par le Bureau du registraire (Direction générale du droit) uniquement à titre d'information.

**APPLICATIONS FOR LEAVE TO
APPEAL FILED**

**DEMANDES D'AUTORISATION
D'APPEL DÉPOSÉES**

SouthGobi Resources Ltd. et al.

John A. Campion
Gardiner, Roberts LLP

v. (37844)

Paiman Rahimi (Ont.)

Michael G. Robb
Siskinds LLP

FILING DATE : 17.11.2017

Unifor Local 707A

John R. Carpenter
Chivers Carpenter

v. (37854)

Suncor Energy Inc. (Alta.)

Barbara B. Johnston, Q.C.
Dentons Canada LLP

FILING DATE: 22.11.2017

Janina Kraus

Richard Litkowski
Hicks Adams LLP

v. (37853)

Her Majesty the Queen (Ont.)

Jennifer Epstein
A.G. of Ontario

FILING DATE: 21.11.2017

Delizia Limited

Laurent Debrun
Kaufman LLP

v. (37848)

Nevsun Resources Ltd. (F.C.)

Peter R. Senkpiel
Nathanson, Schachter & Thompson LLP

FILING DATE: 15.11.2017

Kevin Pepper

Biran Pickard
Forger Smith

v. (37850)

**Standard Life Assurance Company of Canada
(Ont.)**

Elizabeth Bennett-Martin
Bennett Gastle P.C.

FILING DATE: 15.11.2017

Trial Lawyers Association of British Columbia

Robert D. Holmes, Q.C.
Holmes & Bilawich

v. (37843)

**Attorney General of British Columbia et al.
(B.C.)**

Jacqueline D. Hughes
A.G. of British Columbia

FILING DATE: 14.11.2017

Delizia Limited

Laurent Debrun
Kaufman LLP

v. (37849)

Sunridge Gold Corp. (F.C.)

Robert W. Cooper, Q.C.
McEwan Cooper Dennis LLP

FILING DATE : 15.11.2017

Samson Mac et al.

Samson Mac

v. (37841)

Sally Kit Hing Mak et al. (B.C.)

M. Scott Kerwin
Borden Ladner Gervais LLP

FILING DATE: 30.10.2017

R. Peter Bradley

Louis Masson
Jolicoeur Lacasse Avocats

c. (37852)

Ministre de la justice du Québec et autre (Qc)

Dominique Rousseau
Direction générale des affaires juridique
et législative

- et entre -

R. Peter Bradley

Louis Masson
Jolicoeur Lacasse Avocats

c. (37852)

Ministre de la justice du Québec et autre (Qc)

Dominique Rousseau
Direction générale des affaires juridique
et législative

DATE DE PRODUCTION : 15.11.2017

Katherine Lin

Katherine Lin

v. (37842)

Eric Fleury et al. (Ont.)

Georgia Tanner
City of Toronto

FILING DATE : 13.09.2017

**APPLICATIONS FOR LEAVE
SUBMITTED TO COURT SINCE
LAST ISSUE**

**DEMANDES SOUMISES À LA COUR
DEPUIS LA DERNIÈRE PARUTION**

DECEMBER 4, 2017 / LE 4 DÉCEMBRE 2017

**CORAM: Chief Justice McLachlin and Côté and Brown JJ.
La juge en chef McLachlin et les juges Côté et Brown**

- | | | | | |
|----|-------|--|----|---|
| 1. | 37799 | Brandon William Lane
(Ont.) (Criminal) (By Leave) | v. | Attorney General of Canada (On Behalf of the
United States of America) |
| 2. | 37646 | Derrick Miles Henderson
(Man.) (Civil) (By Leave) | v. | Ernest Elder, Coach of the Maynerds Electric
13A Wheat Kings |
| 3. | 37691 | Ville de Québec
(Qc) (Civile) (Autorisation) | c. | Association des pompiers professionnels de
Québec Inc. |

**CORAM: Abella, Gascon and Rowe JJ.
Les juges Abella, Gascon et Rowe**

- | | | | | |
|----|-------|---|----|--|
| 4. | 37720 | Jacques Gagné
(Qc) (Civile) (Autorisation) | c. | Sa Majesté la Reine |
| 5. | 37719 | Paul Oommen
(Alta.) (Civil) (By Leave) | v. | Capital Region Housing Corporation, et al. |

**CORAM: Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.
Les juges Moldaver, Karakatsanis et Wagner**

- | | | | | |
|----|-------|---|----|---|
| 6. | 37701 | Master Corporal C.J. Stillman, et al.
(FC) (Criminal) (By Leave) | v. | Her Majesty the Queen |
| 7. | 37564 | Krishnan Suthanthiran, et al.
(Ont.) (Criminal) (By Leave) | v. | Attorney General of Canada on behalf of the
Kingdom of Belgium |
| 8. | 37633 | Jacques Caya
(Qc) (Criminelle) (Autorisation) | c. | Autorité des marchés financiers |

DECEMBER 7, 2017 / LE 7 DÉCEMBRE 2017

37739 Gary Neinstein and Neinstein & Associates LLP v. Cassie Hodge
(Ont.) (Civil) (By Leave)

Coram: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

The application for leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Number C62074, 2017 ONCA 494, dated June 15, 2017, is dismissed with costs. Côté J. dissenting.

Civil procedure – Class actions – Certification – Law of professions – Barristers and solicitors – Costs – Legal fees – Contracts – Breach – Breach of fiduciary duty – Former client seeking to certify class action against law firm that represented her on contingency fee basis – Whether the Court of Appeal erred by dismissing the firm’s appeal and upholding the order of the Divisional Court certifying this case as a class proceedings – Whether the Court of Appeal erred by granting former client’s cross-appeal in part and certifying additional common issues relating to breach of fiduciary duty and punitive damages – Whether the proposed appeal raises issue of national importance about the court’s gatekeeper role in modern class actions practice across the country – Whether the Court of Appeal’s decision creates a conflict of appellate opinion as to the application of this Court’s jurisprudence regarding claims for breach of statute, the case being premised entirely on an alleged breach of a comprehensive statutory regime – Whether the Court of Appeal’s decision substantially expands the law of disgorgement, calling into question the right of lawyers to receive *quantum meruit* compensation for valuable work undertaken for their clients – Whether the Court of Appeal’s decision raises an important question as to whether a class proceeding can be the preferable procedure in circumstances where certification would compromise the substantive rights of absent class members, in this case solicitor-client-privilege – Whether the Court of Appeal erred by failing to afford deference to the certification judge, creating confusion on an important issue of appellate review – *Solicitors Act*, R.S.O. 1990, c. S. 15, ss. 28.1(8), (9), 33 – *Class Proceedings Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1).

Ms. Hodge was injured in a motor vehicle accident and retained the law firm Neinstein & Associates to represent her. The contingency fee agreement that Ms. Hodge signed with the law firm entitled the firm to a percentage of damages recovered on her behalf, costs and disbursements. Ms. Hodge’s accident benefits claim settled for \$85,000. She received \$66,089.49 from that amount, and the law firm deferred a portion of the fees due to be repaid from the settlement or judgment in the tort action. Ms. Hodge’s tort action settled for \$150,000. She received \$41,906.41 of that amount, after legal fees, costs and disbursements plus interest on disbursements.

Ms. Hodge brought a motion to certify a class proceeding against the law firm on behalf of all its contingency fee clients since October 2004. She sought a declaration that the contingency fee agreement and the amounts charged are in violation of ss. 28.1(8) and (9) and 33 of the *Solicitors Act*, R.S.O. 1990, c. S. 15. She further alleged a breach of fiduciary duty and a breach of contract, and sought an order that the firm repay any costs in addition to a percentage of damages.

July 29, 2014
Ontario Superior Court of Justice
(Perell J.)
[2014 ONSC 4503](#)

Motion to certify class proceeding dismissed

December 9, 2015
Ontario Superior Court of Justice
Divisional Court
(Then, Molloy and Lederer (concurring) JJ.)
[2015 ONSC 7345](#)

Appeal allowed; motion for leave to amend pleadings dismissed

June 15, 2017
Court of Appeal for Ontario
(Hoy A.C.J.O., Gillese and Brown JJ.A.)
[2017 ONCA 494](#)

Appeal dismissed; cross-appeal allowed in part

September 13, 2017
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

37739 Gary Neinstein et Neinstein & Associates LLP c. Cassie Hodge
(Ont.) (Civile) (Sur autorisation)

Coram : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, numéro C62074, 2017 ONCA 494, daté du 15 juin 2017, est rejetée avec dépens. La juge Côté est dissidente.

Procédure civile – Recours collectifs – Certification – Droit des professions – Avocats et procureurs – Dépens – Honoraires d'avocat – Contrats – Violation – Violation de l'obligation fiduciaire – Une ancienne cliente veut faire certifier un recours collectif contre le cabinet d'avocats qui l'a représentée moyennant des honoraires conditionnels – La Cour d'appel a-t-elle eu tort de rejeter l'appel du cabinet et de confirmer l'ordonnance de la Cour divisionnaire certifiant que l'instance est un recours collectif? – La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'accueillir en partie l'appel incident de l'ancienne cliente et de certifier des questions communes supplémentaires relativement à la violation de l'obligation fiduciaire et aux dommages-intérêts punitifs? – L'appel proposé soulève-t-il des questions d'importance nationale sur le rôle de gardien que joue le tribunal dans la pratique moderne du recours collectif à l'échelle du pays? – L'arrêt de la Cour d'appel crée-t-il une divergence d'opinions des juridictions d'appel quant à la jurisprudence de notre Cour relativement aux demandes pour violation de la loi, l'affaire reposant entièrement sur une violation présumée d'un régime législatif complet? – L'arrêt de la Cour d'appel étend-elle substantiellement le droit relatif à la restitution, mettant en doute le droit des avocats d'être rémunérés au *quantum meruit* pour le travail utile effectué pour leurs clients? – L'arrêt de la Cour d'appel soulève-t-elle la question importante de savoir si un recours collectif peut être la procédure constituant le meilleur moyen dans une situation où la certification compromettrait les droits substantiels de membres absents du groupe, en l'espèce le privilège du secret professionnel de l'avocat? – La Cour d'appel a-t-elle omis de faire preuve de déférence à l'égard du juge saisi de la demande de certification, créant de la confusion sur une question importante du contrôle en appel? – *Loi sur les procureurs*, L.R.O. 1990, ch. S. 15, art. 28.1(8), (9), 33 – *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, par. 5(1).

Mme Hodge a été blessée dans un accident de la route et a retenu les services du cabinet d'avocats Neinstein & Associates pour la représenter. La convention d'honoraires conditionnels que Mme Hodge a signée avec le cabinet d'avocats donnait au cabinet le droit à un pourcentage des dommages-intérêts recouvrés en son nom, les frais et les débours. La demande d'indemnité d'accident de Mme Hodge a été réglée pour 85 000 \$. Elle a reçu 66 089,49 \$ de ce montant et le cabinet a reporté le paiement d'une partie des honoraires exigibles en attendant le règlement ou le jugement sur l'action en responsabilité délictuelle. L'action en responsabilité délictuelle de Mme Hodge a été réglée pour 150 000 \$. Elle a reçu 41 906,41 \$ de ce montant, après les honoraires d'avocat, les frais et les débours, plus l'intérêt sur les débours.

Mme Hodge a présenté une motion en vue de certifier que l'instance était un recours collectif contre le cabinet d'avocats au nom de tous les clients de ce dernier ayant conclu une convention d'honoraires conditionnels depuis octobre 2004. Elle a sollicité un jugement déclarant que la convention d'honoraires conditionnels et les montants demandés violaient les par. 28.1(8) et (9) et l'art. 33 de la *Loi sur les procureurs*, L.R.O. 1990, ch. S. 15. Elle a

également allégué la violation de l'obligation fiduciaire et la violation de contrat, et a sollicité une ordonnance sommant le cabinet de rembourser les frais, le cas échéant, en sus d'un pourcentage des dommages-intérêts.

29 juillet 2014
Cour supérieure de justice de l'Ontario
(Juge Perell)
[2014 ONSC 4503](#)

Rejet de la motion en certification que l'instance est un recours collectif

9 décembre 2015
Cour supérieure de justice de l'Ontario
Cour divisionnaire
(Juges Then et Molloy, avec l'appui du juge Lederer)
[2015 ONSC 7345](#)

Arrêt accueillant l'appel et rejetant la motion en modification des actes de procédure

15 juin 2017
Cour d'appel de l'Ontario
(Juge en chef adjoint Hoy, juges Gillese et Brown)
[2017 ONCA 494](#)

Arrêt rejetant l'appel et accueillant en partie l'appel incident

13 septembre 2017
Cour suprême du Canada

Dépôt de la demande d'autorisation d'appel

37671 Frederick Radcliffe v. Her Majesty the Queen
(Ont.) (Criminal) (By Leave)

Coram: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

The motion for an extension of time to serve and file the application for leave to appeal is granted. The application for leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Number C52894, 2017 ONCA 176, dated March 2, 2017, is dismissed.

(PUBLICATION BAN IN CASE)

Criminal law – Sentencing – Dangerous offenders – Aboriginal heritage – Whether *Gladue* factors and s. 718(2)(e) of the *Criminal Code* are of such limited relevance in dangerous offender applications that a case involving an Aboriginal Canadian can be decided without reference to them – Whether sentencing judge was required to consider *Gladue* factors?

Mr. Radcliffe was convicted of sexual interference, sexual assault and failure to comply with a recognizance. Crown counsel applied for a dangerous offender designation. Mr. Radcliffe, a Cree, was adopted when he was four months old. At the dangerous offender hearing, his counsel led into evidence a letter from the Native Inmate Liaison Officer at Mr. Radcliffe's detention centre. The officer states that Mr. Radcliffe had self-identified as Aboriginal and he had participated in Aboriginal programs. Defence counsel sought a long term offender designation. The sentencing judge declared Mr. Radcliffe a dangerous offender. He referred to the Native Inmate Liaison Officer's letter but he did not refer to *Gladue* factors or *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, and no *Gladue* report was ordered.

June 25, 2009
Ontario Superior Court of Justice

Convictions: sexual touching of a person under fourteen years old, sexual assault, breach of

(Lalonde J.)	recognizance
October 8, 2010 Ontario Superior Court of Justice (Lalonde J.) 2010 ONSC 5829	Applicant declared a dangerous offender, indeterminate sentence imposed
March 2, 2017 Court of Appeal for Ontario (Watt, Pepall, Tulloch JJ.A.) C52894; 2017 ONCA 176	Appeal from sentence (and convictions) dismissed
July 31, 2017 Supreme Court of Canada	Motion for extension of time to serve and file application for leave to appeal and Application for leave to appeal filed

37671 Frederick Radcliffe c. Sa Majesté la Reine
(Ont.) (Criminelle) (Sur autorisation)

Coram : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

La requête en prorogation du délai de signification et de dépôt de la demande d'autorisation d'appel est accueillie. La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, numéro C52894, 2017 ONCA 176, daté du 2 mars 2017, est rejetée.

(ORDONNANCE DE NON-PUBLICATION DANS LE DOSSIER)

Droit criminel – Détermination de la peine – Délinquants dangereux – Origine autochtone – Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue* et l'al. 718(2)e) du *Code criminel* sont-ils si peu pertinents dans les demandes visant à déclarer un délinquant dangereux qu'une affaire impliquant un Autochtone canadien peut être tranchée sans y faire référence? – Le juge qui a prononcé la peine était-il tenu d'examiner les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue*?

Monsieur Radcliffe a été déclaré coupable de contacts sexuels, d'agression sexuelle et d'avoir omis de se conformer à des engagements. L'avocat du ministère public a demandé qu'il soit déclaré délinquant dangereux. Monsieur Radcliffe, un Cri, a été adopté à l'âge de quatre mois. À l'audience, son avocat a mis en preuve une lettre de l'agent de liaison pour les détenus autochtones au centre de détention de M. Radcliffe. L'agent déclare que M. Radcliffe s'est identifié comme Autochtone et qu'il avait participé à des programmes pour Autochtones. L'avocat de la défense a demandé que M. Radcliffe soit déclaré délinquant à contrôler. Le juge qui a prononcé la peine a déclaré M. Radcliffe délinquant dangereux. Il a mentionné la lettre de l'agent de liaison pour les détenus autochtones, mais il n'a pas mentionné les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue*, l'arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, et aucun rapport semblable à celui décrit dans *Gladue* n'a été ordonné.

25 juin 2009 Cour supérieure de justice de l'Ontario (Juge Lalonde)	Déclarations de culpabilité : contacts sexuels à l'endroit d'une personne âgée de moins de quatorze ans, agression sexuelle, omission de se conformer à des engagements
8 octobre 2010	Jugement déclarant le demandeur délinquant

Cour supérieure de justice de l'Ontario
(Juge Lalonde)
[2010 ONSC 5829](#)

dangereux et lui infligeant une peine de détention pour
une période indéterminée

2 mars 2017
Cour d'appel de l'Ontario
(Juges Watt, Pepall et Tulloch)
C52894; [2017 ONCA 176](#)

Rejet de l'appel de la peine (et des déclarations de
culpabilité)

31 juillet 2017
Cour suprême du Canada

Dépôt de la requête en prorogation du délai de
signification et de dépôt de la demande d'autorisation
d'appel et de la demande d'autorisation d'appel

37724 **Jason Osborne v. Her Majesty the Queen**
(Ont.) (Criminal) (By Leave)

Coram: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

The motion for an extension of time to serve and file the application for leave to appeal is granted. The application for leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Number C57313, 2017 ONCA 129, dated February 15, 2017, is dismissed.

Criminal law — Evidence — Evidence of victim or witness who has disability — Accused convicted of first degree murder — Accused arguing trial judge erred in admitting under s. 715.2 of *Criminal Code* video-recorded police statement of Crown witness who has disability and whom at trial no longer had any memory of events described in statement — Whether s. 715.2 requires witness to be able to confirm truth of statement based on present memory of events — Whether Court of Appeal erred in law in its interpretation of s. 715.2(1), and accordingly erred by upholding trial judge's decision to admit video-recorded statement of Crown witness for truth of its contents, even though witness had no present recollection of events described in statement and thus could not be subjected to meaningful cross-examination.

After a trial by judge and jury, the applicant, Mr. Jason Osborne, was convicted of first degree murder in the death of Ms. Karina Neff. He was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years. Mr. Osborne appealed his conviction on two grounds. First, he argued that the trial judge erred in admitting under s. 715.2 of the *Criminal Code* the video-recorded police statement of Mr. Osmond, a Crown witness who has a disability and whom at trial no longer had any memory of the events described in the statement. Second, Mr. Osborne argued that the trial judge erred in dismissing his application for a mistrial after Crown counsel made certain remarks in his closing address about the evidence of the defence's expert forensic psychologist. The Court of Appeal dismissed the appeal. The issue in the proposed appeal to this Court is whether the courts below erred by interpreting s. 715.2 as permitting the statement to be adduced for its truth even though Mr. Osmond's lack of memory made meaningful cross-examination impossible.

February 8, 2012
Ontario Superior Court of Justice
(Dawson J.)

Applicant convicted of first degree murder and
sentenced to life imprisonment without eligibility for
parole for 25 years.

February 15, 2017
Court of Appeal for Ontario
(Epstein, Tulloch and van Rensburg JJ.A.)
[2017 ONCA 129](#)

Applicant's appeal against conviction dismissed.

August 30, 2017
Supreme Court of Canada

Applicant's application for leave to appeal filed,
together with extension of time to serve and file same.

37724 **Jason Osborne c. Sa Majesté la Reine**
(Ont.) (Criminelle) (Sur autorisation)

Coram : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

La requête en prorogation du délai de signification et de dépôt de la demande d'autorisation d'appel est accueillie. La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, numéro C57313, 2017 ONCA 129, daté du 15 février 2017, est rejetée.

Droit criminel — Preuve — Témoignage d'une victime ou d'un témoin ayant une déficience — L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au premier degré — L'accusé plaide que le juge du procès a eu tort d'admettre, en application de l'art. 715.2 du *Code criminel*, la déclaration à la police enregistrée sur bande vidéo d'un témoin à charge ayant une déficience et qui, au procès, ne se souvenait plus des événements décrits dans la déclaration — L'art. 715.2 exige-t-il que le témoin soit capable de confirmer la véracité d'une déclaration en se fondant sur sa mémoire actuelle des événements? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit dans son interprétation de l'art. 715.2(1), commettant ainsi une erreur en confirmant la décision du juge du procès d'admettre la déclaration enregistrée sur bande vidéo du témoin à charge comme preuve de la véracité de son contenu, même si le témoin ne se souvenait plus des événements décrits dans la déclaration et ne pouvait donc pas faire l'objet d'un contre-interrogatoire utile?

Au terme d'un procès devant juge et jury, le demandeur, M. Jason Osborne, a été déclaré coupable de meurtre au premier degré relativement au décès de Mme Karina Neff. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans. Monsieur Osborne a interjeté appel de la déclaration de culpabilité en invoquant deux motifs. Premièrement il a plaidé que le juge du procès avait eu tort d'admettre, en application de l'art. 715.2 du *Code criminel*, la déclaration à la police enregistrée sur bande vidéo de M. Osmond, un témoin à charge ayant une déficience et qui, au procès, ne se souvenait plus des événements décrits dans la déclaration. Deuxièmement, M. Osborne a plaidé que le juge du procès avait eu tort de rejeter sa requête en annulation du procès après que l'avocat du ministère public a fait certains commentaires dans son exposé final sur la preuve du psychologue légiste expert de la défense. La Cour d'appel a rejeté l'appel. La question soulevée dans le pourvoi projeté à notre Cour est de savoir si les juridictions inférieures ont commis une erreur en interprétant l'art. 715.2 comme permettant la mise en preuve de la déclaration pour faire preuve de la véracité de son contenu, même si la mémoire défaillante de M. Osmond rendait impossible tout contre-interrogatoire utile.

8 février 2012
Cour supérieure de justice de l'Ontario
(Juge Dawson)

Déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré et condamnation à une peine d'emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans prononcées contre le demandeur.

15 février 2017
Cour d'appel de l'Ontario
(Juges Epstein, Tulloch et van Rensburg)
[2017 ONCA 129](#)

Rejet de l'appel de la déclaration de culpabilité interjeté par le demandeur.

30 août 2017
Cour suprême du Canada

Dépôt de la demande d'autorisation d'appel et de la
requête en prorogation du délai de signification et de
dépôt de la demande.

37639 **Gandhi Jean Pierre v. Canada Border Services Agency**
(F.C.) (Civil) (By Leave)

Coram: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

The motion for an extension of time to serve and file the application for leave to appeal is granted. The application for leave to appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal, Number A-232-15, 2016 FCA 124, dated April 21, 2016, is dismissed with costs.

(COURT FILE CONTAINS INFORMATION THAT IS NOT AVAILABLE FOR INSPECTION BY THE PUBLIC)

Canadian Charter of Rights and Freedoms – Judicial review – Whether applicant raising issue of public importance.

The applicant participated in an advertised internal appointment process for a position at the Canada Border Services Agency. His application was screened out on the basis that he did not meet three of the essential qualifications established for the position. The applicant later filed a complaint with the Public Service Staffing Tribunal (“Tribunal”) alleging abuse of authority in the application of merit in the appointment process. He also argued that the assessment board was biased and had discriminated against him. The Tribunal dismissed the complaint filed by the applicant, who then applied for judicial review of the decision.

April 10, 2015
Federal Court
(Bédard J.)
No. T-1582-13
[2015 FC 436](#)

Application for judicial review dismissed

April 21, 2017
Federal Court of Appeal
(Gauthier, Scott and De Montigny JJ.A.)
No. A-232-15
[2016 FCA 124](#)

Appeal dismissed

June 20, 2017
Supreme Court of Canada

Motion to extend time to serve and file leave
application filed

June 20, 2017
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

37639 **Gandhi Jean Pierre c. Agence des services frontaliers du Canada**
(C.F.) (Civile) (Autorisation)

Coram: La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

La requête en prorogation du délai de signification et de dépôt de la demande d'autorisation d'appel est accueillie. La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, numéro A-232-15, 2016 CAF 124, daté du 21 avril 2016, est rejetée avec dépens.

(LE DOSSIER DE LA COUR RENFERME DES DONNÉES QUE LE PUBLIC N'EST PAS AUTORISÉ À CONSULTER)

Charte canadienne des droits et libertés – Révision judiciaire – Le demandeur soulève-t-il une question d'importance pour le public?

Le demandeur a participé à un processus de nomination interne annoncé pour un poste à l'Agence des services frontaliers du Canada. Sa candidature a été rejetée au motif qu'il ne satisfaisait pas à trois qualifications essentielles établies pour le poste. Le demandeur a par la suite logé une plainte auprès du Tribunal de la dotation de la fonction publique (« Tribunal ») alléguant un abus de pouvoir dans l'application du mérite dans le processus de nomination. Le demandeur a également soutenu que le comité d'évaluation n'était pas impartial et qu'il a fait preuve de discrimination à son égard. Le Tribunal a rejeté la plainte du demandeur, lequel a par la suite demandé la révision judiciaire de cette décision.

Le 10 avril 2015
Cour fédérale
(La juge Bédard)
No. T-1582-13
[2015 CF 436](#)

Demande de contrôle judiciaire rejetée.

Le 21 avril 2017
Cour d'appel fédérale
(Les juges Gauthier, Scott et De Montigny)
No. A-232-15
[2016 FCA 124](#)

Appel rejeté.

Le 20 juin 2017
Cour suprême du Canada

Requête en prorogation du délai de signification et de dépôt de la demande d'autorisation déposée.

Le 20 juin 2017
Cour suprême du Canada

Demande d'autorisation d'appel déposée

37619 **Cash House Inc., Osman Khan and 2454904 Ontario Inc. v. Trade Capital Finance Corp**
(Ont.) (Civil) (By Leave)

Coram: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

The application for leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Number C61750, 2017 ONCA 281, dated April 4, 2017, is dismissed with costs.

Civil procedure – Contempt of court – Mareva order – Applicants found to be in contempt of court for breaching terms of Mareva order – Court striking applicants’ pleadings and ordering period of incarceration – Whether Court should review the term of incarceration imposed, to determine whether a 90 day sentence is proportionate and just where propriety of impugned conduct was unclear at material time – Whether proper scope of *Mareva* injunction requires clarification – Whether *Mareva* injunction prohibits continued operation of a business, rather than simply preventing defendant from dissipating its assets.

Trade Capital Finance Corp. (“Trade Capital”), is in the business of purchasing accounts receivable. It alleges that it was defrauded of approximately \$6,500,000 in a sophisticated scheme in which it unknowingly purchased fictitious accounts receivable. It alleges that the majority of its lost funds was eventually deposited in bank accounts owned by the applicant, The Cash House Inc. (“Cash House”). Cash House is owned by 2454904 Ontario Inc., which in turn is owned by Osman Khan. Trade Capital obtained an *ex parte* Mareva Order freezing the assets of all defendants to its action, including Cash House, and an order for financial disclosure. The applicants’ motion to set aside or vary the Mareva Order was dismissed. Trade Capital made numerous attempts to obtain production of documents and to schedule Mr. Khan for examination but was unsuccessful. Trade Capital then brought a motion, seeking to have the applicants found in contempt and to strike Cash House’s statement of defence and crossclaim.

January 21, 2016
Ontario Superior Court of Justice
(MacKenzie J.)
Unreported

Applicants found to be in contempt for court for breaching Mareva Order

May 24, 2016
Ontario Superior Court of Justice
(MacKenzie J.)
2016 ONSC 3338

Order imprisoning Mr. Khan 90 days and requiring him to provide a written inventory of documents; Order striking Cash House’s statement of defence and cross-claim without prejudice for leave to amend once contempt purged

April 4, 2017
Court of Appeal for Ontario
(Rouleau, van Rensburg and Miller JJ.A.)
[2017 ONCA 281](#)

Applicants’ appeal dismissed

June 5, 2017
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

37619 **Cash House Inc., Osman Khan et 2454904 Ontario Inc. c. Trade Capital Finance Corp**
(Ont.) (Civile) (Sur autorisation)

Coram : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

La demande d’autorisation d’appel de l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario, numéro C61750, 2017 ONCA 281, daté du 4 avril 2017, est rejetée avec dépens.

Procédure civile – Outrage au tribunal – Ordonnance Mareva – Les demandeurs ont été déclarés coupables d’outrage au tribunal pour avoir violé les conditions d’une ordonnance de type Mareva – Le tribunal a radié les actes de procédure des demandeurs et a ordonné une peine d’emprisonnement – La Cour devrait-elle contrôler la peine d’emprisonnement infligée pour déterminer si une peine de quatre-vingt-dix jours est proportionnée et juste alors qu’il

n'est pas clair que la conduite reprochée était contraire à l'ordonnance à l'époque pertinente? – La portée exacte de l'injonction *Mareva* doit-elle être précisée? – L'injonction *Mareva* a-t-elle pour effet d'interdire l'exploitation d'une entreprise, plutôt que de simplement empêcher le défendeur de dilapider ses biens?

Trade Capital Finance Corp. (« Trade Capital ») exploite une entreprise d'achat de comptes clients. Elle allègue avoir été l'objet d'une fraude d'environ 6 500 000 \$ dans une combine complexe dans laquelle elle avait acheté à son insu des comptes clients fictifs. Elle allègue que la grande part des sommes d'argent perdues a fini par être déposée dans des comptes de banque appartenant à la demanderesse, The Cash House Inc. (« Cash House »). Cash House appartient à 2454904 Ontario Inc., qui appartient à Osman Khan. Trade Capital a obtenu une ordonnance *Mareva ex parte* immobilisant les actifs de tous les défendeurs à son action, y compris Cash House, et une ordonnance de divulgation financière. La motion des demandeurs en annulation ou en modification de l'ordonnance *Mareva* a été rejetée. Trade Capital a fait plusieurs tentatives pour obtenir la production de documents et fixer une date d'interrogatoire de M. Khan, mais sans succès. Trade Capital a alors présenté une motion pour faire déclarer les demandeurs coupables d'outrage et pour radier la défense et la demande reconventionnelle.

21 janvier 2016
Cour supérieure de justice de l'Ontario
(Juge MacKenzie)
Non publié

Déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal prononcée contre les demandeurs pour avoir violé une ordonnance *Mareva*

24 mai 2016
Cour supérieure de justice de l'Ontario
(Juge MacKenzie)
2016 ONSC 3338

Ordonnance condamnant M. Khan à une peine d'emprisonnement de 90 jours et l'obligeant de fournir par écrit un inventaire de documents; ordonnance radiant la défense et la demande reconventionnelle de Cash House, sous réserve de l'autorisation de modifier lorsqu'amende honorable aura été faite pour l'outrage

4 avril 2017
Cour d'appel de l'Ontario
(Juges Rouleau, van Rensburg et Miller)
[2017 ONCA 281](#)

Rejet de l'appel des demandeurs

5 juin 2017
Cour suprême du Canada

Dépôt de la demande d'autorisation d'appel

MOTIONS

REQUÊTES

30.11.2017

Before / Devant : ABELLA. J / LA JUGE ABELLA

Motion to extend time and motion for leave to intervene

Requête en prorogation de délai et en autorisation d'intervenir

BY / PAR: Société d'aide juridique du Yukon

IN / DANS: Alex Boudreault

c. (37427)

Her Majesty the Queen (Qc)

GRANTED / ACCORDÉE

À LA SUITE DE LA DEMANDE présentée par la Société d'aide juridique du Yukon en prorogation du délai pour déposer une requête en autorisation d'intervenir et en autorisation d'intervenir dans l'appel;

ET APRÈS EXAMEN des documents déposés;

IL EST ORDONNÉ CE QUI SUIT :

La requête en prorogation du délai est accueillie.

La requête en autorisation d'intervenir est accueillie et cet intervenant pourra signifier et déposer un mémoire d'au plus dix (10) pages au plus tard le 25 janvier 2018.

Cet intervenant aura le droit de présenter une plaidoirie orale d'au plus cinq (5) minutes lors de l'audition de l'appel.

L'intervenant n'a pas le droit de soulever de nouvelles questions, de produire d'autres éléments de preuve ni de compléter de quelque autre façon le dossier des parties.

Conformément à l'alinéa 59(1)a) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, l'intervenant paiera à l'appelant et aux intimées tous débours supplémentaires résultant de son intervention.

UPON APPLICATION by the Yukon Legal Services Society for an extension of time to file their motion for leave to intervene and for leave to intervene in the above appeal;

AND THE MATERIAL FILED having been read;

IT IS HEREBY ORDERED THAT:

The motion for extension of time is granted.

The motion for leave to intervene is granted and the said intervener shall be entitled to serve and file a factum not to exceed ten (10) pages in length on or before January 25, 2018.

The said intervener is granted permission to present oral argument not exceeding five (5) minutes at the hearing of the appeal.

The intervener is not entitled to raise new issues or to adduce further evidence or otherwise to supplement the record of the parties.

Pursuant to Rule 59(1)(a) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, the intervener shall pay to the appellant and the respondents any additional disbursements resulting from its intervention.

2017-12-04

Coram:

Motion heard

Requête entendue

R.A.

v. (37757)

Her Majesty the Queen (Ont.) (Criminal) (As of Right)

DISMISSED / REJETÉE

UPON APPLICATION by the respondent to quash the Notice of Appeal filed by the appellant on September 20, 2017;

AND THE MATERIAL FILED having been read;

AND AFTER THE HEARING of this motion;

IT IS HEREBY ORDERED THAT:

1. The motion is dismissed.
2. The hearing shall be re-scheduled tentatively to March 23, 2018.
3. The appellant's factum, record and book of authorities, if any, shall be served and filed on or before January 9, 2018.
4. The respondent's factum, record and book of authorities, if any, shall be served and filed on or before February 20, 2018.
5. Any person wishing to intervene in this appeal under Rule 55 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* shall serve and file a motion for leave to intervene on or before January 30, 2018.
6. The appellant and respondent shall serve and file their responses, if any, to the motions for leave to intervene on or before February 6, 2018.
7. Replies to any responses to the motions for leave to intervene shall be served and filed on or before February 8, 2018.
8. Any interveners granted leave to intervene under Rule 59 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* shall serve and file their factum and book of authorities, if any, on or before March 7, 2018.

À LA SUITE DE LA DEMANDE présentée par l'intimée pour faire annuler l'avis d'appel déposé le 20 septembre 2017 par l'appelant;

ET APRÈS EXAMEN des documents déposés;

ET APRÈS INSTRUCTION de la présente requête;

IL EST ORDONNÉ CE QUI SUIT :

1. La requête est rejetée.
 2. L'audience est reportée provisoirement au 23 mars 2018.
 3. Les mémoire, dossier et recueil de sources de l'appelant, le cas échéant, seront signifiés et déposés au plus tard le 9 janvier 2018.
 4. Les mémoire, dossier et recueil de sources de l'intimée, le cas échéant, seront signifiés et déposés au plus tard le 20 février 2018.
 5. Toute personne souhaitant intervenir dans le présent pourvoi en application de l'art. 55 des *Règles de la Cour suprême du Canada* devra signifier et déposer une requête en autorisation d'intervenir au plus tard le 30 janvier 2018.
 6. L'appelant et l'intimée devront, le cas échéant, signifier et déposer leurs réponses aux requêtes en autorisation d'intervenir au plus tard le 6 février 2018.
 7. Les répliques aux réponses éventuelles aux requêtes en autorisation d'intervenir devront être signifiées et déposées au plus tard le 8 février 2018.
 8. Les intervenants qui seront autorisés à intervenir en application de l'art. 59 des *Règles de la Cour suprême du Canada* devront signifier et déposer leur mémoire et recueil de sources, le cas échéant, au plus tard le 7 mars 2018.
-

**APPEALS HEARD SINCE LAST ISSUE
AND DISPOSITION**

**APPELS ENTENDUS DEPUIS LA
DERNIÈRE PARUTION ET RÉSULTAT**

04.12.2017

Coram: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

West Fraser Mills Ltd.

v. (37423)

Workers' Compensation Appeal Tribunal et al.
(B.C.) (Civil) (By Leave)

Donald J. Jordan, Q.C. and Paul Fairweather for the
appellant West Fraser Mills Ltd.

Ben Parkin, Ian R. H. Shaw and Nicolas J. Bower for
the respondent Workers' Compensation Board of
British Columbia.

Jeremy Thomas Lovell for the respondent Workers'
Compensation Appeal Tribunal.

Jason J.J. Bodnar for the intervener Workers'
Compensation Board of Alberta.

RESERVED / EN DÉLIBÉRÉ

Nature of the case:

Administrative law - Judicial review - Standard of review - Workers compensation - Regulations - Validity - Statutory regime imposing administrative penalty on employer if employer committed certain violations in relation to work safety - Owner of workplace challenging administrative penalty - Are the introductory words of the statutory provision authorizing the making of regulations to further the purposes of the Act sufficient to authorize the promulgation of regulations which are inconsistent with specific conduct-regulating provisions of the legislation that are conjoined with specific defined terms? - Is the application of a deferential standard of review sufficient to permit an administrative tribunal to act inconsistently with the legislative intention expressed in defined terms in legislation? - *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, s. 196(1) - *Occupational Health and Safety Regulation*, B.C. Reg. 296/97, s. 26.2.

Nature de la cause :

Droit administratif - Contrôle judiciaire - Norme de contrôle - Accidents du travail - Règlements - Validité - Régime législatif imposant une pénalité administrative à l'employeur dans le cas où celui-ci a commis certaines violations relatives à la sécurité au travail - Contestation par le propriétaire du lieu de travail de la pénalité administrative - L'énoncé liminaire de la disposition législative autorisant la prise de règlements aux fins de l'application de la Loi est-il suffisant pour autoriser l'adoption de règlements qui sont incompatibles avec des dispositions précises de la loi régissant le comportement et liées à des termes définis précis? - L'application d'une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue est-elle suffisante pour permettre à un tribunal administratif d'agir de façon contraire à l'intention législative exprimée dans les termes définis dans la loi? - *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, par. 196(1) - *Occupational Health and Safety Regulation*, B.C. Reg. 296/09, art. 26.2.

05.12.2017

Coram: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited

v. (37238)

Hydro-Québec (Que.) (Civil) (By Leave)

Douglas Mitchell, Audrey Bector, Daphné Wermenlinger and Patrick Girard for the appellant Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited.

Pierre Bienvenu, Andres C. Garin, Sophie Melchers, Horia Bundaru et Lucie Lalonde pour l'intimée Hydro-Québec.

RESERVED / EN DÉLIBÉRÉ

Nature of the case:

Contracts - Performance - Good faith - Unforeseen event - Appropriate standard of foreseeability and its effect on intention of parties - Characteristics of relational contracts and whether greater duty of co-operation they involve can include obligation to renegotiate or adjust terms of contract - Appropriate remedy should party fail to discharge obligation to renegotiate - *Civil Code of Québec*, CQLR, c. CCQ-1991, arts. 6, 7 and 1375.

Nature de la cause :

Contrats - Exécution - Bonne foi - Imprévision - Quelle est la norme de prévisibilité appropriée et quel est son effet sur l'intention des parties? - Quelles sont les caractéristiques des contrats relationnels et est-ce que les devoirs accrus de coopération qu'ils impliquent peuvent inclure l'obligation de renégocier ou d'ajuster les modalités du contrat? - Si une partie enfreint son obligation de renégocier, quelle est la réparation appropriée? - *Code civil du Québec*, RLRQ, ch. CCQ-1991, art. 6, 7 et 1375.

06.12.2017

07.12.2017

Coram: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

Her Majesty the Queen

v. (37398)

Gerard Comeau (N.B.) (Civil) (By Leave)

William B. Richards and Kathryn A. Gregory, Q.C. for the appellant Her Majesty the Queen.

François Joyal and Ian Demers for the intervener Attorney General of Canada.

Michael S. Dunn and Padraic Ryan for the intervener Attorney General of Ontario.

Jean-Vincent Lacroix et Laurie Anctil pour l'intervenante Procureure générale du Québec.

J. Gareth Morley and Tyna Mason for the intervener Attorney General of British Columbia.

Jonathan M. Coady and Thomas Laughlin for the

intervener Attorney General of Prince Edward Island.

Theodore J.C. Litowski for the intervener Attorney General for Saskatchewan.

Robert J. Normey for the intervener Attorney General of Alberta.

Philip Osborne and Barbara Barrowman for the intervener Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Bradley Patzer for the intervener Attorney General of Northwest Territories.

John L. MacLean and Adrienne Silk for the intervener Government of Nunavut as represented by the Minister of Justice.

David K. Wilson, Owen M. Rees and Julie Mouris for the interveners Dairy Farmers of Canada, et al.

Ian A. Blue, Q.C., Arnold Schwisberg, Mikael Bernard and Daria Peregoudova for the respondent Gerard Comeau.

Malcolm Lavoie for the intervener Artisan Ales Consulting Inc.

Jennifer Klinck and Marion Sandilands for the intervener Association of Canadian Distillers, operating as Spirits Canada

Robert Martz and Paul Chiswell for the intervener Alberta Small Brewers Association.

Shea Coulson and Allan L. Doolittle for the interveners Liquidity Wines Ltd., et al.

Steven I. Sofer and Paul Seaman for the intervener Canada's National Brewers.

Robert W. Staley, Ranjan K. Agarwal and Jessica M. Starck for the intervener Canadian Vintners Association.

Kirk Tousaw and Jack Lloyd for the intervener Cannabis Culture.

Mark Gelowitz and Robert Carson for the intervener Montreal Economic Institute.

J. Scott Maidment and Samantha Gordon for the intervener Federal Express Canada Corporation.

Christopher D. Bredt and Ewa Krajewska for the
interveners Canadian Chamber of Commerce, et al.

Paul J. Bates, Ronald Podolny, Tyler J. Planeta and
Michael Sobkin for the intervener Consumers Council
of Canada.

RESERVED / EN DÉLIBÉRÉ

Nature of the case:

Administrative law - Judicial review - Standard of review - Workers compensation - Regulations - Validity - Statutory regime imposing administrative penalty on employer if employer committed certain violations in relation to work safety - Owner of workplace challenging administrative penalty - Are the introductory words of the statutory provision authorizing the making of regulations to further the purposes of the Act sufficient to authorize the promulgation of regulations which are inconsistent with specific conduct-regulating provisions of the legislation that are conjoined with specific defined terms? - Is the application of a deferential standard of review sufficient to permit an administrative tribunal to act inconsistently with the legislative intention expressed in defined terms in legislation? - *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, s. 196(1) - *Occupational Health and Safety Regulation*, B.C. Reg. 296/97, s. 26.2.

Nature de la cause :

Droit administratif - Contrôle judiciaire - Norme de contrôle - Accidents du travail - Règlements - Validité - Régime législatif imposant une pénalité administrative à l'employeur dans le cas où celui-ci a commis certaines violations relatives à la sécurité au travail - Contestation par le propriétaire du lieu de travail de la pénalité administrative - L'énoncé liminaire de la disposition législative autorisant la prise de règlements aux fins de l'application de la Loi est-il suffisant pour autoriser l'adoption de règlements qui sont incompatibles avec des dispositions précises de la loi régissant le comportement et liées à des termes définis précis? - L'application d'une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue est-elle suffisante pour permettre à un tribunal administratif d'agir de façon contraire à l'intention législative exprimée dans les termes définis dans la loi? - *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, par. 196(1) - *Occupational Health and Safety Regulation*, B.C. Reg. 296/09, art. 26.2.

**PRONOUNCEMENTS OF APPEALS
RESERVED**

**JUGEMENTS RENDUS SUR LES
APPELS EN DÉLIBÉRÉ**

Reasons for judgment are available

Les motifs de jugement sont disponibles

DECEMBER 8, 2017 / LE 8 DÉCEMBRE 2017

37118 **Nour Marakah v. Her Majesty The Queen - and - Director of Public Prosecutions, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Criminal Lawyers' Association of Ontario, British Columbia Civil Liberties Association and Canadian Civil Liberties Association** (Ont.)
2017 SCC 59 / 2017 CSC 59

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

The appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Number C60175, 2016 ONCA 542, dated July 8, 2016, heard on March 23, 2017, is allowed. The convictions are set aside and acquittals are entered on all charges. Moldaver and Côté JJ. dissent.

L'appel interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, numéro C60175, 2016 ONCA 542, daté du 8 juillet 2016, entendu le 23 mars 2017, est accueilli. Les déclarations de culpabilité sont annulées et l'acquittement est prononcé à l'égard de tous les chefs d'accusation. Les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

37194 **Tristin Jones v. Her Majesty The Queen in Right of Canada and Her Majesty The Queen in Right of Ontario - and - Attorney General of British Columbia, Director of Criminal and Penal Prosecutions, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Canadian Civil Liberties Association, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic and British Columbia Civil Liberties Association** (Ont.)
2017 SCC 60 / 2017 CSC 60

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

The appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Number C60011, 2016 ONCA 543, dated July 8, 2016, heard on March 23, 2017, is dismissed and the validity of the production order is upheld. Abella J. dissents.

L'appel interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, numéro C60011, 2016 ONCA 543, daté du 8 juillet 2016, entendu le 23 mars 2017, est rejeté et la validité de l'ordonnance de communication est confirmée. La juge Abella est dissidente.

Nour Marakah v. Her Majesty The Queen et al. (Ont.) (37118)

Indexed as: R. v. Marakah / Répertoire : R. c. Marakah

Neutral citation: 2017 SCC 59 / Référence neutre : 2017 CSC 59

Hearing: March 23, 2017 / Judgment: December 8, 2017

Audition : Le 23 mars 2017 / Jugement : Le 8 décembre 2017

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The Crown concedes that if M had standing the search was unreasonable. The text messages are thus presumptively inadmissible against him, subject to s. 24(2) of the *Charter*. In considering whether this evidence should be excluded under s. 24(2), society's interest in the adjudication of M's case on its merits is significant. The text messages offer highly reliable and probative evidence in the prosecution of a serious offence and their exclusion would result in the absence of evidence by which M could be convicted. This favours admission. However, the police conduct in accessing and searching the electronic conversation through W's iPhone without a warrant two hours after his arrest was sufficiently serious to favour the exclusion of the evidence. This breached s. 8 of the *Charter* not only because of the extent of the search, but also because of its timing. On the application judge's findings, this simply was not a search incident to arrest. In addition, the police conduct had a substantial impact on M's *Charter*-protected privacy interest in the electronic conversation. On balance, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. It must therefore be excluded under s. 24(2).

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

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

Per Moldaver and Côté JJ. (dissenting): M did not have a reasonable expectation of personal privacy in his text message conversations with W and therefore, M lacked standing to challenge the search of W's phone under s. 8 of

the *Charter*. Both legal and policy considerations lead to this conclusion. From a legal standpoint, the reasonableness of a person's expectation of privacy depends on the nature and strength of that person's connection to the subject matter of the search. This connection must be examined by looking at the totality of the circumstances in a particular case. Control over the subject matter of the search in the circumstances is a crucial factor in assessing an individual's personal connection to it.

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

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

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

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

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

Second, although the majority purports to confine its finding of a reasonable expectation of privacy to the circumstances of this case, applying its framework leads to only two possible conclusions. Either all participants to text message conversations enjoy a reasonable expectation of privacy, or criminal justice stakeholders, including trial and appellate judges, are left to decipher on a case-by-case basis — without any guidance — whether a claimant has standing to challenge the search of an electronic conversation. To hold that everyone has a reasonable expectation of privacy in text message conversations when those conversations are on another person's phone effectively eradicates the principle of standing and renders it all but meaningless. As such, under the majority's all-encompassing approach to standing, even a sexual predator who lures a child into committing sexual acts and then threatens to kill the child if he or she tells anyone will retain a reasonable expectation of privacy in the text message conversations on the child's phone. It is hard to think of anything more unreasonable. In the alternative, it is highly unsatisfactory to leave criminal justice stakeholders to guess when and under what circumstances electronic messages will not attract a reasonable expectation of privacy.

Third, from a policy standpoint, granting M standing in these circumstances vastly expands the scope of persons who can bring a s. 8 challenge. The majority adopts an approach to s. 8 that has no ascertainable bounds and

threatens a sweeping expansion of s. 8 standing. This carries with it a host of foreseeable consequences that will add to the complexity and length of criminal trial proceedings and place even greater strains on a criminal justice system that is already overburdened. Worse yet, expanding the scope of persons who can bring a s. 8 challenge risks disrupting the delicate balance that s. 8 strives to achieve between privacy and law enforcement interests, particularly in respect of offences that target the most vulnerable members of our society. Although these consequences are not determinative of the reasonableness of M's expectation of privacy, their cumulative effect weighs heavily in favour of denying him standing.

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

This is not a case in which it is appropriate to exercise the residual discretion to exclude evidence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The application judge found that the searches of the text message conversations stored on the phones of M and W both infringed s. 8 of the *Charter*. As neither claimant had standing to challenge the search of the other's phone, evidence of those text message conversations was admissible against both M and W. It has not been suggested that the police conduct giving rise to it was a product of design. Nor do the application judge's findings indicate that the police engaged in deliberate *Charter* evasion or serious misconduct in the course of either search. In these circumstances, there is no basis to conclude that the fairness of M's trial was tainted by the admission of the record of the conversations obtained in the search of W's phone.

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

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

Randy Schwartz and Andrew Hotke, for the respondent.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le contrôle n'est pas un indicateur absolu de l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, pas plus que l'absence de contrôle ne porte un coup fatal à la reconnaissance d'un intérêt en matière de vie privée. Il n'est qu'un facteur à prendre en considération parmi l'ensemble des circonstances. Il faut analyser le contrôle par rapport à l'objet de la fouille, en l'occurrence une conversation électronique. Les particuliers exercent un véritable

contrôle sur l'information qu'ils envoient par message texte en décidant de la manière dont ils la divulguent ainsi que du moment où ils le font et à qui ils la divulguent. Une personne ne perd pas le contrôle de renseignements pour l'application de l'art. 8 de la *Charte* uniquement parce que quelqu'un d'autre les possède ou peut les consulter. Le risque qu'un destinataire divulgue une conversation électronique n'exclut pas non plus une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard de cette conversation. Ainsi, même lorsqu'une personne n'exerce qu'un contrôle partagé, et non un contrôle exclusif, sur ses renseignements personnels, elle peut malgré tout s'attendre raisonnablement à ce que ces renseignements soient à l'abri du regard scrutateur de l'État.

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

Si M avait qualité pour agir, la Couronne admet que la fouille était abusive. Les messages textes sont par conséquent présumés inadmissibles en preuve contre lui, sous réserve du par. 24(2) de la *Charte*. L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond est important lorsque vient le temps de décider si ces éléments de preuve doivent être écartés en application du par. 24(2). Les messages textes recèlent des éléments de preuve très fiables et très probants lors de la poursuite d'une infraction grave et leur exclusion entraînerait l'absence de preuve permettant de conclure à la culpabilité de M. Cela milite en faveur de l'admission en preuve des messages, mais les actes commis par les policiers en prenant connaissance de la conversation électronique et en la cherchant par le biais de l'iPhone de W sans mandat deux heures après son arrestation étaient suffisamment graves pour privilégier l'exclusion des éléments de preuve. Ces actes violaient l'art. 8 de la *Charte* non seulement en raison de l'étendue de la fouille, mais aussi à cause du moment où elle a eu lieu. Il ressort des conclusions du juge des requêtes qu'il ne s'agissait tout simplement pas d'une fouille accessoire à une arrestation. De plus, la conduite des policiers a eu une grande incidence sur le droit de M au respect de sa vie privée reconnu par la *Charte* dans la conversation électronique. Tout bien considéré, l'admission en preuve des éléments en question déconsidérerait l'administration de la justice. Ils doivent par conséquent être exclus en application du par. 24(2).

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

Le juge Rowe : L'approche reposant sur l'ensemble des circonstances qu'énonce la majorité quant à l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée est conforme à la jurisprudence de la Cour. Les moyens technologiques par lesquels nous communiquons continuent de changer. Une approche fondée sur l'ensemble des circonstances répond à ce changement parce que le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* doit évoluer au rythme des progrès technologiques. L'application de cette approche aux faits de l'espèce a pour résultat que M a qualité pour contester la fouille. Les modalités du textage limitaient de par leur nature même la capacité de M d'exercer un contrôle sur l'historique de la

conversation qu'il avait eue par message texte avec W. Ce fait ne doit pas, à lui seul, être fatal à l'attente raisonnable de M au respect de sa vie privée. Bien que les préoccupations exprimées par la minorité soient partagées, elles ne se posent pas au vu des faits de l'espèce.

Les juges Moldaver et Côté (dissidents) : M n'avait pas d'attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations qu'il avait par message texte avec W et, partant, il n'avait pas qualité pour contester la fouille du téléphone de W en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Des considérations juridiques et de politique générale mènent à cette conclusion. Sur le plan juridique, le caractère raisonnable de l'attente d'une personne au respect de sa vie privée dépend de la nature et de la solidité du lien de cette personne avec l'objet de la fouille. Il faut examiner le lien en question en étudiant l'ensemble des circonstances dans un cas donné. Le contrôle sur l'objet de la fouille dans les circonstances est un facteur crucial quand il s'agit d'évaluer le lien personnel d'un individu avec cet objet.

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

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

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

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

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

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

instances et juges d'appel, en sont réduits à deviner au cas par cas — sans aucune indication — si le demandeur a qualité pour contester la recherche d'une conversation électronique. Conclure que tout le monde conserve une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des conversations par message texte enregistrées dans le téléphone d'une autre personne supprime dans les faits le principe de la qualité pour agir et le rend pour ainsi dire inutile. Par conséquent, d'après la manière très large dont la majorité aborde la qualité pour agir, même le prédateur sexuel qui induit un enfant à commettre des actes sexuels et qui menace ensuite de le tuer s'il parle à qui que ce soit conservera une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux conversations par message texte sur le téléphone de l'enfant. Il est difficile d'imaginer quelque chose de plus déraisonnable. À titre subsidiaire, le fait que les intervenants de la justice criminelle en soient réduits à deviner quand et dans quelles circonstances les messages électroniques ne susciteront pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée est fort insatisfaisant.

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

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

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

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

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

Randy Schwartz et Andrew Hotke, pour l'intimée.

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

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

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

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

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

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

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

Tristin Jones v. Her Majesty The Queen in Right of Canada et al. (Ont.) ([37194](#))

Indexed as: R. v. Jones / Répertoire : R. c. Jones

Neutral citation: 2017 SCC 60 / Référence neutre : 2017 CSC 60

Hearing: March 23, 2017 / Judgment: December 8, 2017

Audition : Le 23 mars 2017 / Jugement : Le 8 décembre 2017

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

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Standing — Search and seizure — Evidence — Admissibility — Text messages — Accused seeking to exclude at trial text message records obtained by production order from telecommunications service provider — Whether accused has reasonable expectation of privacy in text messages stored by service provider and therefore standing under s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms to challenge production order — Whether accused permitted to rely on Crown theory for purposes of establishing subjective expectation of privacy.

Criminal law — Evidence — Production orders — Invasion of privacy — Interception of communications — Police obtaining order under s. 487.012 of Criminal Code for production of text messages stored on service provider's infrastructure — Whether production order provides lawful authority for seizing stored text messages or whether wiretap authorization under Part VI of Criminal Code required for seizure to comply with s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 183 "intercept", 487.012.

J was convicted of several firearms and drug trafficking offences. His convictions rest on records of text messages seized from a Telus account associated with his co-accused that were obtained under a production order pursuant to s. 487.012 of the *Criminal Code* (now s. 487.014). Prior to trial, J sought to exclude the text messages on the basis that obtaining them by means of a production order contravened his s. 8 *Charter* right. The trial judge found that J lacked standing to challenge the production order under s. 8 and he was therefore convicted. J's appeal against conviction was dismissed.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed and the production order upheld.

Per McLachlin C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Côté JJ.: J had a reasonable expectation of privacy in the text messages stored by Telus and therefore, standing under s. 8 of the *Charter* to challenge the production order. Whether a claimant has a reasonable expectation of privacy must be answered with regard to the totality of the circumstances of a particular case. Claimants must establish that they had a direct interest in the subject matter of the search, that they had a subjective expectation of privacy in that subject matter and that their subjective expectation of privacy was objectively reasonable.

In this case, the subject matter of the search is the electronic conversation between J and his co-accused. J should have been permitted to rely on the Crown's theory that he authored those text messages for the purposes of establishing his direct interest in their subject matter and his subjective expectation of privacy in the messages. An accused mounting a s. 8 *Charter* claim may ask the court to assume as true any fact that the Crown has alleged or will allege in the prosecution against him in lieu of tendering evidence probative of those same facts in the *voir dire*. This coheres with the relatively modest evidentiary foundation required to establish the subjective expectation element in the totality of the circumstances analysis, as well as the principle against self-incrimination.

It follows that J subjectively expected privacy in records of his electronic conversation found in the service provider's infrastructure. Text messages are private communications. This is not in dispute in this case. Moreover, as the application judge found, J and his co-accused used third-party names so as to avoid detection or association with the text messages. This suggests that they intended their communications to remain private.

Finally, it is objectively reasonable for the sender of a text message to expect a service provider to keep information private where its receipt and retention of such information is incidental to its role of delivering private communications to the intended recipient. That is intuitive. One would not reasonably expect the service provider to share the text messages with an unintended recipient, or post them publicly for the world to see. In this case, it was

therefore reasonable for J to expect that the text messages that he sent would not be shared by Telus with any parties other than the intended recipient, notwithstanding that he relinquished direct control over those messages. Neither the absence of a contractual policy, nor the fact that the production order targeted a phone registered to a third party deprive J of that protection.

On the totality of the circumstances, therefore, J had a reasonable expectation of privacy in the text messages and standing to challenge the validity of the production order. However, J's s. 8 *Charter* right was not breached because records of text messages stored on a service provider's infrastructure were lawfully seized by means of a production order under s. 487.012 of the *Criminal Code*. Based on its plain meaning and read in context, the term "intercept" in s. 183 of Part VI of the *Criminal Code* encompasses the production or seizure of historical text messages stored by a service provider. Historical text messages denote messages that have been sent and received, not those still in the transmission process. In this case, there is no question that Telus initially intercepted the communications between J and his co-accused, presumably pursuant to an exception for service delivery purposes under s. 184(2). However, in light of the statutory scheme's distinction between interception, use and retention, and disclosure, it is clear that Telus' subsequent storing and provision of the communications to the law enforcement did not constitute additional interceptions. Rather, Telus retained the intercepted communications under s. 184(3) and then disclosed them to the police as contemplated by s. 193(2).

In this case, a Part VI wiretap authorization was unnecessary because the police did not seek an order authorizing the prospective production of future text messages. Nor is there any evidence that the production order resulted in the production of text messages that were still in the transmission process. Therefore, the search and seizure of J's text messages were properly authorized by the production order provision in s. 487.012 of the *Criminal Code*, and did not breach J's s. 8 *Charter* right.

Per Rowe J.: There is agreement with the majority that, as a matter of statutory interpretation, a production order pursuant to s. 487.012 of the *Criminal Code* (now s. 487.014), authorizes the police to request the disclosure of text messages from a service provider once those messages have been sent and received. Conversely, a Part VI *Criminal Code* authorization is required to intercept those messages as they are being transmitted. Given that the records of text messages are stored by the service provider in this case the moment they are sent, however, it makes little difference whether the police "intercept" them or simply obtain them through a production order immediately after they are sent. It appears that the police can in effect sidestep the requirements of Part VI by obtaining a production order immediately after the messages are sent. No settled view is expressed as to whether this anomaly reflects a failure of s. 487.014 to meet the requirements imposed by s. 8 of the *Charter* because this issue was not raised in argument.

Per Abella J. (dissenting): There is agreement with the majority that J had a reasonable expectation of privacy in his sent text messages and, as a result, had standing under s. 8 of the *Charter* to challenge the production order. But since the messages were obtained pursuant to a production order rather than a Part VI *Criminal Code* authorization, the search and seizure of those messages was not authorized by law and was therefore unreasonable.

The police obtained several production orders pursuant to s. 487.012 of the *Criminal Code* directed at the service providers Bell, Rogers and Telus. Only Telus stored the content of incoming and outgoing text messages for a period of time after the messages were sent and received. No text messages were obtained from accounts held with the other service providers. Telus' unique storage practices, rather than the underlying principles in Part VI, led to the production of copies of historical text messages from the targeted Telus account, and the loss of J's privacy protections available under Part VI. By prioritizing a temporal distinction to determine the level of privacy protection for text messages, Telus customers are left with less protection than those using other service providers who do not store copies of text messages simply because Telus stores copies of text that pass through its infrastructure. This means that the privacy rights of those who text depend on which service provider they use rather than on the fact that they are texting as a means of privately communicating.

The term "intercept" in s. 183 of the *Criminal Code* should be interpreted in the context of the broader Part VI scheme and the purpose it is meant to serve, namely, to prevent the state from acquiring private communications without lawful authorization and to protect the privacy interests inherent in the content of private communications. The Part VI protections should be available for historical as well as for prospective interception. The timing of the state's request for information should not distort the communicative dimension of a text message exchange. Interpreting

“intercept[ion]” of a private communication should focus on the content, not on the timing of what the investigative technique seeks to access, or on the vagaries of the service provider’s technological practices.

When the police obtain copies of text messages from a service provider, they are acquiring a complete record of all electronic conversations that took place during a given period. The informational content acquired by the state is a complete record of all private communications in the given period. A singular focus on the *historical* dimension of the record should not detract from the content and character of this record. It is a record of a conversation that took place between individuals, albeit in an electronic format, that has been assigned a specific timestamp. This record may capture electronic conversations between several people innocently participating in an electronic conversation with the targeted recipient, as well electronic conversations involving multiple participants engaged in a group text.

Since no Part VI authorization was obtained, the acquisition of copies of J’s historical text messages through the production order was invalid and breached J’s rights under s. 8 of the *Charter*.

The messages should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The evolution of shifting technology has resulted in a correspondingly evolving jurisprudence which tries to keep pace with the impact of technology on constitutional rights. Where no case directly on point has been decided, the police have two choices: to use the jurisprudential gap as a rationale for being more intrusive, or to exercise greater caution before interfering with legislatively endorsed privacy rights. The better judicial approach is one that encourages conduct on the part of the police that errs on the side of being protective of the rights of the public, rather than one that endorses *Charter* breaches in deference to the mechanics of new technologies.

The impact of the *Charter*-infringing conduct on J’s *Charter*-protected privacy interests under s. 8 of the *Charter* was significant. Whether they take the form of a historical record or occur in real-time, electronic conversations have the potential to reveal information going to the individual’s biographical core, including information which tends to reveal intimate details of the lifestyle or personal choices of an individual. While the police did not technically act in bad faith, their failure to seek Part VI authorization put public confidence in the administration of justice at serious risk. The impact of their conduct on J’s considerable, *Charter*-protected privacy interests under s. 8 of the *Charter* was significant, which outweighs the public’s interest in seeing a determination of J’s case on the merits.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, MacFarland and LaForme JJ.A.), 2016 ONCA 543, 131 O.R. (3d) 604, 361 C.R.R. (2d) 350, 338 C.C.C. (3d) 591, 350 O.A.C. 274, [2016] O.J. No. 3737 (QL), 2016 CarswellOnt 10858 (WL Can.), affirming the accused’s convictions for firearms and drug trafficking offences and the pre-trial application ruling. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Patrick McCann, Peter Mantas and Ewan Lyttle, for the appellant.

Nicholas E. Devlin and Jennifer Conroy, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Canada.

Randy Schwartz and Andrew Hotke, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Ontario.

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

Ann Ellefsen-Tremblay and Daniel Royer, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions.

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

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

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

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Qualité pour agir — Fouilles, perquisitions et saisies — Preuve — Admissibilité — Messages textes — Demande de l'accusé en vue de faire écarter au procès des relevés contenant des messages textes obtenus d'un fournisseur de services de télécommunications au moyen d'une ordonnance de communication — L'accusé a-t-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des copies des messages textes conservés par le fournisseur de services et, en conséquence, qualité pour contester l'ordonnance de communication en vertu de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'accusé est-il autorisé à s'appuyer sur la thèse de la Couronne afin d'établir son attente subjective au respect de sa vie privée?

Droit criminel — Preuve — Ordonnances de communication — Atteinte à la vie privée — Interception de communications — Obtention par les policiers d'une ordonnance prévue à l'art. 487.012 du Code criminel en vue de se faire communiquer des messages textes conservés dans l'infrastructure du fournisseur de services — Une ordonnance de communication permet-elle de saisir légalement de tels messages ou est-il nécessaire d'obtenir une autorisation de mise sous écoute électronique en vertu de la partie VI du Code criminel pour que la saisie respecte l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 183 « intercepter », art. 487.012.

J a été déclaré coupable de plusieurs infractions liées au trafic d'armes à feu et de drogues. Ces déclarations de culpabilité reposent sur des relevés contenant des messages textes qui ont été saisis d'un compte Telus associé à son coaccusé en application d'une ordonnance de communication obtenue en vertu de l'art. 487.012 du *Code criminel* (maintenant l'art. 487.014). Avant le procès, J a tenté de faire écarter les messages textes au motif que leur obtention au moyen d'une ordonnance de communication avait contrevenu aux droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. La juge du procès a conclu que J n'avait pas qualité pour contester l'ordonnance de communication sur le fondement de l'art. 8 et ce dernier a par conséquent été déclaré coupable. L'appel interjeté par J à l'encontre de sa déclaration de culpabilité a été rejeté.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté et l'ordonnance de communication est confirmée.

La juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Côté : J avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux messages textes conservés par Telus et, en conséquence, il avait qualité pour contester la validité de l'ordonnance de communication en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Pour répondre à la question de savoir si l'auteur d'une telle demande a une attente raisonnable au respect de sa vie privée, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances propres à l'affaire en cause. L'auteur de la demande doit prouver qu'il avait un droit direct à l'égard de l'objet de la fouille, qu'il avait une attente subjective en matière de respect de sa vie privée à l'égard de l'objet de cette fouille et que son attente subjective en matière de respect de la vie privée était objectivement raisonnable.

En l'espèce, l'objet de la fouille est la conversation électronique entre J et son coaccusé. J aurait dû être autorisé à s'appuyer sur la thèse de la Couronne selon laquelle il était l'auteur de ces messages textes afin d'établir son droit direct à l'égard de l'objet de la fouille et son attente subjective au respect de sa vie privée à l'égard des messages. Un accusé qui invoque l'art. 8 de la *Charte* peut demander au tribunal de tenir pour avéré tout fait que la Couronne allègue ou entend alléguer dans les poursuites intentées contre lui, au lieu de devoir présenter des éléments de preuve établissant ces mêmes faits lors du voir-dire. Ce résultat s'accorde avec le fait qu'une preuve relativement minimale est requise pour démontrer l'existence de l'attente subjective dans le cadre de l'analyse de l'ensemble des circonstances, ainsi qu'avec le principe protégeant contre l'auto-incrimination.

Il s'ensuit que J s'attendait subjectivement à ce que l'on respecte son droit à la vie privée relativement aux copies de sa conversation électronique se trouvant dans l'infrastructure du fournisseur de services. Les messages textes constituent des communications privées. Cela n'est pas contesté en l'espèce. De plus, comme a conclu la juge saisie de la demande, J et son coaccusé se sont servis de noms de tiers pour éviter d'être repérés ou d'être associés aux messages textes. Cela tend à indiquer qu'ils entendaient que leurs communications demeurent privées.

Enfin, il est objectivement raisonnable de la part de l'expéditeur de messages textes de s'attendre à ce qu'un fournisseur de services protège le caractère privé de l'information qui lui est confiée, dans les cas où la réception et la conservation de cette information constituent un aspect accessoire de son rôle consistant à acheminer des communications privées au destinataire visé. Cette conclusion a un caractère intuitif. Il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'un fournisseur de services communique les messages textes à un destinataire non visé ou qu'il les mette à la disposition du monde entier. Dans le cas qui nous occupe, il était donc raisonnable de la part de J de s'attendre à ce que Telus ne communiquerait à personne d'autre qu'au destinataire visé les messages textes qu'il envoyait, malgré le fait qu'il ait renoncé à exercer un contrôle direct sur ces messages. Ni l'absence de politique de confidentialité de nature contractuelle ni le fait que l'ordonnance de communication visait un téléphone enregistré au nom d'un tiers ne privent J de cette protection.

Par conséquent, au regard de l'ensemble des circonstances, J avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux messages textes en cause, et il avait qualité pour contester la validité de l'ordonnance de communication. Toutefois, les droits garantis à J par l'art. 8 de la *Charte* n'ont pas été violés, étant donné que les relevés contenant les messages textes conservés dans l'infrastructure du fournisseur de services ont été saisis légalement au moyen de l'ordonnance de communication prévue à l'art. 487.012 du *Code criminel*. Selon son sens courant et à la lumière de son contexte, le mot « intercepter » à l'art. 183 de la partie VI du *Code criminel* couvre la communication ou la saisie de messages textes existants conservés par un fournisseur de services. Les messages textes existants s'entendent des messages qui ont été expédiés et reçus, non pas de ceux qui sont encore en cours de transmission. Dans le cas qui nous occupe, il ne fait aucun doute que les communications échangées entre J et son coaccusé ont initialement été interceptées par Telus, vraisemblablement en vertu d'une des exceptions prévues au par. 184(2) pour les besoins de la fourniture des services. Toutefois, compte tenu de la distinction que le régime législatif établit entre l'interception, l'utilisation et la conservation d'une part, ainsi que la divulgation d'autre part, il est évident que la conservation des télécommunications par Telus et leur divulgation ultérieure par cette dernière aux policiers n'ont pas constitué des interceptions additionnelles. Telus a plutôt conservé les communications interceptées en vertu du par. 184(3), puis les a ensuite divulguées aux policiers comme le prévoit le par. 193(2).

En l'espèce, il n'était pas nécessaire d'obtenir l'autorisation d'écoute électronique prévue à la partie VI, étant donné que les policiers ne sollicitaient pas une ordonnance les autorisant à obtenir la production prospective de messages textes futurs. Rien ne prouve non plus que l'ordonnance de communication a entraîné la communication de messages textes qui se trouvaient encore dans le processus de transmission. Par conséquent, la fouille et la saisie des messages textes de J ont été régulièrement autorisées en vertu des dispositions relatives aux ordonnances de communication figurant à l'art. 487.012 du *Code criminel*, et ces mesures n'ont pas porté atteinte aux droits garantis à J par l'art. 8 de la *Charte*.

Le juge Rowe : Il y a accord avec la conclusion des juges majoritaires selon laquelle, suivant les règles d'interprétation des lois, l'ordonnance de communication prévue à l'art. 487.012 du *Code criminel* (maintenant l'art. 487.014) autorise les policiers à demander à un fournisseur de services de divulguer des messages textes après que ceux-ci ont été envoyés et reçus. En revanche, une autorisation fondée sur la partie VI du *Code criminel* est requise pour intercepter ces messages pendant leur transmission. Cependant, comme le fournisseur de services concerné en l'espèce conserve des copies des messages textes dès qu'ils sont envoyés, il importe peu que les policiers les « interceptent » ou les obtiennent tout simplement au moyen d'une ordonnance de communication immédiatement après leur envoi. Il semble que les policiers peuvent effectivement éluder les exigences de la partie VI en obtenant une ordonnance de communication immédiatement après l'envoi des messages. Aucune opinion définitive n'est exprimée quant à la question de savoir si ces anomalies indiquent que l'art. 487.014 ne respecte pas les exigences de l'art. 8 de la *Charte*, étant donné que cette question n'a pas été soulevée lors des débats.

La juge Abella (dissidente) : Il y a accord avec la conclusion des juges majoritaires suivant laquelle J possédait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des messages textes qu'il a envoyés et que, par conséquent, il avait qualité pour contester l'ordonnance de communication en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Mais puisque les messages ont été obtenus aux termes d'une ordonnance de communication plutôt que d'une autorisation sous le régime de la partie VI du *Code criminel*, la fouille et la saisie de ces messages n'étaient pas autorisées par la loi et étaient donc abusives.

Les policiers ont obtenu, en vertu de l'art. 487.012 du *Code criminel*, plusieurs ordonnances de communication visant les fournisseurs de services Bell, Rogers et Telus. Seule la société Telus conserve pendant une certaine période le contenu des messages textes envoyés et reçus par ses abonnés. Aucun message texte n'a été obtenu à partir de comptes existants auprès d'autres fournisseurs de services. Ce sont les pratiques de stockage uniques à Telus, plutôt que les principes qui sous-tendent la partie VI, qui ont mené à la communication des copies de messages textes existants du compte Telus visé, et à la perte par J des mesures de protection de la vie privée prévues par la partie VI. Si on privilégie une distinction d'ordre temporel pour déterminer le degré de protection de la vie privée applicable à l'égard des messages textes, les clients de Telus se trouvent alors à bénéficier d'une protection inférieure à celle dont jouissent les clients faisant appel à d'autres fournisseurs de services qui ne conservent pas de copies des messages textes, et ce, tout simplement parce que Telus conserve des copies des messages textes qui passent par son infrastructure. Cela signifie que le droit des auteurs de messages textes au respect de leur vie privée dépend de l'identité de leur fournisseur de services, plutôt que du fait qu'ils utilisent les messages textes comme moyen de communiquer privément.

Le mot « intercepter » à l'art. 183 du *Code criminel* devrait être interprété dans le contexte général du régime de la partie VI et de l'objet que celui-ci est censé viser, c'est-à-dire prévenir l'acquisition par l'État de communications privées sans autorisation valable et protéger le droit intrinsèque au respect de la vie privée à l'égard du contenu de communications privées. Les protections qu'offre la partie VI devraient s'appliquer à l'interception des messages textes existants ainsi que des messages textes futurs. Le moment où l'État présente sa demande d'information ne devrait pas dénaturer la dimension communicationnelle d'un échange de messages textes. L'interprétation du terme « intercept[ion] » d'une communication privée doit s'attacher à la substance des éléments auxquels la technique d'enquête vise à obtenir accès, et non au moment où cet accès est demandé, ou encore au hasard des pratiques technologiques des fournisseurs de services.

Lorsque les policiers obtiennent d'un fournisseur de services des copies de messages textes, ils prennent connaissance d'un relevé complet de l'ensemble des conversations électroniques qui ont eu lieu au cours d'une période donnée. Le contenu informationnel dont prend connaissance l'État est un relevé complet de l'ensemble des communications privées survenues au cours d'une période donnée. L'insistance particulière sur le fait que le relevé porte sur des messages textes *existants* ne devrait pas faire oublier le contenu et la nature de ce relevé. Il s'agit d'un relevé reproduisant le texte d'une conversation qui a eu lieu entre des personnes, même si elle a pris une forme électronique, et à laquelle on a assigné un repère temporel précis. Ce relevé pourrait comprendre des conversations électroniques entre plusieurs personnes qui participent innocemment à une conversation électronique avec le destinataire visé, ainsi que des conversations électroniques entre de multiples participants à un échange de messages textes au sein d'un groupe.

Comme aucune autorisation fondée sur la partie VI n'a été obtenue, la prise de connaissance des copies des messages textes existants de J obtenues au moyen d'une ordonnance de communication était invalide et violait les droits garantis à ce dernier par l'art. 8 de la *Charte*.

Les messages devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L'évolution rapide de la technologie entraîne une évolution correspondante de la jurisprudence, laquelle s'efforce de suivre le rythme de l'incidence de la technologie sur les droits garantis par la Constitution. Dans les cas où aucune décision portant exactement sur une situation litigieuse n'a encore été rendue, les policiers ont alors le choix entre deux possibilités : utiliser la lacune dans la jurisprudence pour justifier une conduite plus envahissante, ou exercer davantage de précaution avant de porter atteinte à des droits protégeant la vie privée garantis par la loi. La meilleure approche à adopter par les tribunaux consiste à inciter les policiers à pécher par excès de prudence afin de protéger les droits du public, plutôt qu'à cautionner des violations de la *Charte* par déférence pour la mécanique des nouvelles technologies.

Les répercussions de la conduite attentatoire à la *Charte* sur le droit à la protection de la vie privée garanti à J par l'art. 8 de ce texte ont été importantes. Qu'il s'agisse de messages existants ou d'un échange en temps réel, les conversations électroniques sont susceptibles de révéler des renseignements biographiques sur les gens, notamment des renseignements qui tendent à révéler des détails intimes sur leur mode de vie et leurs choix personnels. Bien que la police n'ait pas, techniquement, agi de mauvaise foi, le défaut d'obtenir une autorisation sous le régime de la partie VI a sérieusement compromis la confiance du public envers l'administration de la justice. Les répercussions de la conduite

des policiers sur l'important droit au respect de la vie privée reconnu à J par l'art. 8 de la *Charte* ont été importantes, facteur qui l'emporte sur l'intérêt du public à ce qu'un jugement au fond soit rendu.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, MacFarland et LaForme), 2016 ONCA 543, 131 O.R. (3d) 604, 361 C.R.R. (2d) 350, 338 C.C.C. (3d) 591, 350 O.A.C. 274, [2016] O.J. No. 3737 (QL), 2016 CarswellOnt 10858 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé pour des infractions liées au trafic d'armes à feu et de drogues, ainsi que sur la requête présentée avant le procès. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Patrick McCann, Peter Mantas et Ewan Lyttle, pour l'appelant.

Nicholas E. Devlin et Jennifer Conroy, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Randy Schwartz et Andrew Hotke, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

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

Ann Ellefsen-Tremblay et Daniel Royer, pour l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales.

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

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

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

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

SUPREME COURT OF CANADA SCHEDULE / CALENDRIER DE LA COUR SUPREME

- 2017 -

OCTOBER – OCTOBRE						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
1	2	3	4	5	6	7
8	H 9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30	31				

NOVEMBER – NOVEMBRE						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
			1	2	3	4
5	6	7	8	9	10	11
12	H 13	14	15	16	17	18
19	20	21	22	23	24	25
26	27	28	29	30		

DECEMBER – DÉCEMBRE						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24 / 31	H 25	H 26	27	28	29	30

- 2018 -

JANUARY – JANVIER						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
	H 1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30	31			




FEBRUARY – FÉVRIER						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
				1	2	3
4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	21	22	23	24
25	26	27	28			

MARCH – MARS						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
				1	2	3
4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	21	22	23	24
25	26	27	28	29	H 30	31

APRIL – AVRIL						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
1	H 2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30					

MAY – MAI						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
		1	2	3	4	5
6	7	8	9	10	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	H 21	22	23	24	25	26
27	28	29	30	31		

JUNE – JUIN						
S D	M L	T M	W M	T J	F V	S S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24	25	26	27	28	29	30

Sittings of the Court:  **18 sitting weeks / semaines séances de la cour**
 Séances de la Cour :  **88 sitting days / journées séances de la cour**
 Holidays:  **2 holidays during sitting days / jours fériés durant les sessions**
 Jours fériés : 