

[Traduction non officielle produite par le CTDJ, avec le soutien de Justice Canada]

Sa Majesté la Reine c. Jones
[Répertorié : R. c. Jones]

107 O.R. (3d) 241
2011 ONCA 632

Cour d'appel de l'Ontario
Les juges MacPherson, Blair et Epstein
Le 11 octobre 2011

[TRADUCTION NON OFFICIELLE]

Charte des droits et libertés — Exclusion de la preuve — Fouilles, perquisitions et saisies — Policiers ayant obtenu un mandat pour fouiller l'ordinateur de l'accusé afin de trouver des preuves d'une fraude — Analyste de la police découvrant lors de la première fouille des images de pornographie juvénile pendant qu'il cherchait des preuves de fraude — Les policiers ont consulté le ministère public qui les a avisés à tort qu'ils n'avaient pas à obtenir un autre mandat — Les policiers ont ensuite effectué une fouille en vue de trouver des types de fichiers qu'il n'aurait pas examinés dans le cadre d'une enquête portant sur une fraude, pour voir si l'accusé avait d'autres fichiers de pornographie juvénile — La fouille subséquente a violé les droits garantis à l'accusé en vertu de l'art. 8 de la *Charte* — Le ministère public a agi de bonne foi dans un domaine du droit incertain et la juge du procès a commis une erreur en concluant que l'avis erroné illustrait une faille du système — Les policiers ont agi de bonne foi — Il s'agissait d'une violation assez grave, sans toutefois être des plus extrêmes, contrairement à ce qu'a conclu la juge du procès — La violation a eu une incidence importante sur l'accusé — Les vidéos de pédopornographie découverts lors de la fouille subséquente constituent des preuves fiables d'un crime odieux, elles sont importantes pour la cause du ministère public et la société a un intérêt très élevé à ce que l'affaire soit jugée sur le fond — L'admission des preuves de vidéos ne déconsidérerait pas l'administration de la justice — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, par. 24(2).

Charte des droits et libertés — Fouilles, perquisitions et saisies — Policiers ayant obtenu un mandat pour fouiller l'ordinateur de l'accusé afin de trouver des preuves de fraude — Mandat autorisant un accès illimité aux fichiers de l'ordinateur afin de réaliser les objectifs de la fouille — Analyste de la police découvrant des images de pornographie juvénile pendant qu'il cherchait des preuves de fraude — Les policiers ont consulté le ministère public pour savoir s'ils devaient obtenir un autre mandat pour effectuer une fouille en vue de trouver des types de fichiers qu'il n'aurait pas examinés dans le cadre d'une enquête pour fraude — Le ministère public a avisé erronément les policiers que leur mandat

initial était suffisant — L'analyste a ensuite examiné les fichiers vidéo dans le seul but de trouver de la pornographie juvénile — La fouille des fichiers vidéo en vue de trouver de la pornographie juvénile n'était pas autorisée en vertu du premier mandat — La théorie des objets bien en vue justifie les fouilles, perquisitions et saisies des images découvertes lors du premier examen des fichiers, mais ne justifie pas la fouille subséquente des fichiers vidéo — La fouille subséquente n'était pas autorisée par l'art. 489 du *Code criminel* — La fouille subséquente a violé les droits de l'accusé garantis par l'art. 8 de la *Charte* — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8 — *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 489.

L'accusé a été inculpé de possession de pornographie juvénile. Les policiers ont obtenu un mandat leur permettant de fouiller l'ordinateur de l'accusé en vue de trouver des preuves d'une fraude. Le mandat ne prévoyait aucune restriction quant aux types de fichiers qui pouvaient être fouillés ni aucune limite quant à la date des fichiers. Au cours de son examen initial des fichiers de documents et d'images, l'analyste de la police a découvert des images qui constituaient, selon lui, de la pornographie juvénile. Il a demandé à la policière chargée de l'enquête de communiquer avec le ministère public pour savoir s'il fallait obtenir un mandat pour chercher d'autres images de pornographie juvénile. Le ministère public a informé les policiers qu'aucun autre mandat n'était nécessaire. Un autre agent a ensuite parlé avec l'avocat du ministère public pour s'assurer qu'il comprenait que la recherche de pédopornographie impliquerait l'examen de types de fichiers qui n'auraient pas été examinés aux fins de l'enquête sur la fraude. Le ministère public a répété qu'aucun autre mandat n'était nécessaire. Lors d'une fouille subséquente, l'analyste a fouillé les fichiers vidéo et découvert d'autre pornographie juvénile. La juge du procès a conclu que les droits garantis à l'accusé en vertu de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* avaient été violés, car le mandat n'autorisait l'examen du disque dur de l'ordinateur que dans le but de trouver des preuves de fraude. Elle a qualifié l'avis donné aux policiers d'« irréfléchi et désinvolte » et a estimé qu'il illustrait une faille du système. Elle a exclu les éléments de preuve de pédopornographie en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L'accusé a été acquitté. Le ministère public a interjeté appel.

Arrêt : l'appel est accueilli.

Le mandat de fouille et de perquisition n'autorisait pas la recherche de preuves de pornographie juvénile. Même s'il ne précisait aucune limite en ce qui concerne le type de fichiers qui pouvaient être examinés, le mandat était limité quant au type de preuves que les policiers pouvaient tenter d'obtenir, et la pornographie juvénile n'en faisait pas partie. Le droit d'examiner en totalité le contenu d'un ordinateur en vue d'obtenir des éléments de preuve d'un crime ne comporte pas le droit absolu de fouiller tout le contenu de l'ordinateur à la recherche de preuves d'un autre crime. La fouille d'un ordinateur effectuée en vertu d'un mandat doit être liée aux éléments légitimes à l'égard desquels les policiers ont établi des motifs raisonnables et probables conformément aux modalités du mandat. Le ministère public a raison de dire que les images de pornographie juvénile qui ont été vues inopinément lors de la fouille légale effectuée en vue de trouver des preuves de fraude pouvaient être saisies en vertu de la théorie des objets bien en vue et de l'art. 489 du *Code criminel*. On ne peut toutefois pas en dire autant des images trouvées dans les fichiers vidéo lors de la fouille ultérieure, qui visait explicitement à trouver d'autres preuves de pornographie juvénile. Le ministère public affirmait qu'une personne perd toute attente en matière de respect de la vie privée à l'égard de son ordinateur dès lors que celui-ci a été légalement saisi. Un individu ne perd son attente en matière de respect de la vie privée que dans les parties de l'ordinateur que les policiers sont légalement autorisés à fouiller. Les droits de

l'accusé garantis par l'art. 8 de la *Charte* ont été violés par la fouille de fichiers vidéo visant à déterminer s'il y avait des images supplémentaires de pornographie juvénile.

La juge du procès a commis une erreur en qualifiant la conduite du ministère public de « désinvolte ou irréfléchi ». À l'époque, aucun arrêt n'avait été rendu par une cour d'appel en ce qui concerne l'application de la théorie des objets bien en vue ou de l'art. 489 du *Code criminel* en matière de fouilles et de perquisitions informatiques. Bien que l'avis donné par le ministère public en l'espèce se soit révélé erroné, le ministère public a agi de bonne foi, et le droit était incertain à l'époque en ce qui concerne l'application de la théorie des objets bien en vue et la portée de l'art. 489 dans le contexte des perquisitions et fouilles informatiques. De plus, rien n'indiquait qu'une faille du système existait au sein du bureau du ministère public. Les policiers ont également agi de bonne foi, comme le démontre le fait qu'ils ont demandé des conseils juridiques avant de fouiller les fichiers vidéo. La violation des droits de l'accusé garantis par la *Charte* était assez grave, sans être des plus extrêmes. Comme l'accusé nourrissait des attentes élevées en matière de respect de la vie privée dans le contenu de son ordinateur, la violation a eu une incidence importante sur ses droits protégés par la *Charte*. Les éléments de preuve en question étaient fiables et importants, mais n'étaient pas décisifs pour la cause du ministère public. L'infraction reprochée était très grave. Tout bien considéré, l'exclusion des éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice.

APPEL interjeté par le ministère public du verdict d'acquittement rendu le 2 juillet 2020 par la juge Nolan, de la Cour supérieure de justice, relativement à des accusations de possession de pornographie juvénile.

Affaires mentionnées : *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, [2009] A.C.S. n° 32, 2009 CSC 32, 82 M.V.R. (5th) 1, 309 D.L.R. (4th) 1, 245 C.C.C. (3d) 1, EYB 2009-161617, J.E. 2009-1379, 66 C.R. (6th) 1, 193 C.R.R. (2d) 1, 391 N.R. 1, 253 O.A.C. 124; *R. c. Morelli*, [2010] 1 R.C.S. 253, [2010] A.C.S. n° 8, 2010 CSC 8, 207 C.R.R. (2d) 153, 399 N.R. 200, EYB 2010-171050, 2010EXP-1068, J.E. 2010-576, 252 C.C.C. (3d) 273, 316 D.L.R. (4th) 1, [2010] 4 W.W.R. 193, 72 C.R. (6th) 208, 346 Sask. R. 1, 86 W.C.B. (2d) 949, appliquées.

R. v. Lefave, [2003] O.J. No. 3861, [2003] O.T.C. 872, 59 W.C.B. (2d) 217 (S.C.J.); *R. v. Weir*, [2001] A.J. No. 869, 2001 ABCA 181, [2001] 11 W.W.R. 85, 95 Alta. L.R. (3d) 225, 281 A.R. 333, 156 C.C.C. (3d) 188, 85 C.R.R. (2d) 369, 50 W.C.B. (2d) 463; *United States of America v. Comprehensive Drug Testing Inc.*, 579 F.3d 989 (9th Cir. 2009), révisé 621 F.3d 1162 (9th Cir. 2010); *United States of America v. Williams*, 592 F.3d 511 (4th Cir. 2010), cert. refusé, *Williams v. United States of America*, 131 S. Ct. 595, 178 L. Ed. 2d 434 (2010), examinées.

Autres affaires mentionnées : *Hunter c. Southam Inc.*, 1984 CanLII 33 (CSC), [1984] 2 R.C.S. 145, [1984] A.C.S. n° 36, 11 D.L.R. (4th) 641, 55 N.R. 241, [1984] 6 W.W.R. 577, J.E. 84-770, 33 Alta. L.R. (2d) 193, 55 A.R. 291, 27 B.L.R. 297, 14 C.C.C. (3d) 97, 2 C.P.R. (3d) 1, 41 C.R. (3d) 97, 9 C.R.R. 355, 84 D.T.C. 6467; *R. c. Arp*, 1998 CanLII 769 (CSC), [1998] 3 R.C.S. 339, [1998] A.C.S. n° 82, 166 D.L.R. (4th) 296, 232 N.R. 317, [1999] 5 W.W.R. 545, J.E. 98-2397, 114 B.C.A.C. 1, 58 B.C.L.R. (3d) 18, 129 C.C.C. (3d) 321, 20 C.R. (5th) 1, 40 W.C.B. (2d) 196; *R. v. B. (E.)*, [2011] O.J. No. 1042, 2011 ONCA 194, 276 O.A.C. 173, 269 C.C.C. (3d) 227, 94 W.C.B. (2d) 386; *R. v. Bishop*, [2007] O.J. No. 3806, 2007 ONCJ 441, 75 W.C.B. (2d) 258; *R. c. Collins*, 1987 CanLII 84 (CSC), [1987] 1 R.C.S. 265, [1987] A.C.S. n° 15, 38 D.L.R. (4th) 508, 74 N.R. 276, [1987] 3 W.W.R. 699, J.E. 87-516, 13 B.C.L.R. (2d) 1, 33 C.C.C. (3d) 1, 56 C.R. (3d) 193, 28 C.R.R. 122, 15 W.C.B. (2d) 387; *R. v. DeJesus*, [2010] O.J. No. 3744, 2010 ONCA 581; *R. v. Dore*, 2002 CanLII 45006 (ONCA), [2002] O.J. No. 2845, 162 O.A.C. 56, 166 C.C.C. (3d) 225, 4 C.R. (6th) 81, 96 C.R.R. (2d) 49, 54

W.C.B. (2d) 691 (C.A.); *R. v. Du*, [2004] A.J. No. 1324, 2004 ABQB 849, 65 W.C.B. (2d) 720; *R. c. Dymont*, 1988 CanLII 10 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 417, [1988] A.C.S. n° 82, 55 D.L.R. (4th) 503, 89 N.R. 249, J.E. 89-77, 73 Nfld. & P.E.I.R. 13, 45 C.C.C. (3d) 244, 66 C.R. (3d) 348, 38 C.R.R. 301, 10 M.V.R. (2d) 1, 6 W.C.B. (2d) 78; *R. c. Edwards* (1996), 1996 CanLII 255 (CSC), 26 O.R. (3d) 736, [1996] 1 R.C.S. 128, [1996] A.C.S. n° 11, 132 D.L.R. (4th) 31, 192 N.R. 81, J.E. 96-349, 88 O.A.C. 321, 104 C.C.C. (3d) 136, 45 C.R. (4th) 307, 33 C.R.R. (2d) 226, 29 W.C.B. (2d) 366; *R. v. F. (L.)*, 2002 CanLII 45004 (ON CA), [2002] O.J. No. 2604, 161 O.A.C. 350, 166 C.C.C. (3d) 97, 96 C.R.R. (2d) 20, 54 W.C.B. (2d) 652 (C.A.); *R. v. Giles*, [2007] B.C.J. No. 2918, 2007 BCSC 1147, 77 W.C.B. (2d) 469; *R. v. Harris* (2007), 87 O.R. (3d) 214, [2007] O.J. No. 3185, 2007 ONCA 574, 228 O.A.C. 241, 225 C.C.C. (3d) 193, 49 C.R. (6th) 220, 51 M.V.R. (5th) 172, 75 W.C.B. (2d) 492, 163 C.R.R. (2d) 176; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, [2002] A.C.S. n° 10, 2002 CSC 10, 208 D.L.R. (4th) 207, 281 N.R. 267, J.E. 2002-325, 245 N.B.R. (2d) 270, 160 C.C.C. (3d) 449, 48 C.R. (5th) 199, 90 C.R.R. (2d) 55, 2002 D.T.C. 6789, [2002] G.S.T.C. 12, REJB 2002-27815, 52 W.C.B. (2d) 148; *R. v. Manley*, [2011] O.J. No. 642, 2011 ONCA 128, 275 O.A.C. 81, 269 C.C.C. (3d) 40; *R. c. Plant*, 1993 CanLII 70 (CSC), [1993] 3 R.C.S. 281, [1993] A.C.S. n° 97, 157 N.R. 321, [1993] 8 W.W.R. 287, J.E. 93-1673, 12 Alta. L.R. (3d) 305, 145 A.R. 104, 84 C.C.C. (3d) 203, 24 C.R. (4th) 47, 17 C.R.R. (2d) 297, 20 W.C.B. (2d) 591; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, [2006] A.C.S. n° 15, 2006 CSC 15, 266 D.L.R. (4th) 101, J.E. 2006-910, 210 O.A.C. 200, 207 C.C.C. (3d) 225, 37 C.R. (6th) 1, 140 C.R.R. (2d) 1, 69 W.C.B. (2d) 741, EYB 2006-104246; *R. v. Spindloe*, [2001] S.J. No. 266, 2001 SKCA 58, [2002] 5 W.W.R. 239, 207 Sask. R. 3, 154 C.C.C. (3d) 8, 42 C.R. (5th) 58, 50 W.C.B. (2d) 11; *United States of America v. Carey*, 172 F.3d 1268 (10th Cir. 1999); *United States of America v. Tamura*, 694 F.2d 591 (9th Cir. 1982); *United States of America v. Turner*, 169 F.3d 84 (1st Cir. 1999).

Lois mentionnées : *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, par. 24(2), *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 489 [version mod.], al. a)-c).

Doctrine mentionnée : Gold, Alan, « Applying Section 8 in the Digital World: Seizures and Searches » (conférence prononcée lors du septième programme annuel intitulé « Six-Minute » et destiné aux avocats de la défense, Barreau du Haut-Canada, Toronto, 2007).

Susan Magotiaux, pour l'appellante.

Dale Ives, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

Le juge Blair : -- Aperçu

[1] Que se passe-t-il lorsque des policiers sont en train de procéder légalement à la fouille d'un ordinateur en vertu d'un mandat valide pour un crime et qu'ils découvrent des éléments de preuve d'un autre crime? Sont-ils autorisés à poursuivre la fouille de l'ordinateur en vue de découvrir d'autres preuves du second crime sans avoir obtenu un nouveau mandat? Telle est la question essentielle à trancher dans le présent appel.

[2] Des policiers enquêtaient sur M. Jones pour fraude. Ils croyaient qu'il avait participé à un stratagème frauduleux sur Internet impliquant la vente d'une motocyclette et que la facture de la transaction était un faux généré par ordinateur. Ils ont obtenu un mandat qui les autorisait à perquisitionner son domicile

et à y saisir des données relatives à certaines transactions par courriel, des images relatives à des articles contrefaits et [TRADUCTION] « tout dispositif de traitement et de stockage de données électroniques, ordinateur personnel et système informatique ». Au cours de l'exécution du mandat, ils ont saisi son ordinateur et, en examinant son contenu à la recherche de preuves de fraude, ils ont découvert des éléments de preuve établissant la présence, dans l'ordinateur, de pornographie juvénile.

[3] Sans avoir obtenu un autre mandat — et après avoir consulté un procureur de la Couronne chevronné qui leur a dit qu'ils pouvaient le faire —, ils ont poursuivi l'examen des fichiers informatiques à la recherche d'autres éléments de preuve de pornographie, en recherchant notamment des fichiers vidéo auxquels ils n'auraient autrement pas eu accès si la fouille et la perquisition n'avaient porté que sur la recherche de preuves de fraude. Il en a résulté la découverte de 57 images et de 31 vidéos de pédopornographie.

[4] L'intimé a été accusé de possession de pornographie juvénile. À son procès, la juge Nolan a conclu que les droits que l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissait à l'intimé avaient été violés lors de l'examen de son ordinateur parce que, même s'il était valide aux fins de l'enquête pour fraude, le mandat n'autorisait pas les policiers à examiner le disque dur de l'ordinateur pour tenter de découvrir autre chose que des preuves de fraude. À son avis, le conseil donné aux policiers était [TRADUCTION] « irréfléchi et désinvolte », ajoutant qu'il illustrait une faille du système, et elle a exclu les éléments de preuve de pornographie juvénile qui avaient été découverts à la suite de la fouille. Les accusations ont par conséquent été rejetées.

[5] Le ministère public interjette appel et [TRADUCTION] « invite la Cour à proposer des balises plus que nécessaires au sujet de la portée que devrait avoir l'examen d'un ordinateur saisi en vertu d'un mandat ». Il nous demande également de nous pencher sur ce qu'il estime être [TRADUCTION] « la conclusion déraisonnable tirée par la juge du procès » au sujet du conseil donné par le ministère public aux policiers, qu'elle a qualifié d'irréfléchi [voir la note 1 ci-après].

[6] Bien que je sois d'accord avec la juge du procès pour dire que la fouille des fichiers vidéo constituait une violation des droits garantis à l'intimé par l'art. 8, je suis d'avis d'accueillir l'appel pour les motifs qui suivent.

Les faits

L'enquête initiale

[7] En novembre 2005, l'intimé a fait l'objet d'une enquête pour une fraude perpétrée au moyen d'un ordinateur. La fraude concernait l'achat d'une motocyclette Yamaha qui avait été mise en vente sur e-Bay par un résident d'Ogden, dans l'État de New York. Dans un courriel, une personne se présentant sous le nom de « Ronald Johnston » a offert d'acheter la moto, et en juin 2005, un homme utilisant le même nom s'est rendu à Ogden et a acheté la moto en utilisant un mandat-poste Western Union. Le mandat-poste s'est révélé frauduleux et la police soupçonnait qu'il s'agissait d'un faux généré par ordinateur. Le nom « Ronald Johnston » s'est également révélé être un faux, mais l'adresse électronique et le compte e-Bay ont été retracés jusqu'à Ronald Jones, l'intimé, et à une adresse de London, en Ontario.

[8] Le 19 novembre 2005, la GRC a obtenu un mandat l'autorisant à perquisitionner chez l'intimé. Les modalités du mandat étaient larges et autorisaient les policiers à saisir un certain nombre de choses, y

compris des ordinateurs et du matériel connexe. Aux fins du présent appel, les dispositions pertinentes du mandat autorisaient les policiers à perquisitionner chez l'intimé et à y saisir ce qui suit :

[TRADUCTION]

- Tous les originaux ou toutes les copies de documents ou de données, qu'ils soient enregistrés sur support papier ou sous forme de données stockées dans un système informatique, concernant les courriels envoyés par Ronald Jones à James Holtz [voir la note 2 ci-après] et notamment, mais sans s'y limiter, toute adresse électronique utilisée par Ronald Jones, y compris robjohnson_nysp@hotmail.com, ayant servi à entrer en communication avec la victime James Holtz à son adresse électronique mud4you@rochester.rr.com ou par tout autre moyen.
- Tout dispositif de traitement et de stockage de données électroniques, ordinateur personnel et système informatique [...]
- Tout document [...] image, représentation numérique et modèles de symboles de valeur contrefaits, notamment, mais sans s'y limiter, tout mandat-poste Western Union contrefait.

L'examen des disques durs de l'ordinateur

[9] Le mandat ne prévoyait aucune restriction quant aux types de fichiers informatiques qui pouvaient être fouillés. Avant d'entreprendre l'inspection des deux grands disques durs de l'ordinateur, l'analyste de la police, le sergent Rimnyak, a examiné la documentation pertinente et a conclu qu'il était nécessaire de chercher des preuves de fraude dans tous les fichiers de documents et d'images. Comme le mandat ne comportait aucune date limite, il n'a pas limité ses recherches à des dates particulières.

[10] Au cours de son examen initial des fichiers de documents et d'images, le sergent Rimnyak a découvert des images qui constituaient, selon lui, de la pornographie juvénile, d'après son expérience antérieure dans des dossiers de pédopornographie. Il a demandé à la policière chargée de l'enquête, la caporale Herrington, de communiquer avec le ministère public pour savoir s'il fallait obtenir un mandat pour pouvoir chercher d'autres images de pornographie juvénile. Le conseil qu'a reçu la caporale Herrington à la suite de ces démarches était que, s'il n'était assorti d'aucune condition restrictive, le mandat qui avait été délivré permettait l'examen de l'ensemble du disque dur. Le sergent Rimnyak a ensuite communiqué personnellement avec l'avocat du ministère public pour s'assurer que ce dernier comprenait bien qu'un examen exhaustif des disques durs impliquerait l'examen de fichiers vidéo qu'il n'aurait pas pu examiner aux fins de l'enquête sur la fraude. Bien qu'il n'ait pas pris de notes de la conversation, il a témoigné qu'on lui avait donné le même conseil, à savoir qu'il pouvait procéder sans autre mandat à l'examen de tous les fichiers contenus dans l'ordinateur à la recherche d'éléments de preuve de pornographie juvénile.

[11] L'examen exhaustif des disques durs a permis de trouver les 57 images et 31 vidéos de pornographie juvénile susmentionnées.

Le conseil du ministère public

[12] Le procureur adjoint de la Couronne, M^e Fraser Kelly, a donné le conseiller juridique contesté à la caporale Herrington et au sergent Rimnyak. M^e Kelly est un procureur de la Couronne chevronné, très expérimenté en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies. Au cours de ses 21 années d'exercice, il a été pendant 11 ans codirecteur de la formation sur les fouilles, les perquisitions et les saisies offerte

à l'été et organisée par le ministère du Procureur général à l'intention des procureurs de tout le pays. En sa qualité d'agent d'écoute électronique désigné, il a donné de nombreuses conférences à des avocats et à des policiers sur une foule de questions concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies. À l'époque, il prodiguait des conseils juridiques à des policiers plusieurs fois par semaine, le plus souvent sur ce type de questions.

[13] M^e Kelly ne se souvenait pas précisément avoir parlé à la caporale Herrington ou au sergent Rimnyak, mais il ne conteste pas qu'il leur a probablement donné « le feu vert » en leur donnant l'avis remis en question en l'espèce. Il n'est d'ailleurs pas contesté que c'est ce qu'il a fait. Sans surprise, il n'a pas pu retrouver de notes de cette conversation, expliquant que si cette demande ne lui avait pas été adressée par courriel et qu'elle portait sur un sujet courant, il ne l'aurait normalement pas consignée par écrit. Il ne tenait habituellement pas de carnet de notes sur les conseils qu'il donnait par téléphone, parce qu'il s'attendait à ce que les policiers le fassent.

[14] M^e Kelly a témoigné qu'il [TRADUCTION] « est très probable que je leur ai conseillé de poursuivre leur examen et qu'à condition que l'examen de l'ordinateur leur ait été légalement confié par un juriste, ils étaient libres de procéder à l'examen exhaustif de son contenu sans avoir à obtenir un autre mandat en vertu de l'article 487.01 ». Il a affirmé qu'il avait donné aux policiers [TRADUCTION] « le meilleur conseil en ce qui concerne la fouille d'ordinateurs [qu'il était] en mesure de donner, compte tenu de l'état du droit à l'époque ». La caporale Herrington a déclaré que M^e Kelly avait cité deux décisions à l'appui du conseil qu'il avait donné; la procureure de la Couronne et l'avocat de la défense ont convenu qu'il s'agissait des arrêts *R. c. Law*, 2002 CSC 10 (CanLII), [2002] 1 R.C.S. 227, [2002] A.C.S. n° 10 et *R. v. Weir*, 2001 ABCA 181 (CanLII), [2001] A.J. No. 869, 156 C.C.C. (3d) 188 (C.A.). La juge du procès a finalement estimé que ces décisions n'appuyaient pas l'avis donné par M^e Kelly. Je reviendrai plus loin sur cette question dans les présents motifs.

Analyse

[15] Les principales questions à trancher sont celles de savoir si la fouille en vue de rechercher des preuves de pornographie juvénile était autorisée d'après les modalités du mandat lui-même ou, dans la négative, si elle était par ailleurs autorisée en droit et si elle n'a pas été effectuée d'une manière abusive. Dans ces conditions, M^e Magotiaux fait valoir, au nom du ministère public, que la juge du procès a commis une erreur en concluant à la violation de l'art. 8 de la *Charte*. Elle soutient que :

- a) le mandat lui-même autorisait régulièrement la saisie d'éléments de preuve de pornographie juvénile parce que les policiers avaient le droit de procéder à un examen exhaustif de tout le contenu de l'ordinateur en vertu de ce mandat; b) la fouille n'a pas été effectuée de manière abusive pour cette raison et parce que la conduite des policiers témoignait du fait qu'ils avaient dûment tenu compte des droits de l'intimé reconnus par la *Charte*; c) la « théorie des objets bien en vue » et l'art. 489 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, s'appliquent dans le contexte informatique et confirment la légalité de la fouille et de la saisie des éléments de preuve de pornographie juvénile effectuées en l'espèce.

[16] L'avocate soutient de plus que la juge du procès a commis une erreur en remettant en question les conseils donnés par un procureur de la Couronne compétent et expérimenté et que cette erreur a motivé la décision de la juge du procès à exclure les éléments de preuve de pédopornographie en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, ce qui, selon elle, constituait également une erreur.

[17] Je vais examiner chacune de ces questions, mais je vais d'abord exposer brièvement les principes qui sous-tendent l'art. 8, ainsi que les fouilles, les perquisitions et les saisies.

Principes sous-jacents

[18] L'article 8 de la *Charte* prévoit que « [c]haque personne a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Les principes généraux qui sous-tendent cette protection sont bien établis, mais méritent d'être répétés.

[19] Une fouille, une perquisition ou une saisie ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille ou la perquisition n'a pas été effectuée d'une manière abusive (*R. c. Collins*, 1987 CanLII 84 (CSC), [1987] 1 R.C.S. 265, [1987] A.C.S. n° 15, p. 278 R.C.S.; *Law*, par. 29). Il incombe à la personne qui cherche à établir la violation de démontrer que ses droits garantis par l'art. 8 ont été violés. Toutefois, une fouille ou une perquisition sans mandat est à première vue abusive et constitue donc une violation de l'art. 8, de sorte qu'il incombe au ministère public en pareil cas de démontrer que la fouille ou la perquisition n'était pas abusive.

[20] Pour donner effet à un droit garanti par l'art. 8, il faut, dans chaque cas, apprécier si le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et notamment d'assurer l'application de la loi. La *Charte* privilégie de prime abord les droits du citoyen, de sorte que, pour prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées, il est nécessaire d'obtenir une autorisation préalable prévue par la loi, comme un mandat, avant de pouvoir procéder à une fouille, une perquisition ou une saisie légale, si tant est qu'il soit possible d'obtenir une telle autorisation préalable (voir *Hunter c. Southam Inc.*, 1984 CanLII 33 (CSC), [1984] 2 R.C.S. 145, [1984] A.C.S. n° 36, p. 159-161 R.C.S.).

[21] Comme l'arrêt *Hunter* et les arrêts qui en ont découlé nous l'enseignent, la valeur première qui sous-tend le droit garanti par l'art. 8 est la nécessité de protéger l'attente raisonnable de la personne visée par la fouille ou la perquisition projetée contre toute atteinte abusive, par l'État, à son droit au respect de sa vie privée (voir également, par exemple, *R. c. Dymont*, 1988 CanLII 10 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 417, [1988] A.C.S. n° 82, p. 426-427 R.C.S.; *R. c. Edwards* (1996), 1996 CanLII 255 (CSC), 26 O.R. (3d) 736, [1996] 1 R.C.S. 128, [1996] A.C.S. n° 11, par. 30 et 32; *R. c. Law*, précité, par. 15-16). Les attentes en matière de vie privée englobent non seulement les intérêts matériels, mais aussi la protection de la vie privée et des renseignements personnels. Ainsi que le fait observer le juge Bastarache dans l'arrêt *Law*, par. 16 :

La Cour a adopté une approche libérale en matière de protection de la vie privée. Cette protection s'étend non seulement à la résidence d'une personne et à ses objets personnels, mais aussi aux renseignements qu'elle décide de garder confidentiels.

[22] Dans le cas qui nous occupe, nous avons affaire aux attentes raisonnables de l'intimé en ce qui concerne le respect du caractère privé de ses renseignements personnels. Le juge Sopinka a défini le caractère essentiel de ce droit dans l'arrêt *R. c. Plant*, 1993 CanLII 70 (CSC), [1993] 3 R.C.S. 281, [1993] A.C.S. n° 97. À la p. 293 du recueil, il écrit :

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir

constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. (Soulignement ajouté.)

Survol de l'analyse

[23] J'en viens à la conclusion que la juge du procès a conclu à bon droit que le mandat lui-même permettait valablement d'autoriser une fouille ou une perquisition en vue de trouver des éléments de preuve de fraude, mais qu'il n'autorisait pas la recherche d'autres preuves de pornographie juvénile que celles qui ont été trouvées dans les fichiers d'images.

[24] Ma conclusion ne repose pas sur l'idée que le mandat devrait être annulé au motif qu'il est « trop large », en ce sens qu'il ne prévoyait aucune limite aux pouvoirs des policiers de fouiller l'ordinateur, et qu'il portait donc indûment atteinte au droit à la vie privée auquel l'intimé était en droit de s'attendre en ce qui concerne le contenu de son ordinateur, comme le prétend l'intimé. Elle est plutôt fondée sur le fait que le mandat lui-même avait à juste titre une portée limitée dans les circonstances. Même s'il ne précisait aucune limite en ce qui concerne le type de fichiers qui pouvaient être examinés, le mandat avait une portée raisonnablement circonscrite et limitée quant au type de preuves que les policiers pouvaient tenter d'obtenir, et la pornographie juvénile ne faisait pas partie de ce type de preuves.

[25] De plus, je n'accepte pas l'argument du ministère public suivant lequel la fouille était autorisée par le mandat parce qu'un ordinateur forme un tout indivisible qui, à l'instar d'éléments de preuve matérielle, peut être vérifié et inspecté de toutes les façons que les policiers jugent nécessaires une fois qu'il a été saisi légalement en vertu d'un mandat. Je rejette également l'idée quelque peu connexe selon laquelle, parce que le droit de saisir un ordinateur serait vide de sens sans la capacité d'en examiner le contenu, il faudrait que les policiers aient le droit d'en examiner la totalité.

[26] Par conséquent, étant donné que la fouille et la saisie d'éléments de preuve de pornographie juvénile n'étaient pas autorisées par le mandat, il faut invoquer une autre raison pour les justifier. En l'espèce, le ministère public invoque l'art. 489 du *Code criminel* et la théorie des « objets bien en vue » reconnue en common law. Ces principes justifient la saisie de fichiers d'images contenant de la pornographie juvénile, mais ils ne justifient pas, dans les circonstances, la saisie de fichiers vidéo contenant de la pornographie juvénile [voir la note 3 ci-après].

[27] Enfin, en ce qui concerne le par. 24(2) de la *Charte*, la juge du procès a fondé à tort sa décision d'exclure les éléments de preuve contestés sur une mauvaise interprétation d'éléments de preuve portant sur une faille du système et sur la conclusion déraisonnable qu'elle a tirée au sujet de la nature du conseil donné par le ministère public. Ces erreurs justifient notre Cour de reprendre l'analyse depuis le début et, à mon avis, l'analyse de l'arrêt *Grant* [voir la note 4 ci-après] milite en faveur de l'inclusion des éléments de preuve, eu égard aux circonstances de l'affaire.

[28] Je passe maintenant à l'examen des questions en litige.

Le mandat lui-même n'autorisait pas une fouille visant à trouver de la pornographie juvénile

[29] Je suis d'accord avec la juge du procès pour dire que le mandat était suffisant pour permettre une fouille ou une perquisition en vue de trouver des éléments de preuve de fraude (au sens large du terme, ou, plus exactement, en vue de trouver des éléments de preuve de recel et d'usage d'un document

contrefait), mais qu'il n'autorisait pas la fouille et la saisie de fichiers de pédopornographie. Voici ce qu'elle a déclaré :

[TRADUCTION]

Quant à savoir si le mandat était invalide, je suis d'avis qu'il visait une fouille ou une perquisition pour l'infraction liée au recel et à l'utilisation frauduleuse d'un mandat-poste et que cet objectif y était assez clairement indiqué. Il n'autorisait assurément pas d'autres fouilles en vue de trouver des fichiers de pédopornographie.

[30] La réponse à la question de savoir si le mandat permettait valablement d'effectuer d'autres fouilles en vue de trouver de la pornographie juvénile dépend de la conciliation de deux points de vue opposés. M^e Ives a fait valoir, au nom de l'intimé, que le mandat était invalide à sa face même aux fins en question parce qu'il était « trop large » du fait qu'il ne prévoyait aucune limite de temps ou de contenu à la fouille de l'ordinateur. M^e Magotiaux soutient pour sa part que la fouille subséquente effectuée dans le but de trouver de la pornographie juvénile était justifiée en vertu du mandat parce que celui-ci n'imposait pas de telles limites aux policiers, ce qui était légitime, puisqu'une fois légalement saisi, un ordinateur est, à l'instar de tout autre objet matériel, un élément susceptible de fournir des preuves d'un crime et qu'il peut être vérifié et inspecté par les policiers comme ceux-ci le jugent nécessaire.

[31] Je ne crois pas que ces arguments soient fondés.

Le mandat était-il « trop large » ?

[32] Tout d'abord, je ne considère pas que le mandat autorisait un examen approfondi et illimité de l'ensemble du contenu de l'ordinateur. Certes, le mandat ne contient aucune balise en ce qui a trait aux types de fichiers qui pouvaient être consultés ou la période que pouvait couvrir l'examen, par les policiers, des fichiers datés de l'ordinateur. Aucun de ces facteurs ne m'apparaît toutefois fatal.

[33] Comme il a déjà été mentionné, le mandat impose des restrictions sur le type de preuves qui peut être recherché et n'est donc pas aussi large et illimité qu'on pourrait le laisser entendre. Il autorise les fouilles, les perquisitions et les saisies en vue de trouver des preuves de fraude. Et, en ce qui concerne la fraude, la portée du mandat est relativement bien circonscrite : le mandat autorise les policiers à perquisitionner chez l'intimé et à y saisir (i) tout ordinateur personnel et équipement ou matériel connexe (les ordinateurs); (ii) les données stockées dans un système informatique concernant les courriels échangés entre l'intimé et le vendeur de la motocyclette; (iii) tout document, image, représentation numérique de symboles de valeur contrefaits, notamment tout mandat-poste Western Union contrefait. En réalité, le mandat prévoyait une fouille en deux étapes : dans un premier temps, la fouille de l'ordinateur et du matériel connexe et, en second lieu, la fouille du contenu de l'ordinateur en vue de trouver des éléments de preuve sur les courriels échangés et les images contrefaites en question. On ne saurait dire que le mandat avait une portée trop large.

[34] M^e Ives affirme en outre que le mandat est invalide à sa face même parce qu'il n'impose aucune limite quant à la période pour laquelle les policiers étaient autorisés à examiner les fichiers datés dans l'ordinateur (voir *R. v. Du*, [2004] A.J. No. 1324, 2004 ABQB 849, par. 16-22). Je ne crois pas, toutefois, que cette omission tire vraiment à conséquence, parce que le mandat indique très clairement et avec précision les éléments visés par la fouille de l'ordinateur, c.-à-d. les données stockées dans tout système informatique concernant les courriels échangés ainsi que tout document, image et représentation

numérique de symboles de valeur contrefaits. La période visée par la fouille autorisée n'est pas particulièrement pertinente en ce qui concerne cet examen et le fait qu'aucune ne soit indiquée ne permettait pas aux autorités policières de chercher d'autres documents ou éléments que ceux visés par la fouille et la perquisition. Le mandat n'a pas non plus de portée excessive à cet égard, selon moi.

La nature d'une fouille d'ordinateur

[35] Beaucoup d'énergie et d'arguments ont été consacrés au procès et en appel à la nature de l'ordinateur dans le contexte d'une fouille de son contenu. L'intimé a vanté la quantité et la variété presque illimitée de renseignements personnels et confidentiels qui peuvent être stockés dans l'ordinateur d'une personne et a insisté sur la nécessité de protéger, dans la mesure du possible, les attentes raisonnables d'une personne en ce qui concerne le respect de sa vie privée conformément à l'art. 8, lors de la fouille du contenu de l'ordinateur. Le ministère public a insisté sur la nécessité que la portée de la fouille soit large pour diverses raisons pratiques que j'aborde plus loin et a également adopté la position selon laquelle, une fois qu'il a été saisi légalement, un ordinateur peut, comme tout autre objet matériel, être assujéti aux vérifications nécessaires, ajoutant que le droit de saisir un ordinateur est vide de sens sans le droit d'en fouiller le contenu.

[36] Des arguments convaincants peuvent être présentés en faveur de l'une et l'autre thèse, mais, en définitive, je ne suis pas d'accord pour dire que le droit général d'examiner tout le contenu de l'ordinateur à la recherche de preuves de fraude en vertu du mandat en question était suffisant pour autoriser une autre fouille en vue de trouver des preuves de pornographie juvénile sans que les policiers obtiennent un second mandat, ce qu'ils auraient facilement pu faire. Ce type de fouille et de perquisition est généralement effectué en dehors du lieu visé par le mandat et une fois les objets saisis, comme c'était le cas en l'espèce. Souvent, comme en l'espèce, il n'y a pas d'urgence. Dans ces conditions, rien n'empêche la police de demander un autre mandat.

L'ordinateur en tant que lieu de stockage de renseignements confidentiels

[37] Dans ce débat, on reconnaît généralement que la fouille d'ordinateurs est une mesure attentatoire et que les ordinateurs renferment des quantités infiniment variables de renseignements personnels extrêmement privés et confidentiels, qui correspondent dans bien des cas à la quintessence même du type de « renseignements d'ordre biographique » que les attentes en matière de respect de la vie privée sous-jacentes à l'art. 8 sont précisément censées protéger. Le juge Fish a bien saisi cette notion dans l'arrêt *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8 (CanLII), [2010] 1 R.C.S. 253, [2010] A.C.S. n° 8, par. 2-3 :

Il est difficile d'imaginer une perquisition, une fouille et une saisie plus envahissantes, d'une plus grande ampleur ou plus attentatoires à la vie privée que celles d'un ordinateur personnel.

Pour commencer, les policiers entrent dans votre maison, prennent possession de votre ordinateur et l'emportent pour l'examiner dans un lieu qui vous est inconnu et inaccessible. Là, sans supervision ni contrainte, ils vérifient tout le contenu de votre disque dur : courriels envoyés et reçus, pièces jointes, notes personnelles et correspondance, réunions et rendez-vous, dossiers médicaux et financiers et tout autre document que vous avez téléchargé, copié, numérisé ou créé et sauvegardé. Les policiers examinent aussi l'historique de vos cyberpérégrinations, les sites que vous avez consultés et ce que vous avez apparemment vu dans l'Internet — généralement de façon délibérée, mais parfois de façon accidentelle.

[38] C'est plus ou moins ce qui est arrivé dans le cas de l'ordinateur de l'intimé, et M^e Ives affirme qu'un mandat de fouille d'un ordinateur à une seule fin valable ne saurait justifier une fouille élargie à d'autres fins, compte tenu des attentes élevées en matière de respect de la vie privée de la personne visée en ce qui a trait au contenu de son ordinateur.

Préoccupations pratiques du ministère public

[39] D'un autre côté, les autorités chargées des poursuites — y compris l'appelante en l'espèce — soulèvent un certain nombre de préoccupations au sujet de la nature des éléments de preuve informatique qui militent en faveur d'une formulation plus générale et plus souple des mandats dans ce domaine. Elles soulignent : a) la difficulté de réduire la portée des fouilles et des perquisitions, compte tenu des réalités de l'évolution de la technologie et du fait qu'il est reconnu que des individus réussissent à dissimuler des informations en les stockant de diverses manières et en les manipulant et les réorganisant de sorte que la simple visualisation des noms de dossiers et des listes de fichiers ou des extensions ne permet pas nécessairement d'avoir un portrait fidèle des informations qui y sont stockées; b) le fait qu'un mandat est délivré — souvent très tôt — à l'étape de l'enquête, et qu'il n'est pas pratique à ce stade de préciser quels éléments de preuve sont susceptibles d'être pertinents; c) le fait que, lorsqu'ils établissent les motifs justifiant la délivrance du mandat, les policiers ne connaissent pas nécessairement à l'avance ce qu'ils examineront ou de quelle manière ils pourront accéder à l'information stockée sur l'ordinateur, étant donné l'évolution rapide de la technologie; d) la difficulté pour les officiers de justice d'évaluer avec justesse les paramètres technologiques des fouilles et des perquisitions qui peuvent être proposés en ce qui concerne la vaste gamme de saisies de dispositifs électroniques personnels.

[40] Il peut donc y avoir des raisons valables pour lesquelles les termes employés pour autoriser les fouilles d'ordinateurs doivent être relativement généraux pour tenir compte des réalités pratiques d'une technologie en constante évolution. Cela étant dit, il faut également trouver un certain équilibre pour protéger le droit à la vie privée des individus en ce qui concerne le contenu de leur ordinateur. Il n'est pas nécessaire de bafouer tous les droits à la vie privée en ce qui concerne le contenu des ordinateurs pour réaliser de façon raisonnable les objectifs d'application de la loi de l'État.

[41] Il est vrai jusqu'à un certain point que l'autorisation de fouiller et de saisir un ordinateur est vide de sens si les policiers ne possèdent pas le droit correspondant d'en examiner le contenu. Ainsi que le juge A.W. MacKenzie l'a fait observer dans le jugement *R. v. Giles*, [2007] B.C.J. No. 2918, 2007 BCSC 1147, par. 56, [TRADUCTION] « un ordinateur est inutile sans son contenu ». Mais la question est celle de savoir en quoi consiste la portée adéquate du droit correspondant d'examiner ce contenu.

[42] Je ne suis pas d'accord pour dire que le droit d'examiner en totalité le contenu d'un ordinateur en vue de trouver des éléments de preuve d'un crime — la fraude, en l'espèce — soit assorti du droit absolu de fouiller tout le contenu de l'ordinateur à la recherche de preuves d'un autre crime — la possession de pornographie juvénile, dans le cas qui nous occupe — même si, comme en l'espèce, le mandat peut autoriser à bon droit un accès illimité aux fichiers d'un ordinateur pour réaliser les objectifs de la fouille. La fouille d'un ordinateur effectué en vertu d'un mandat doit être liée aux éléments légitimes à l'égard desquels les policiers ont établi des motifs raisonnables et probables conformément aux modalités du mandat.

[43] En l'espèce, la portée ainsi autorisée par le mandat n'a pas été définie en limitant l'accès au contenu de l'ordinateur, mais, comme nous l'avons déjà vu, en circonscrivant le type de preuves pouvant être recherché — en l'occurrence des éléments de preuve concernant les courriels échangés et les images contrefaites — et les crimes auxquels ces preuves se rapportent (recel et commission d'un faux). Il est utile, à mon sens, de délimiter le type de preuve recherché plutôt que le type de fichiers qui peut être examiné, particulièrement dans les cas où il peut s'avérer nécessaire pour les policiers de procéder à une inspection approfondie du contenu de l'ordinateur pour s'assurer que des preuves n'ont pas été dissimulées ou que leur emplacement dans les entrailles de l'ordinateur n'a pas été habilement camouflé.

[44] Dans la mesure où ils sont tenus d'examiner tout fichier ou dossier de l'ordinateur qui peut raisonnablement leur permettre de réaliser la fouille ainsi autorisée, les policiers ont le droit d'ouvrir ces fichiers et ces dossiers pour les examiner, du moins sommairement, afin de déterminer s'ils sont susceptibles de renfermer des éléments de preuve du type qu'ils recherchent (voir, par exemple, *R. v. Manley*, [2011] O.J. No. 642, 2011 ONCA 128, par. 38; *United States of America v. Williams*, 592 F.3d 511 (4th Cir. 2010), p. 521-522 F.3d, cert. refusé *Williams v. United States of America*, 131 S. Ct. 595, 178 L. Ed. 2d 434 (2010).

Un modèle unique?

[45] Un thème central de l'argumentation du ministère public est l'idée qu'un ordinateur constitue un tout indivisible lorsqu'il s'agit de procéder à une fouille. Selon le ministère public, un ordinateur est un objet qui peut être saisi et qui, comme tout autre objet matériel légalement saisi, peut faire l'objet de toutes les vérifications que les policiers peuvent juger nécessaires, même en ce qui concerne des crimes découverts par la suite. Par exemple, les vêtements d'un suspect qui ont été saisis en vertu d'un mandat lors d'une enquête pour agression sexuelle peuvent ultérieurement faire l'objet d'analyses en vue de déterminer la présence de sperme dans le cadre d'une enquête subséquente pour meurtre (voir *R. v. DeJesus*, [2010] O.J. No. 3744, 2010 ONCA 581, par. 5-10). Des échantillons corporels — cuir chevelu et poils pubiens — prélevés avec le consentement de l'intéressé en vue d'écarter un individu en tant que suspect dans une affaire de meurtre ont à juste titre été soumis à des analyses de l'empreinte génétique en lien avec un second meurtre (*R. c. Arp*, 1998 CanLII 769 (CSC), [1998] 3 R.C.S. 339, [1998] A.C.S. n° 82, par. 82-90 (voir également *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15 (CanLII), [2006] 1 R.C.S. 554, [2006] A.C.S. n° 15, par. 43; *R. v. Dore*, 2002 CanLII 45006 (ONCA), [2002] O.J. No. 2845, 166 C.C.C. (3d) 225 (C.A.), par. 50). Le raisonnement qui sous-tend ce concept est qu'il n'existe plus d'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard de l'objet à partir du moment où les policiers l'obtiennent légalement dans le but de mener une enquête criminelle impliquant un suspect.

[46] Si on le transpose dans la présente affaire, cet argument veut que le mandat qui ne renferme aucune limite quant aux éléments de l'ordinateur pouvant faire l'objet d'une fouille permette légitimement de procéder à un examen exhaustif de toutes les données stockées dans l'ordinateur comme s'il s'agissait d'un tout indivisible. Je n'accepte pas ce point de vue. À mon avis, l'analogie entre l'analyse criminalistique d'un objet matériel et l'examen du contenu d'un ordinateur est boiteuse. Contrairement à la fouille d'un objet matériel, la fouille d'un ordinateur ne vise pas les informations générées par les caractéristiques physiques de l'objet ou qui en font partie. La fouille vise le contenu informationnel de l'ordinateur lui-même. Il s'agit d'une différence d'ordre qualitatif.

[47] Une meilleure analogie est celle d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie effectuée dans deux « lieux » différents : la maison dans laquelle se trouve l'ordinateur, par exemple, et l'ordinateur lui-même.

[48] On trouve dans une maison toutes sortes de pièces, de placards, de classeurs, de tiroirs, de dossiers, de fichiers, de coffres-forts, etc. qui peuvent chacun dissimuler une infinité de renseignements personnels d'ordre biographique. On peut dire la même chose des ordinateurs. De grandes quantités de renseignements personnels sont stockées dans des banques de données. Bien que la technologie sous-jacente à ces concepts soit complexe, les documents, images, fichiers audio, vidéos et autres représentations numériques sont stockés dans des « lecteurs » et organisés en « dossiers », « sous-dossiers » et « fichiers ». Les fichiers se caractérisent par diverses « extensions », qui correspondent à leur type.

[49] Ainsi, autoriser la fouille du contenu d'un ordinateur n'est pas très différent d'autoriser la fouille d'un autre « lieu » ou une fouille plus approfondie du même « lieu ». Il semble qu'il n'existe aucune raison de principe de permettre davantage à l'État d'explorer de façon non ciblée le contenu de l'ordinateur d'un particulier qu'il n'aurait le droit de le faire au domicile de ce même particulier sans une autre autorisation.

[50] La police a à sa disposition les logiciels, la technologie et l'expertise nécessaires pour lui permettre d'adapter ses fouilles et ses perquisitions de manière à obtenir les renseignements qu'elle recherche, s'ils existent, tout en réduisant le plus possible l'atteinte au droit au respect de la vie privée de l'utilisateur de l'ordinateur en ce qui concerne les autres informations stockées dans l'ordinateur. Le sergent Rumnyak a témoigné que le logiciel EnCase utilisé dans la présente affaire permettait aux policiers de voir toutes les données et tous les fichiers contenus dans l'ordinateur, mais que les policiers ne consultent normalement pas tous les fichiers au cours d'une enquête, s'en tenant à ceux qui, à leur avis, leur permettront d'obtenir les éléments de preuve qu'ils recherchent. C'est ainsi que les choses doivent se passer.

[51] Comme il a déjà été indiqué, les ordinateurs sont différents des autres objets habituellement visés par les fouilles, les perquisitions et les saisies. Ils sont différents non seulement en raison de la quantité astronomique de renseignements personnels qui peuvent y être stockés, mais également — pour reprendre les mots employés par le juge Fish dans l'arrêt *Morelli* — en raison de l'historique qu'ils permettent d'obtenir des « cyberpérégrinations » des personnes à qui ils appartiennent. Ils sont également différents en raison des difficultés technologiques qui limitent nécessairement la capacité des autorités chargées des poursuites de procéder à une fouille dans le cadre de laquelle elles sont autorisées de rechercher précisément ce qu'elles souhaitent. Dans la plupart des cas, cependant, ces différences concernent le degré et la quantité d'information qui peuvent être accessibles en fouillant un ordinateur, par opposition à la perquisition, par exemple, effectuée dans un domicile. Ou encore, il s'agit simplement de différences dans les méthodes et les mécanismes utilisés pour accéder à l'information — en l'occurrence, des logiciels et technologies complexes et sophistiquées dans le cas des ordinateurs, et les sens humains plus prosaïques du son, de la vue, du toucher et de l'odorat, aidés par la criminalistique, dans le cas des fouilles et perquisitions traditionnelles. Ces différences ne sont pas des différences de principe. Si on les résume à leurs éléments essentiels à ces fins, conceptuellement, les ordinateurs — comme les maisons — sont simplement des lieux où sont stockées une foule

d'informations sur une personne (bien que souvent, des informations privées et confidentielles sensibles).

[52] En conclusion, je n'accepte pas la conception que le ministère public se fait de l'ordinateur en tant qu'objet indivisible aux fins d'une fouille ou d'une saisie. Vu tout ce qui précède, je n'accepte pas non plus l'idée que le mandat qui a été délivré en l'espèce autorisait une autre fouille sans mandat en vue de trouver des éléments de preuve de pédopornographie.

La théorie des objets « bien en vue » et l'art. 489

[53] Le problème suivant ne porte pas sur la question de savoir si le mandat « permettait valablement d'effectuer d'autres fouilles en vue de trouver de la pornographie juvénile ». De fait, personne n'a jamais imaginé que le mandat engloberait une fouille en vue de trouver des preuves de pédopornographie. La question est celle de savoir dans quelle mesure la découverte d'éléments de preuve indiquant l'existence d'un second crime — non envisagé — peut se greffer à l'exécution légitime d'un mandat autorisant la fouille de l'ordinateur visant un autre crime. Plus précisément, il s'agit de savoir si, après avoir effectué une fouille légale en vue de trouver des données et des fichiers d'images comme preuves de fraude, et après avoir découvert des fichiers d'images contenant ce qu'ils croyaient raisonnablement être de la pornographie juvénile, les policiers étaient : a) en droit de saisir et d'utiliser les fichiers d'images contenant de la pornographie juvénile pour justifier la tenue d'une enquête et d'une poursuite en matière de pornographie juvénile — une infraction différente de celle pour laquelle ils cherchaient légalement des preuves — ; b) en droit de procéder à un examen plus approfondi d'autres fichiers informatiques à la recherche d'éléments de preuve de pornographie juvénile, y compris des fichiers vidéo qu'ils n'auraient pas examinés dans le cadre de leur fouille en vue de trouver des éléments de preuve de fraude, et ce, dans le même but secondaire.

[54] Les réponses à ces questions dépendent de l'applicabilité de la théorie des objets bien en vue et de l'art. 489 du *Code criminel* aux faits de l'espèce.

[55] Le ministère public affirme que la théorie des objets bien en vue et/ou l'art. 489 du *Code criminel* justifient à la fois la fouille et la saisie des images de pornographie juvénile découvertes par le sergent Rumnyak au cours de son premier examen des fichiers informatiques et la fouille et la saisie des vidéos de pornographie juvénile lors de la fouille subséquente. Je suis d'accord pour dire qu'ils justifient la première fouille et la première saisie, mais pas les secondes.

[56] La théorie des objets « bien en vue » s'applique lorsqu'un policier ou un agent de la paix est en train d'exécuter un mandat ou une fouille ou une perquisition autrement autorisée par la loi à l'égard d'un crime et tombe sur des éléments de preuve bien en vue d'un autre crime. Le recours à ce pouvoir de common law est toutefois assujéti aux restrictions suivantes : (i) le policier doit se trouver légalement dans le lieu où la fouille est exécutée (il doit s'agir d'un policier « agissant légalement » pour reprendre l'expression utilisée dans la jurisprudence); (ii) il doit être évident, en raison de leur nature, que les éléments de preuve constituent une infraction criminelle; (iii) la découverte doit être le fruit du hasard; (iv) la théorie des objets bien en vue confère un pouvoir de saisie et non un pouvoir de fouille; elle se limite aux objets visibles et ne permet pas de procéder à une fouille exploratoire en vue de trouver d'autres preuves d'autres crimes (voir, de façon générale, *R. v. Spindloe*, 2001 SKCA 58 (CanLII), [2001] S.J. No. 266, 154 C.C.C. (3d) 8 (C.A.), p. 29-37 C.C.C.; *R. v. F. (L.)*, 2002 CanLII 45004 (ONCA), [2002] O.J. No. 2604, 166 C.C.C. (3d) 97 (C.A.), par. 28-34; *Law*, précité, par. 27, et les décisions qui y sont citées).

[57] L'article 489 du *Code criminel* dispose :

489(1) Quiconque exécute un mandat peut saisir, outre ce qui est mentionné dans le mandat, toute chose qu'il croit, pour des motifs raisonnables :

- a) avoir été obtenue au moyen d'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale;
- b) avoir été employée à la perpétration d'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale;
- c) pouvoir servir de preuve touchant la perpétration d'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale.

(2) L'agent de la paix ou le fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'application ou l'exécution d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale qui se trouve légalement en un endroit en vertu d'un mandat ou pour l'accomplissement de ses fonctions peut, sans mandat, saisir toute chose qu'il croit, pour des motifs raisonnables :

- a) avoir été obtenue au moyen d'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale;
- b) avoir été employée à la perpétration d'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale;
- c) pouvoir servir de preuve touchant la perpétration d'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale.

[58] La théorie des objets bien en vue de la common law et les dispositions législatives de l'art. 489 constituent deux exceptions à la règle générale suivant laquelle une fouille ou une perquisition sans mandat est abusive et constitue, par conséquent, une violation de l'art. 8. Certains ont avancé l'idée que l'art. 489 codifiait la théorie des objets bien en vue. Je constate que le juge Borins a exprimé des doutes à cet égard dans l'arrêt *F. (L.)*, par. 22. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce, je ne suis pas non plus persuadé que ce soit le cas (voir également *R. v. B. (E.)*, [2011] O.J. No. 1042, 2011 ONCA 194, par. 75-78).

[59] La question de savoir si la théorie des objets bien en vue devait s'appliquer dans des circonstances comportant une fouille d'ordinateur a longuement été débattue. Le débat a porté sur le caractère attentatoire des fouilles d'ordinateurs et sur le fait que celles-ci ne cadrent pas très bien avec les concepts traditionnels de fouille, de perquisition et de saisie et avec la technologie informatique. Dans le jugement *R. v. Bishop*, [2007] O.J. No. 3806, 2007 ONCJ 441, par exemple, le juge R.D. Clarke a donné un exemple qui est le contraire de celui-ci, en évoquant l'hypothèse dans laquelle les policiers sont à la recherche d'éléments de preuve de pornographie juvénile, mais tombent sur des preuves relatives à une fraude par ailleurs inconnue. Au paragraphe 37, il fait observer que [TRADUCTION] « il semblerait que les policiers pourraient invoquer la théorie des objets bien en vue pour justifier leur intervention », mais a également souligné qu'il y avait, selon lui, [TRADUCTION] « de bonnes raisons de se demander si un tel argument pourrait prospérer ». Il a poursuivi en exprimant ainsi ses réserves, par. 38-39 :

[TRADUCTION]

La fouille et la saisie de dispositifs de stockage de masse mettent à l'épreuve le caractère « raisonnable » de la théorie des objets bien en vue lorsqu'on l'applique dans le contexte des enquêtes sur les délits informatiques. Les fouilles pouvant se justifier exigent souvent un examen approfondi de toutes les données du disque dur. Lorsque les circonstances de l'enquête justifient une fouille d'une portée aussi large — par exemple, lorsque la preuve indique que la personne visée par la fouille a utilisé des contre-mesures pour dissimuler des données saisissables ou les a déguisées sous forme d'autres fichiers —, aucun problème ne devrait se poser.

Cependant, lorsque les policiers saisissent et examinent systématiquement tous les éléments du disque dur, tout en sachant que seul un petit pourcentage est susceptible d'être autorisé par le mandat, des questions constitutionnelles sont alors en jeu. Pour autant que je sache, ces questions ne sont toujours pas réglées.

[60] Un débat semblable a lieu aux États-Unis. L'arrêt *United States of America v. Comprehensive Drug Testing Inc.*, 579 F.3d 989 (9th Cir. 2009), révisé 621 F.3d 1162 (9th Cir. 2010), est peut-être le meilleur exemple de cet enjeu. Dans cette affaire, le gouvernement fédéral menait une enquête sur l'utilisation de stéroïdes par des joueurs de baseball professionnels. La Major League Baseball Players Association a accepté que les joueurs soumettent des échantillons d'urine aux seules fins de déterminer le pourcentage de résultats positifs, les résultats eux-mêmes devant rester confidentiels. Or, constatant que dix joueurs avaient obtenu un résultat positif, le gouvernement a obtenu un mandat en vue d'obtenir des renseignements auprès des entités privées qui avaient recueilli les échantillons et les résultats. Comprehensive Drug Testing Inc. était l'une de ces entités. Les mandats se limitaient à l'obtention de renseignements concernant les dix joueurs qui, selon toute vraisemblance, avaient consommé des stéroïdes. Toutefois, le gouvernement a saisi et examiné les dossiers de dépistage de drogues de centaines de joueurs et de nombreuses autres personnes stockés dans les ordinateurs des entreprises qui avaient effectué les tests de dépistage. Les mandats ont été invalidés et les biens saisis ont été rendus.

[61] Le gouvernement a obtenu gain de cause dans son appel initial à la cour du neuvième circuit, mais les juges de cette cour ont accepté de réexaminer l'affaire en formation plénière. À l'issue de l'audience tenue en formation plénière, les juges étaient divisés sur la question de savoir si l'État devait être en mesure d'invoquer la théorie des objets bien en vue dans des cas de fouille d'ordinateur. La cour a d'ailleurs pris la décision inhabituelle de publier un an plus tard une opinion révisée rédigée par une formation plénière, dans laquelle elle semblait avoir assoupli son point de vue initial — majoritaire — suivant lequel le gouvernement devait [TRADUCTION] « renoncer à invoquer la théorie des objets bien en vue ou toute autre doctrine semblable lui permettant de conserver des données auxquelles il a eu accès uniquement parce qu'il avait l'obligation de séparer les données saisissables des données insaisissables » (p. 998, F.3d). Suivant un raisonnement rappelant quelque peu celui suivi par le juge Fish dans l'arrêt *Morelli*, les juges majoritaires ayant formulé la première opinion de la formation de jugement ont justifié leur point de vue en définissant comme suit les risques, aux p. 998, 1004 et 1005, F.3d :

[TRADUCTION]

L'objectif des procédures de type *Tamura* [voir la note 5 ci-après] est de préserver la confidentialité des documents qui sont mêlés avec des documents saisissables et d'éviter de transformer une fouille limitée visant à obtenir des renseignements particuliers en une fouille générale des systèmes de fichiers de bureau et de bases de données informatiques. Si le gouvernement ne peut avoir la certitude que des données ne sont pas cachées, comprimées, effacées ou piégées sans examiner attentivement le contenu de chaque fichier — et nous n'avons aucune objection à cette proposition générale —, alors tout ce que le gouvernement décide de saisir devra nécessairement, selon cette théorie, être bien en vue. Puisque les représentants du gouvernement décident en fin de compte de la quantité à saisir, ils seront ainsi fortement incités à saisir plus d'objets que moins : pourquoi s'arrêter à la liste de tous les joueurs de baseball quand on peut saisir le répertoire Tracey au complet ? Pourquoi seulement ce répertoire et non tout le disque dur ? Pourquoi seulement cet ordinateur et pas celui de la pièce voisine ou de la pièce suivante ? Vous ne trouvez pas l'ordinateur ? Saisissez les disques zip se trouvant sous un lit dans la pièce où aurait pu se trouver l'ordinateur... On ramène toutes les preuves au laboratoire, on jette un bon coup d'œil et on essaie de voir ce sur quoi on pourrait tomber. [Voir la note 6 ci-après.]

[62] La majorité développe ensuite ce thème général, aux pages 1004 et 1005, F.3d :

[TRADUCTION]

Le problème peut être énoncé très simplement : il n'existe aucun moyen de savoir ce que contient exactement un fichier électronique sans en examiner le contenu d'une manière ou d'une autre, soit en l'ouvrant et en prenant connaissance de son contenu, soit en utilisant un logiciel de criminalistique spécialisé, soit en effectuant une recherche par mots-clés ou en utilisant une autre technique de ce genre. Mais les fichiers électroniques se trouvent généralement sur des supports qui contiennent également des milliers ou des millions d'autres fichiers parmi lesquels les données recherchées peuvent être stockées ou dissimulées. Forcément, les mesures prises par le gouvernement pour localiser des fichiers particuliers nécessiteront l'examen d'un grand nombre d'autres fichiers pour exclure la possibilité que les données recherchées y soient dissimulées.

Mais une fois qu'un fichier a été examiné, le gouvernement peut prétendre — comme il l'a fait en l'espèce — que son contenu est bien en vue et que, si son contenu est incriminant, il peut le garder. L'autorisation de procéder à une fouille à la recherche de certains fichiers informatiques devient dès lors une fouille permettant de rechercher tous les fichiers se trouvant dans le même sous-répertoire et tous les fichiers d'un répertoire connexe, d'un disque dur voisin, d'un ordinateur proche ou d'un support de stockage proche. Lorsque les ordinateurs ne sont pas proches les uns des autres, mais qu'ils sont connectés électroniquement, la fouille initiale peut justifier l'examen de fichiers dans des ordinateurs situés à plusieurs kilomètres de distance, sur la base de la théorie selon laquelle des données électroniques incriminantes auraient pu y être transportées et dissimulées.

[63] Cependant, les tribunaux américains n'ont pas tous avalisé la conception de la théorie des objets bien en vue préconisée dans l'arrêt *Comprehensive Drug Testing Inc.* Par exemple, l'affaire *United*

States v. Williams, précitée, portait sur une fouille autorisée en vue de trouver des éléments de preuve de crimes de menaces et de harcèlement informatiques, au cours de laquelle des preuves de pornographie juvénile avaient été découvertes et saisies. Pour confirmer la validité de la saisie, la cour d'appel du quatrième circuit a défini en quoi consistait la bonne application de cette théorie dans le contexte d'une fouille d'ordinateur, en l'expliquant de la manière suivante (p. 522, F.3d) :

[TRADUCTION]

Dès lors qu'on accepte qu'une fouille d'ordinateur doive implicitement autoriser à tout le moins un examen sommaire de chaque fichier de l'ordinateur, il est facile de satisfaire au critère permettant d'appliquer l'exception relative aux objets bien en vue. D'abord, l'agent qui a la possession légale de l'ordinateur et des supports électroniques et qui est légalement autorisé à procéder à une fouille se trouve légalement dans le lieu où les éléments de preuve peuvent être observés, ce qui satisfait au premier volet de l'exception relative aux objets bien en vue. Ensuite, l'agent qui est autorisé à fouiller l'ordinateur et les supports électroniques en vue de trouver des éléments de preuve de crimes et qui est par conséquent également autorisé à ouvrir et à consulter les fichiers qu'il contient, ne serait-ce que sommairement, afin de voir si l'un de ces fichiers répond aux conditions du mandat, possède un « droit légal d'accès » à tous les fichiers, ne serait-ce que momentanément. Enfin, lorsque le policier tombe sur de la pédopornographie, il devient « immédiatement apparent » que la possession de ces éléments par le propriétaire de l'ordinateur est illégale et incriminante. Ainsi, dans le cas qui nous occupe, toute pornographie juvénile vue sur l'ordinateur ou sur un support électronique peut être saisie en vertu de l'exception relative aux objets bien en vue. (Souligné dans l'original; renvois omis.)

[64] Dans le débat exposé précédemment, je préfère l'opinion générale énoncée par la cour du quatrième circuit. Comme je l'ai déjà indiqué, la cour en question a adopté l'approche de l'« examen sommaire » proposée dans l'affaire *Manley*, précitée, dans laquelle des policiers avaient procédé à une fouille superficielle d'un téléphone cellulaire saisi accessoirement à une arrestation. De plus, je ne crois pas que l'on puisse dire que, parce que les informations contenues dans un ordinateur ne sont pas visibles à l'œil nu, mais nécessitent l'utilisation d'un logiciel pour y accéder, il ne s'agit pas d'« objets bien en vue ». Une fois que le fichier est ouvert par le programmeur informatique à l'aide du logiciel, son contenu peut être lu, de sorte que la théorie des « objets bien en vue » entre en jeu, comme le tribunal l'a signalé dans l'arrêt *Williams*.

[65] En l'espèce, je suis convaincu que le ministère public n'a pas violé l'art. 8 en utilisant les preuves de pornographie juvénile trouvées dans les fichiers d'images découverts au cours de la fouille initiale, qui visait en l'espèce à trouver des preuves de fraude. Le sergent Rimnyak examinait légalement les fichiers d'images en vertu du mandat lorsqu'il a inopinément vu des images qu'il a facilement reconnues comme étant des images de pornographie juvénile. Sa détection des images de pornographie juvénile satisfaisait donc à toutes les exigences de la théorie des objets bien en vue et de l'art. 489 du *Code criminel*. Il avait le droit de les saisir.

[66] Toutefois, pour plusieurs raisons, on ne peut en dire autant des images vidéo de pornographie juvénile.

[67] Tout d'abord, les fichiers vidéo n'étaient pas des objets « bien en vue » lors de la découverte des fichiers d'images de pornographie juvénile et, même si la théorie des objets bien en vue autorisait le

sergent Rimnyak à saisir ces fichiers d'images, comme nous l'avons déjà indiqué, elle ne l'autorisait pas à procéder à une autre fouille exploratoire en vue de découvrir d'autres éléments de preuve de pornographie juvénile. Ensuite, les vidéos n'ont pas été découverts par inadvertance ou de façon inopinée lors de la fouille ultérieure qu'il a effectuée. Le sergent Rimnyak pensait qu'il pouvait trouver d'autres preuves de pornographie juvénile s'il procédait à une autre fouille, et il s'est délibérément mis à la recherche de telles preuves. La théorie des objets bien en vue ne s'appliquait donc pas. Enfin, permettre l'application de la théorie des objets bien en vue dans de telles circonstances reviendrait à courir le risque de permettre une saisie d'une portée excessive, un risque auquel les fouilles de supports électroniques sont particulièrement susceptibles de donner lieu et contre lequel les tribunaux doivent se prémunir (voir *Bishop*, précité).

[68] Dans la communication intitulée « Applying Section 8 in the Digital World: Seizures and Searches » qu'il a donnée lors du septième programme annuel intitulé « Six-Minute » organisé par le Barreau du Haut-Canada à l'intention des avocats de la défense, M^e Alan Gold a évoqué avec justesse les dangers associés à une application aveugle de la théorie des objets bien en vue dans le monde informatique, et notamment le problème des saisies qui ratissent trop large. Voici ce qu'il dit, à la p. 3-2 :

[TRADUCTION]

La saisie dont la portée est excessive est un problème particulièrement grave dans le contexte numérique parce que, de par sa nature même, un ordinateur renferme des quantités considérables d'informations sur des sujets et des questions aussi diverses que peut l'être la vie de son propriétaire. De plus, la théorie des objets « bien en vue » pourrait avoir un champ d'application beaucoup plus large si le policier est autorisé à fouiller tous les coins et recoins de l'ordinateur. Les informations contenues dans un ordinateur n'existent pas sous une forme accessible à l'œil humain sans utiliser l'ordinateur lui-même, et le fait même d'utiliser l'ordinateur peut permettre, voire exiger que les forces de l'ordre aient accès à certaines informations et données en dehors du cadre du mandat de fouille et de perquisition. À bien des égards, un mandat autorisant la fouille d'un ordinateur s'apparente beaucoup aux anciens mandats généraux ou aux mandats de main-forte qui autorisaient les fouilles et perquisitions en général.

[69] Plusieurs tribunaux américains ont exprimé des points de vue semblables (voir, par exemple, *United States of America v. Carey*, 172 F.3d 1268 (10th Cir. 1999), p. 1273 F.3d (policier trouvant des preuves de pédopornographie alors qu'il recherchait des preuves de trafic de drogue); *United States of America v. Turner*, 169 F.3d 84 (1st Cir. 1999), p. 88 F.3d (policier trouvant des preuves de pornographie juvénile alors qu'il recherchait des preuves relatives à une agression sexuelle); *United States v. Comprehensive Drug Testing Inc.*, précité (preuves de consommation de stéroïdes par un grand nombre de joueurs de baseball des Ligues majeures et consommation par de nombreux autres joueurs découverte alors que l'on recherchait la preuve d'utilisation de stéroïdes par les dix joueurs pour lesquels il existait des motifs raisonnables et probables).

[70] Pour ces motifs, je refuse d'élargir la portée de la théorie des objets bien en vue pour justifier en l'espèce la saisie effectuée par les policiers et l'utilisation subséquente par le ministère public des fichiers vidéo découverts ultérieurement.

[71] L'article 489 du *Code criminel* n'est pas non plus utile à cet égard. Pour les besoins de la présente affaire, sa portée se limite également à la découverte des fichiers d'images.

[72] Il existe très peu de jurisprudence portant sur l'art. 489. Dans l'arrêt *F. (L.)*, par. 27, le juge Borins a conclu, après un bref examen de cet article :

[TRADUCTION]

[...] le pouvoir de saisie autorisé par [les paragraphes (1) et (2)] se limite nécessairement à ce que les policiers trouvent dans le cadre de l'exécution d'un mandat de fouille ou de perquisition valide en vertu du paragraphe (1) ou à ce que découvre l'agent qui se trouve légalement en un endroit conformément au paragraphe (2). Par conséquent, interprété dans son ensemble, l'art. 489 autorise les policiers à saisir légalement les objets qu'ils trouvent dans les circonstances précisées aux paragraphes (1) et (2).

[73] Le pouvoir conféré par l'art. 489 repose implicitement sur la prémisse que le policier est tombé sur quelque chose ou a vu quelque chose à l'occasion d'une fouille légale. Le policier doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire que l'objet en question « est de nature à prouver » un crime [voir la note 7 ci-après]. Pour les motifs susmentionnés, le sergent Rimnyak n'a pas vu ou découvert par hasard les fichiers vidéo au cours de sa fouille et de sa saisie initiales de l'ordinateur. Tout comme la théorie des objets bien en vue, l'art. 489 confère aux forces de l'ordre un droit de saisie. Il ne leur donne pas le droit de procéder à une fouille en vue de chercher d'autres preuves.

[74] L'article 489 ne s'applique donc pas.

Le paragraphe 24(2)

[75] J'en viens à la conclusion que la saisie des fichiers d'images contenant de la pornographie juvénile ne constituait pas une violation des droits garantis à l'intimé par l'art. 8 de la *Charte*. Il s'ensuit que ces fichiers d'images sont admissibles et qu'aucune question relative au par. 24(2) ne se pose à leur égard. Toutefois, étant donné les conclusions contraires concernant la saisie des fichiers vidéo contenant de la pornographie juvénile, il y a lieu d'examiner la décision de la juge du procès d'exclure ces éléments de preuve en vertu du par. 24(2).

[76] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* dispose :

24(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[77] Les principes à appliquer pour déterminer si un élément de preuve devrait être exclu en vertu du par. 24(2) ont récemment été reformulés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Grant*, précité, par. 67-71. En résumé, le tribunal doit prendre en compte : (1) la gravité de l'atteinte aux droits de l'accusé garantis par la *Charte*, (2) l'incidence de la violation quant aux droits de l'accusé protégés par la *Charte*; (3) l'intérêt de la société à ce que les affaires pénales soient jugées sur le fond. Si, en appliquant correctement ces principes et en tenant compte de toutes les circonstances, il est convaincu que l'admission de ces éléments de preuve est susceptible à long terme de déconsidérer

l'administration de la justice, le tribunal est tenu d'écarter les éléments de preuve entachés. Il s'agit d'une décision discrétionnaire qui commande généralement un degré élevé de déférence.

[78] En l'espèce, la juge du procès a tenu compte des bons principes. Toutefois, à mon humble avis, sa décision d'exclure les éléments de preuve relatifs à la pornographie juvénile est entachée de deux erreurs importantes. Sa conclusion selon laquelle le conseil que le ministère public a donné aux policiers de procéder sans mandat supplémentaire était, entre autres choses [TRADUCTION] « désinvolte ou irréfléchi » était, à mon avis, inutile et injustifiée au vu du dossier. De plus, sa constatation, fondée sur cette conclusion, selon laquelle l'erreur du ministère public illustre l'existence d'un problème systémique ou d'une faille du système n'est étayée par aucune preuve.

[79] Lorsque la décision d'exclure des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) [TRADUCTION] « est entachée d'une erreur de principe ou d'une interprétation erronée d'éléments de preuve importants ou est fondée sur une appréciation déraisonnable de la preuve, l'exclusion de la preuve qui en a résulté constitue une erreur de droit dont le ministère public peut interjeter appel » (*R. v. Harris* (2007), 2007 ONCA 574 (CanLII), 87 O.R. (3d) 214, [2007] O.J. No. 3185, 225 C.C.C. (3d) 193 (C.A.), par. 51). Autrement dit, lorsqu'elle est fondée sur de telles erreurs, la décision prise sur le fondement du par. 24(2) n'a plus droit à la déférence considérable que commande normalement une telle décision, et la juridiction d'appel peut reprendre depuis le début l'analyse fondée sur le par. 24(2). C'est bien le cas en l'espèce. Je vais toutefois commencer par examiner les erreurs que je viens de signaler.

[80] La juge du procès s'est laissée empêtrer inconsciemment, je crois, par sa critique exagérée de l'avis donné par le ministère public. Son opinion selon laquelle le conseil donné par le ministère public était [TRADUCTION] « désinvolte ou irréfléchi », ou à tout le moins qu'il avait été donné de façon imprudente ou négligente, et qu'il témoignait d'un [TRADUCTION] « mépris manifeste » pour les droits garantis à l'intimé par l'art. 8 était tout simplement, à mon humble avis, sans fondement au vu du dossier. L'origine de ce point de vue sur l'avis du ministère public semble être double : la juge du procès a estimé que l'avis était erroné, et elle a été particulièrement influencée par le fait que ni le sergent Rimnyak ni M^e Kelly n'ont pris de notes de leur conversation.

[81] Je dois avouer que la pertinence de ce dernier fait m'échappe, mais il semble qu'il ait acquis une importance particulière en l'espèce. Nul ne conteste que M^e Kelly a donné aux agents le feu vert qu'on affirme qu'il a donné. Quel autre aspect de cette conversation était important à ces fins (compte tenu par ailleurs du fait que la conversation pouvait fort bien être de toute façon protégée par le secret professionnel de l'avocat ou du client)? Les policiers voulaient seulement savoir s'ils devaient ou non poursuivre leur examen. On ne s'attendait sûrement pas à ce que M^e Kelly fasse une thèse de droit au sergent Rimnyak et à la caporale Herrington sur les avantages et les inconvénients soupesés dans la jurisprudence dont il avait tenu compte pour en arriver à sa recommandation, et prendre des notes au sujet de cette thèse. Bien qu'il eût été préférable qu'il prenne des notes au sujet de la discussion, comme l'indiquaient les lignes directrices du ministère public, je ne vois pas en quoi cette omission tire à conséquence dans ces circonstances. Si la teneur des conseils donnés était en cause, ce serait peut-être différent. Mais ce n'est pas le cas.

[82] M^e Kelly a affirmé qu'il avait donné aux policiers [TRADUCTION] « le meilleur conseil en ce qui concerne la fouille d'ordinateurs [qu'il était] en mesure de donner, compte tenu de l'état du droit à l'époque ». La juge du procès n'a pas conclu qu'elle n'acceptait pas ce témoignage. En fait, elle n'y a pas fait référence.

[83] M^e Ives admet que [TRADUCTION] « les règles de droit générales sur les fouilles et les perquisitions informatiques étaient et demeurent incertaines », mais elle affirme que [TRADUCTION] « l'inapplicabilité de la théorie des objets bien en vue aux fichiers vidéo était évidente » [voir la note 8 ci-après]. Bien que je conclue que la théorie des objets bien en vue ne pouvait justifier la saisie de ces fichiers, je ne crois pas que la conclusion suivant laquelle les policiers avaient le droit d'agir sans avoir obtenu un autre mandat était à ce point « évidente » au moment où le ministère public a donné son opinion (ni, de fait, avant que la juge du procès ne rende sa décision).

[84] L'avis a été donné en novembre 2005. À l'époque, la décision rendue par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *R. v. Weir*, précitée, et la décision rendue par la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Lefave*, [2003] O.J. No. 3861, [2003] O.T.C. 872 (C.S.J.) appuyaient quelque peu l'avis donné par M^e Kelly. Dans l'affaire *Weir*, les policiers étaient munis d'un mandat leur permettant de saisir un ordinateur et ils l'avaient saisi. Sans imposer de limite à l'extraction ou à l'analyse des données qui étaient permises, le tribunal a simplement dit, au par. 19, que [TRADUCTION] « [d]ès lors que l'unité centrale de traitement a été régulièrement saisie, les informations qu'elle renferme pouvaient être extraites à une date ultérieure » (non souligné dans l'original). Dans l'affaire *Lefave*, des policiers ont saisi un ordinateur portable accessoirement à l'arrestation d'une personne accusée d'avoir proféré des menaces sur Internet, et en fouillant l'ordinateur, ils ont trouvé des preuves de pornographie juvénile. Ils ont demandé conseil au ministère public, qui leur a dit qu'ils pouvaient intervenir sans mandat. Le juge Dunn a confirmé la validité de cet avis en concluant qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 8, en se fondant pour ce faire sur la théorie des objets bien en vue.

[85] À l'époque, aucun arrêt n'avait été rendu par une cour d'appel en ce qui concerne l'application de la théorie des objets bien en vue ou de l'art. 489 du *Code criminel* en matière de fouilles et de perquisitions informatiques. L'arrêt *Morelli* n'avait pas encore été rendu, pas plus que les décisions américaines *United States v. Comprehensive Drug Testing Inc.* ou *United States v. Williams*, susmentionnées. Même plus tard, en 2007, le juge Clarke de la Cour de justice de l'Ontario a reconnu que [TRADUCTION] « les fouilles acceptables pouvant se justifier exigent souvent un examen approfondi de toutes les données du disque dur » et a fait observer que l'on ignorait encore quelles limites devaient être imposées à ce type de fouille (*Bishop*, par. 38-39). Et, dans le jugement *Giles*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a autorisé la fouille de tout le contenu d'un BlackBerry saisi accessoirement à une arrestation, au motif que [TRADUCTION] « l'appareil est inutile sans son contenu » et que [TRADUCTION] « après avoir été saisi en vue d'être utilisé dans le cadre d'une enquête criminelle, un objet peut faire l'objet d'une analyse technique pour permettre aux policiers d'en déterminer la valeur probante » (par. 56-57).

[86] Bien que le droit ait évolué au point où l'avis donné par le ministère public en l'espèce s'est révélé erroné, il ne s'ensuit pas que cela aurait dû être « évident » dès le départ et que l'avis du ministère public avait été donné de façon négligente ou insouciant ou qu'il témoignait d'un mépris délibéré à l'égard des droits garantis à l'intimé par la *Charte*. Au contraire, l'avis bénéficiait d'un certain appui dans la jurisprudence et ne pouvait pas être considéré comme déraisonnable à l'époque, selon moi. Il s'est révélé tout simplement inexact.

[87] Par conséquent, bien que l'avis donné par le ministère public ait pu être « discutable », en ce sens qu'il s'est finalement révélé erroné dans les circonstances, la conclusion selon laquelle il était [TRADUCTION] « désinvolte ou irréfléchi » ou à tout le moins, qu'il avait été donné de façon négligente, et

qu'il témoignait d'un « mépris délibéré » à l'égard des droits garantis à l'intimé par l'art. 8 est tout simplement déraisonnables au vu du dossier.

[88] La juge du procès a aggravé son erreur sur ce point en passant de son opinion selon laquelle l'avis du ministère public était [TRADUCTION] « désinvolte ou irréfléchi » à la conclusion qu'il illustre une faille systémique au sein du bureau du ministère public. Rien ne lui permettait de sauter à cette conclusion. Le ministère public avait publié des lignes directrices en ce qui concerne les consultations entre les procureurs de la Couronne et les policiers au sujet des mandats (même si sa directive concernant la prise de notes n'a pas été suivie en l'espèce). Les policiers ont consulté un procureur principal de la Couronne qui possédait une vaste expérience dans le domaine. Rien dans le dossier n'indique que serait survenue une autre situation — et encore moins des incidents répétés qui justifieraient l'emploi du mot « systémique » — dans laquelle l'avis donné par le ministère public dans de telles circonstances a été jugé inadéquat (en fait, dans l'affaire *LeFave*, il semble que le tribunal en ait reconnu la validité).

[89] Pourtant, la juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « l'erreur qui s'est produite indique qu'il existe un problème systémique ou une faille du système ». Elle a ajouté presque du même souffle que [TRADUCTION] « les failles du système constituent précisément le type de problème que vise le par. 24(2) » pour conclure, en fin de compte que, sans être des plus extrêmes, la violation constituait [TRADUCTION] « malgré tout une grave atteinte » aux droits garantis à l'intimé par l'art. 8.

[90] Ces opinions erronées ont amené la juge du procès à exclure les éléments de preuve. Ces opinions ont joué un rôle déterminant tant en ce qui concerne son appréciation de la gravité de l'atteinte aux droits de l'accusé garantis par la *Charte* (le premier facteur de l'arrêt *Grant*) qu'en ce qui a trait à la pondération finale des trois facteurs pour décider si l'admission des éléments de preuve contestés déconsidérerait l'administration de la justice. Comme ces opinions ont entaché les conclusions de la juge du procès sur le plan des principes, nous devons reprendre l'analyse du par. 24(2). Après avoir tenu compte de tous les facteurs et de l'ensemble des circonstances de l'espèce, j'arrive à une conclusion différente de celle de la juge du procès. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de ne pas exclure de la preuve les fichiers vidéo contenant de la pornographie juvénile.

La gravité de la violation

[91] J'admets que la violation de la *Charte* était assez grave, compte tenu de l'attente élevée en matière de vie privée dont la jurisprudence démontre qu'une personne jouit à l'égard du contenu de son ordinateur (voir *Morelli*, par. 1 et 99). Cela dit, je ne suis pas d'accord pour dire que la fouille constituait une violation aussi flagrante que ce que la juge de première instance a laissé entendre.

[92] Au vu du dossier, on ne saurait affirmer que les policiers n'ont pas agi de bonne foi. Le sergent Rimnyak a cherché méticuleusement à obtenir le conseil dont il avait besoin avant d'agir. Il a d'abord demandé à la policière chargée de l'enquête, la caporale Herrington, de se renseigner auprès du ministère public, et même lorsque la caporale Herrington lui a indiqué qu'il était en droit de procéder à une fouille exhaustive, il est retourné auprès du ministère public et a parlé à M^e Kelly lui-même pour s'assurer que l'on comprenait bien le caractère technique de ce qui était en cause. Les policiers, qui s'étaient d'abord présentés munis d'un mandat, ont estimé qu'ils étaient légalement autorisés à poursuivre la fouille sans avoir à obtenir un nouveau mandat.

[93] Pour les motifs qui ont été exposés, je ne suis pas d'accord pour dire que le ministère public a agi de mauvaise foi. Je ne crois d'ailleurs pas que, simplement parce que l'avis du ministère public s'est révélé inexact en droit plusieurs années plus tard, le ministère public n'agissait pas de bonne foi. Il arrive tous les jours que des avis juridiques sont formulés et se révèlent non fondés lorsque la question visée par l'avis fait l'objet d'un procès. Il ne s'ensuit pas que les auteurs de ces avis n'étaient pas de bonne foi lorsqu'ils les ont formulés.

[94] Même si, comme je l'ai dit, l'atteinte était assez grave, elle s'apparente davantage à l'atteinte décrite par le juge Fish dans l'arrêt *Morelli*, par. 99 :

Premièrement, la conduite de l'État qui a enfreint la *Charte* en l'espèce était la perquisition de la maison de l'accusé et la saisie de son ordinateur personnel, de l'ordinateur portable de sa conjointe, de plusieurs bandes vidéo et d'autres objets. La perquisition et la saisie étaient injustifiées, mais elles ont été effectuées conformément à un mandat de perquisition, par des policiers qui croyaient agir en vertu d'un pouvoir légitime. Les policiers qui ont effectué la perquisition n'ont pas violé la *Charte* délibérément, ni même par négligence. Ces considérations favorisent l'admission de la preuve. À cet égard, la perquisition et la saisie ne peuvent être considérées comme particulièrement odieuses.

[95] Le facteur de la gravité de l'atteinte milite en faveur de l'admission des éléments de preuve en l'espèce.

L'incidence de la violation

[96] La violation a toutefois eu une incidence considérable sur les droits de l'intimé protégés par la *Charte*. En ce qui concerne ce volet de l'analyse, l'atteinte qui a été portée à l'attente raisonnable de l'intimé en matière de respect de sa vie privée à l'égard des parties du contenu de l'ordinateur que les policiers n'avaient pas le droit de fouiller revêt une importance particulière. Les attentes raisonnables sont très élevées. Par conséquent, toute violation est très grave.

[97] J'ai déjà rejeté l'argument du ministère public suivant lequel une personne perd toute attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard d'un ordinateur dès lors que — comme dans le cas d'un objet matériel — l'objet est légalement saisi. Les ordinateurs sont très différents, comme la jurisprudence l'a démontré. Je n'accepte pas non plus que les attentes en matière de protection de la vie privée soient considérablement réduites en ce qui concerne les éléments du contenu de l'ordinateur que les policiers n'ont pas le droit d'examiner, en raison d'une saisie légale antérieure de l'ordinateur permettant aux policiers de fouiller d'autres parties de son contenu. Un individu ne perd pas son attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans les parties d'une maison où les policiers ne sont pas légalement autorisés à perquisitionner. Le contenu des ordinateurs n'est pas différent à ces fins, à mon avis.

[98] Par conséquent, l'incidence de la violation des droits garantis par l'art. 8 de la *Charte* à l'intimé est importante en l'espèce. Ce facteur milite en faveur de l'exclusion des éléments de preuve.

L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée sur le fond

[99] En ce qui concerne le troisième volet de l'analyse de l'arrêt *Grant*, l'intérêt de la société à ce que des allégations d'actes criminels très graves soient jugées sur le fond est également élevé. Les éléments

de preuve en question sont importants pour la cause du ministère public, même si ce dernier pourra toujours déposer des accusations en se fondant sur les fichiers d'images saisis. Les éléments de preuve sont concrets, ils ne mobilisent pas l'intimé contre lui-même et ils sont fiables.

[100] Ces facteurs militent en faveur de la décision de ne pas exclure les éléments de preuve au procès.

Pondération des critères

[101] En définitive, la démarche de l'arrêt *Grant* oblige à décider si l'admission des éléments de preuve contestés déconsidérerait l'administration de la justice. C'est la vision à long terme de cette notion qui compte, et non la réaction inconsidérée de la société face à un cas particulier. Ainsi que la juge en chef McLachlin et la juge Charron l'ont fait observer dans l'arrêt *Grant*, par. 68 :

L'expression « déconsidérer l'administration de la justice » doit être prise dans l'optique du maintien à long terme de l'intégrité du système de justice et de la confiance à son égard. Certes, l'exclusion d'éléments de preuve qui aboutit à un acquittement peut provoquer des critiques sur le coup. Il n'en demeure pas moins que les réactions immédiates, dans des cas particuliers, ne sont pas visées par l'objet du par. 24(2). Cette disposition concerne plutôt l'appréciation de l'effet à long terme de l'utilisation d'éléments de preuve sur la considération globale dont jouit le système de justice [...].

[102] À mon avis, deux des trois critères de l'arrêt *Grant* militent en faveur de la non-exclusion des fichiers vidéo. La pondération des facteurs applicables ne se résume pas à un exercice mathématique. Je suis toutefois convaincu, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, que l'administration de la justice serait davantage déconsidérée, à long terme, si les fichiers vidéo étaient exclus de la preuve plutôt qu'inclus dans celle-ci. Les policiers ont agi de bonne foi tout au long du processus, croyant qu'ils avaient le droit légitime de poursuivre leur fouille de l'ordinateur. Bien que l'avis du ministère public se soit finalement révélé inexact, le ministère public a agi de bonne foi. Les crimes liés à la pornographie juvénile sont parmi les plus odieux aux yeux de la société. L'intérêt de la société à ce que ces accusations soient jugées sur le fond à la lumière de preuves importantes, fiables et concrètes disponibles est très élevé.

[103] Après avoir mis en balance tous ces facteurs, je suis d'avis de ne pas exercer le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'exclure les éléments de preuve de pornographie juvénile contenus dans les fichiers vidéo saisis en violation des droits garantis à l'intimé par l'art. 8 de la *Charte*.

Dispositif

[104] Pour les motifs qui ont été exposés, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le verdict d'acquiescement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[105] En terminant, je tiens à remercier les avocats pour leur plaidoyer et leurs documents utiles dans cette affaire difficile.

L'appel est accueilli.

Notes

Note 1 : Mémoire de l'appelante, par. 4 et 59.

Note 2 : Le vendeur de la motocyclette.

Note 3 : Les témoins ont établi une distinction entre les « fichiers d'images » et les « fichiers vidéo » aux fins de la présente instance. En adoptant cette terminologie dans ces motifs, je ne veux pas laisser entendre qu'il n'est pas possible que des fichiers vidéo contiennent des images d'un point de vue technique.

Note 4 : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32 (CanLII), [2009] 2 R.C.S. 353, [2009] A.C.S. n° 32, par. 67-71.

Note 5 : *United States of America v. Tamura*, 694 F.2d 591 (9th Cir. 1982), p. 595-596 F.2d. Dans l'arrêt *Tamura*, la Cour a jugé que lorsque des documents pertinents sont mêlés avec des documents non pertinents, la police doit franchir une étape intermédiaire en procédant au tri des divers types de documents, pour ensuite ne fouiller que ceux qui sont précisés dans un mandat. Lorsque les policiers tombent sur des documents pertinents qui sont mêlés à des documents non pertinents au point où il est impossible de les trier sur place, ils peuvent sceller ou retenir les documents en attendant l'approbation par un magistrat des conditions et des restrictions qui assortiront toute fouille ultérieure des documents. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de trancher la question de savoir si une démarche comportant une étape intermédiaire devrait être adoptée par les tribunaux de notre province.

Note 6 : Ce passage et celui qui suit ont également été repris par les juges majoritaires dans leur opinion ainsi que dans la décision révisée rendue par la formation plénière.

Note 7 : Le libellé pertinent [de l'art. 489] est le suivant : « toute chose qu[e] [l'agent de la paix ou le fonctionnaire public] croit, pour des motifs raisonnables » être visée par les al. a) à c). En l'espèce, l'alinéa le plus pertinent est l'al. c) : toute chose qui « [peut] servir de preuve touchant la perpétration d'une infraction » au *Code criminel* ou à toute autre loi fédérale.

Note 8 : Mémoire de l'intimé, al. 55c).