

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

90-21-CA

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

MITCHELL LUI

MITCHELL LUI

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. Lui, 2022 NBCA 28

R. c. Lui, 2022 NBCA 28

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
July 29, 2021

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 29 juillet 2021

**A Publication Ban in this matter was issued by
the Court of Queen's Bench on February 17,
2021. It remains in effect.**

**Le 17 février 2021, la Cour du Banc de la Reine
a rendu en l'espèce une ordonnance de
non-publication qui est toujours en vigueur.**

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
[2021] N.B.J. No. 230

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2021] A.N.-B. n° 230

Appeal heard and judgment rendered:
May 19, 2022

Appel entendu et jugement rendu :
le 19 mai 2022

Reasons delivered:
October 20, 2022

Motifs déposés :
le 20 octobre 2022

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Patrick McGuinty and Joanne Park

Pour l'appelant :
Patrick McGuinty et Joanne Park

For the respondent:
George E. Kalinowski and Brian Douglas Munro

Pour l'intimé :
George E. Kalinowski et Brian Douglas Munro

THE COURT

On May 19, 2022, we allowed the appeal, vacated the judge's order, and ordered a new trial with reasons to follow. These are those reasons.

LA COUR

Le 19 mai 2022, nous avons accueilli l'appel, annulé l'ordonnance du juge et ordonné la tenue d'un nouveau procès, le tout avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

The judgment of the Court was delivered by

THE COURT

I. Introduction

[1] A judge of the Court of Queen’s Bench erred when, at the culmination of a *voir dire* in which Mitchell Lui was seeking an order of disclosure, the judge ordered the prosecution (“the Crown”) to turn over to Mr. Lui the cellular phones, and any associated SD or memory cards, of six witnesses. Among these witnesses was the mother of the two-year-old girl Mr. Lui was accused of having sexually assaulted. Having been ordered to produce items it never possessed and over which it had no control, the Crown invited the judge to stay the proceedings. The judge did so. Since a stay is akin to an acquittal, the Attorney General appealed. At the close of the hearing, we allowed the appeal, set aside the judge’s decision, and ordered a new trial. At the time, we indicated reasons for our decision would follow. These are those reasons. Briefly stated, the trial judge erred by applying the wrong disclosure regime and by ordering the Crown to disclose and produce items that had never been in its possession or control.

II. Background

[2] Many of the facts set out below, must be read as allegations against Mr. Lui and not as established facts, since there has yet to be a trial; however, much of this information served as the factual basis for the limited purpose of adjudicating a disclosure request.

[3] In September 2019, a two-year-old girl complained to her mother of pain in her “private” area. At the time, the child’s mother noted redness and swelling in her daughter’s vaginal and anal area. Later, a doctor diagnosed the child with possible anal fissures, mild erythema on her vulva and a yeast infection. Although the child’s mother was concerned her daughter might have been sexually assaulted, she did not suspect

Mr. Lui, with whom she was in a relationship. This would change in December, after the child told her that “Mitchell hurt her bum with his bum.”

[4] The child was eventually examined for sexual assault. A few days later, Mr. Lui texted the child’s mother. In the exchange, he wrote that he “wanted to die” because he would be “in jail for 34 years and come out a sex offender” and would be “seen as a monster.” The mother responded that Mr. Lui was a “monster” for having “sex with a 2-year-old infant,” to which Mr. Lui replied: “Exactly. It’s why I want to die. It’s why I tried in August. I can’t live with myself.”

[5] Two days later, Mr. Lui and the child’s mother exchanged messages via Instagram. Mr. Lui advised he wanted to commit suicide because he “did the one thing that happened to [him] when [he] was younger.”

[6] The next day, Mr. Lui and the child’s mother had a telephone conversation, which the mother’s new partner recorded on his cellphone. In the recording, Mr. Lui describes in detail two distinct and separate acts of sexual assault he committed upon the two-year-old. On this same day, the child’s mother reported the matter to the police.

[7] An investigating officer asked the child’s mother to email him a statement, screen shots of her exchanges with Mr. Lui, and the recording of her recent phone conversation with him. The child’s mother complied. A few days later, she signed a waiver and consented to officers photographing relevant information from her phone. As she held her phone and scrolled through her messages from Mr. Lui, officers took photographs of what was depicted on the phone’s screen.

[8] Later, another officer contacted the child’s mother seeking her consent for the police to extract the relevant messages from her phone using a particular software. She agreed and signed another waiver to indicate her consent. The cellphone was connected to the police software system and only the text messages she had disclosed were extracted. The rest of the information contained in the phone was neither scanned nor extracted, and the phone was returned to the child’s mother.

[9] As for the audio/video recording of the telephone conversation made by the mother's new partner, it was uploaded to a "Google Drive" and a link was eventually emailed to police investigators, who viewed and kept the recording. The officers did not seize or at any time have control over the cellphone used to record the conversation, although at one point, attempting to comply with a disclosure request, the officers asked for the phone but were informed it had been sold months earlier. A sales receipt was produced.

[10] As part of their investigation, police officers also obtained information emanating from two other cellular phones said to contain messages to and/or from Mr. Lui concerning the alleged sexual assault of the two-year-old.

[11] One cellphone was that of a friend of Mr. Lui who had exchanged electronic messages with him through Snapchat. In those messages, Mr. Lui stated that he was suicidal, that he had molested a child and that he was going to turn himself in. Mr. Lui's friend took screenshots of those communications and emailed these to police investigators. A year later, the friend was contacted for a follow-up interview during which an officer asked her if she still had the messages on her phone. She did and consented to officers photographing her screen to capture images of the messages in question.

[12] The second cellphone belonged to a friend of Mr. Lui, who stated that, the day before he was arrested, Mr. Lui confessed to having sexually assaulted the two-year-old girl. This individual gave a statement to the police and provided the investigators with screenshots of messages between herself and the girl's mother.

[13] Although Mr. Lui was initially charged with having sexually assaulted the two-year-old child (s. 271(a) of the *Criminal Code*) and having touched her for a sexual purpose (s. 151), the indictment filed after he chose to be tried by a court composed of a judge and jury was limited to a single count: the charge under s. 271(a).

[14] Prior to the commencement of his trial, Mr. Lui applied for the disclosure of various cellphones belonging to numerous witnesses. In addition to the phones of the

four witnesses described above, he also sought the phones of two additional individuals, both of whom previously had alleged Mr. Lui had sexually assaulted them. These two matters involved separate incidents alleged to have occurred over a year before Mr. Lui was charged with having assaulted the two-year-old child. In both cases, the charges against Mr. Lui were eventually withdrawn. In one of these cases, police officers had been given permission to seize the complainant's cellphone, but the charges were withdrawn before they searched it or extracted anything from it, so they returned the phone to its owner. In the other case, the complainant was asked to email screenshots of relevant messages to an officer, and she did so. Some of the messages were exchanges with the mother of the two-year-old involved in the present matter, as she was Mr. Lui's girlfriend at the time. While following up on a disclosure request from Mr. Lui in the present matter, a police officer learned that the woman's cellphone had since been damaged and that she had purchased a new one. However, the texts in question were extracted from the phone of the child's mother and were disclosed to Mr. Lui.

[15] Mr. Lui obtained disclosure of all relevant information the Crown had in its possession that had originated from one or another of the cellphones mentioned above. Nevertheless, Mr. Lui applied for further disclosure, specifically asking for the Crown to turn over the six cellular phones to him, together with any memory card associated with those phones. His application was anchored in the first party disclosure regime the Supreme Court elaborated in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, [1991] S.C.J. No. 83 (QL), as opposed to that articulated in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, [1995] S.C.J. No. 98 (QL), for disclosure from third parties or the statutory regime under ss. 278.1-278.91 of the *Criminal Code*. Mr. Lui simply argued the cellphones were relevant and had to be disclosed. According to him, the test set out in *R. v. Gubbins*, 2018 SCC 44, [2018] 3 S.C.R. 35, at para. 33, to determine the applicable disclosure regime, did not apply. According to that test, information in the possession or control of the prosecuting Crown is disclosed under the *Stinchcombe* first party regime, as are the fruits of the investigation and obviously relevant information in the possession of the police or another Crown entity and which should have been supplied to the prosecuting Crown. Mr. Lui argued *Gubbins* was distinguishable because the information sought in *Gubbins* was not "fundamental to the Crown's case." Alternatively, he argued the judge should

find that the cellphones were in the possession or control of the prosecuting Crown because the witnesses had voluntarily shared information from their phones with the police.

[16] The Crown's position before the trial judge was that it did not at any time have possession or control of any of the cellphones, thus an application for disclosure should have followed the process set out in *O'Connor*, which, the Crown argued, was specifically designed for these types of disclosure requests.

[17] After hearing counsel, the trial judge granted the application and ordered the Crown to "disclose and produce the [...] cellular phones (including the SD or memory cards associated with those cellular phones) [of all the individuals in question] used during all material times, specifically from [certain dates] until the present [being September 13, 2021 – the date the order was issued]," except for one that had a termination date of January 2021. The judge also ordered the Crown to "disclose and produce all messages including but not limited to video and audio messages and social media posts made between and/or among" the six individuals in question. In addition, the judge directed that, "[i]n the event that the Crown is unable to produce and disclose any of the foregoing cellular phones, including the SD or memory cards associated with those cellular phones [...], the Crown shall submit sworn affidavit evidence to this Court explaining why the cellular phone(s) and/or messages is/are unavailable."

[18] The Crown concluded it was legally incapable of complying with the trial judge's order because it did not have any lawful authority to seize the cellphone from any of the individuals in question. As a result, the Crown invited the trial judge to stay the proceedings against Mr. Lui because the Crown would not be complying with the disclosure order. The judge did so, and the Crown subsequently appealed.

III. Analysis

[19] Two issues are raised on appeal: (1) should the Crown be allowed to appeal in these circumstances; and (2) did the trial judge err in ordering that the six

cellular phones be disclosed and produced? In our view, both questions must be answered in the affirmative.

A. *The Crown's invitation for the judge to stay the proceedings was justified*

[20] Generally, in criminal proceedings, interlocutory orders cannot be appealed. In *R. v. Tingley*, 2015 NBCA 51, [2015] N.B.J. No. 274 (QL), this Court stated as follows:

While there can be no appeal against interlocutory orders unless specifically authorized by statute, this does not mean that the Attorney General is left without remedy. There are options. These were recently explained in *United States of America v. Fafalios*, 2012 ONCA 365, [2012] O.J. No. 2394 (QL):

[...] It has two options. It can continue with the proceeding and, depending on the result and the effect of the ruling on that result, launch an appeal in which the adverse ruling is challenged. Or it can do what the Crown did here; it can bring the proceedings to a halt and launch an appeal challenging the correctness of the interlocutory order.

However, this second option is strictly limited to cases where the Crown can clearly demonstrate that it had no reasonable alternative. If the record does not support such a finding, allowing the Crown to argue its appeal from the interlocutory order would amount to an abuse of process.
[paras. 42-43]

[Emphasis in original.]

The second option constitutes a functional appeal of an interlocutory order. Bringing the proceedings to a halt can be accomplished by a stay or, as the Crown did here, by calling no evidence: *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, [1990] S.C.J. No. 132 (QL). [paras. 114-115]

[21] As noted above, the Crown is only ever justified in halting proceedings and appealing to this Court where it can demonstrate that it had no reasonable alternative. If the record does not support such a finding, allowing the Crown to pursue an appeal would constitute an abuse of process. The Crown will meet the threshold if it can

establish either “a) that the effect of the interlocutory ruling is to exclude evidence sufficiently important to the prosecution that the Crown is unable to continue; or b) that compliance with the interlocutory order raises a reasonable prospect of harm to an interest the court deems worthy of protection” (*Tingley*, para. 116, citing *Fafalios*, para. 44). The present case raises the second element.

[22] A reasonable prospect of harm can be established where “the Crown can demonstrate that compliance with the interlocutory order would cause irreparable harm to the administration of justice” (*Tingley*, para. 120, citing *Fafalios*, para. 50). The burden on the Crown is as follows:

When the Crown requests a premature termination of a proceeding after an adverse interlocutory ruling, it must establish the existence of circumstances where a direct appeal of the ruling is absolutely necessary - where there is no reasonable alternative. The onus on the Crown is formidable due to the exceptional nature of a procedure that essentially circumvents the rule against a direct appeal from an interlocutory order. [*Tingley*, para. 121, citing *Fafalios*, para. 55.]

[23] In our view, this is one of those cases where the Crown had no reasonable alternative than to invite the judge to stay the proceedings. As it will be seen below, the trial judge’s order was one with which the Crown could not lawfully comply as it did not have in its possession or control any of the cellphones and had no lawful authority to seize these and turn them over to Mr. Lui for his unimpeded access for an indeterminate period.

[24] We agree with counsel for the Attorney General’s statement that the notion the Crown could seize the cellphone of a victim or witness who provided relevant information to the police is contrary to the proper administration of justice. We also agree with his statement that compliance with the trial judge’s order would have raised a reasonable prospect of harm to interests the Court deems worthy of protection, these being the following: (1) the independence of the Crown, (2) the privacy rights victims

and witnesses have in their cellphones, and (3) the need to ensure that police investigations are not inappropriately stifled.

(1) The independence of the Crown

[25] In *Ontario (Attorney General) v. Clark*, 2021 SCC 18, [2021] S.C.J. No. 18 (QL), the Supreme Court recently stressed the importance of the Crown acting independently from the police:

The police role is to investigate crime. The Crown prosecutor's role, on the other hand, is to assess whether a prosecution is in the public interest and, if so, to carry out that prosecution in accordance with the prosecutor's duties to the administration of justice and the accused. [para. 41]

In other words, police and Crown prosecutors are expected to act according to their distinct roles in the criminal justice process.

[26] The trial judge's order directed the Crown to become an investigator in this matter, to seize various cellphones and hand them over to Mr. Lui for an indeterminate period. The decision constituted a form of directing a criminal investigation by instructing the Crown to order the police to seize six cellphones without lawful authority.

(2) An individual's privacy rights regarding their cellphones

[27] The trial judge's decision overlooks an individual's privacy rights regarding their cellphone, a right the Supreme Court has clearly recognized: see in particular *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at para. 40, where Cromwell J., for the Court, observes that, "[i]t is difficult to imagine a more intrusive invasion of privacy than the search of a personal or home computer [which, at para. 38, he also equates to cellphones]." In the present case, the trial judge's decision stands for the proposition that any victim or witness who willingly provides the police with information

on their cellphone to be used in a criminal investigation is susceptible to having their phone seized and searched in its entirety if an accused makes a request.

(3) Stifling police investigations

[28] Police officers who testified in this matter stated that, currently, text messages between an accused and a witness are part of “almost every file.” As a result of the judge’s order, future police investigations could be derailed as witnesses will be reluctant to provide any data to police if their willingness to assist means that their phone will be seized and searched in its entirety at the request of an accused.

[29] In the end, we concluded the trial judge’s order was harmful to the administration of justice in that it was offensive to interests deemed worthy of protection. In our view, the Crown had no alternative but to seek a premature halt to the proceedings so that it could pursue an appellate remedy. In the circumstances of this case, it cannot be said that the Crown’s conduct constitutes an abuse of process.

B. *It was an error of law for the judge to order the Crown to “disclose and produce” the cellphones of the six witnesses*

[30] Recently, in *R. v. Pascal*, 2020 ONCA 287, [2020] O.J. No. 1998 (QL), leave to appeal refused [2020] S.C.C.A. No. 214 (QL), Watt J.A. had occasion to summarize the state of the law relating to disclosure in Canadian criminal law. We can do no better than adopt his words:

Two different disclosure regimes govern disclosure in criminal cases. First party disclosure under *Stinchcombe* [*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, [1991] S.C.J. No. 83 (QL)] supplemented by the duties imposed upon the Crown and investigating police in *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, and third party disclosure under *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. The purpose of each regime is to protect an accused’s right to make full answer and defence, while at the same time to recognize the need to impose limits on disclosure when required: *R. v. Gubbins*, 2018 SCC 44, [2018] 3 S.C.R. 35, at para. 29;

World Bank Group v. Wallace, 2016 SCC 15, [2016] 1 S.C.R. 207, at para. 115.

First party disclosure under *Stinchcombe* imposes a duty on the Crown to disclose all relevant, non-privileged information in its possession or control, whether that information is inculpatory or exculpatory, unless disclosure of that information is governed by some other regime. This duty is ongoing and corresponds to the accused's constitutional right to the disclosure of all material which meets the *Stinchcombe* standard: *Gubbins*, at paras. 18-19; *Stinchcombe*, at pp. 339; and *R. v. McQuaid*, [1998] 1 S.C.R. 244, at para. 22.

The purpose of disclosure is to protect an accused's *Charter* right to make full answer and defence. That right will be impaired where there is a reasonable possibility that undisclosed information could have been used by the accused to meet the case for the Crown, to advance a defence or to otherwise make a decision which could have affected the conduct of the defence: *Gubbins*, at para. 18; *McQuaid*, at para. 22.

Crown entities other than the prosecuting Crown - including the police - are third parties for the purposes of disclosure. They are not subject to the *Stinchcombe* regime: *Gubbins*, at para. 20; *McNeil*, at para. 22; and *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 11. The prosecuting Crown's disclosure duty under *Stinchcombe* is triggered upon a defence request for disclosure: *Gubbins*, at para. 19; *Stinchcombe*, at pp. 342-43.

It ill lies in the mouth of the prosecuting Crown to explain failure to disclose relevant material on the basis that the investigating police service failed to disclose it to the Crown. When put on notice of potentially relevant material in the hands of the police or other Crown entities, the prosecuting Crown has a duty to make reasonable inquiries. Correspondingly, the police have a duty to disclose to the prosecuting Crown all material pertaining to its investigation of the accused. This material is often termed “the fruits of the investigation”: *Gubbins*, at para. 21; *McNeil*, at paras. 14, 22-24 and 52.

The “fruits of the investigation” refers to the police investigative files, not their operational records or background information. In other words, “fruits of the

investigation” refers to information “generated or acquired during or as a result of the specific investigation into the charges against the accused”: *Gubbins*, at para. 22.

However, the police obligation of disclosure to the prosecuting Crown extends beyond the “fruits of the investigation”. The police should also disclose to the prosecuting Crown any additional information that is “obviously relevant” to the accused's case. This “obviously relevant” information is not within the investigative files, but must be “disclosed under *Stinchcombe* because it relates to the accused's ability to meet the Crown’s case, raise a defence, or otherwise consider the conduct of the defence”: *Gubbins*, at para. 23.

To determine which disclosure regime applies to information, a court must consider whether:

- i. the information sought is in the possession or control of the prosecuting Crown; and
- ii. the nature of the information sought is such that the police or another Crown entity in possession or control of it should have supplied the information to the prosecuting Crown.

The second question will be answered affirmatively where the information is part of “the fruits of the investigation” or is “obviously relevant.” An affirmative response on either of these issues means that the first party or *Stinchcombe* disclosure regime applies: *Gubbins*, at para. 33. [paras. 100-107]

[31] The passages cited above discuss only two common law disclosure regimes because they were the only two that were relevant to the decision in *Pascal*. There is, however, another disclosure regime in Canadian criminal law, that is, the statutory regime set out in ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, known as the *Mills* regime, referencing *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, [1999] S.C.J. No. 68 (QL), in which the Supreme Court held this regime was not unconstitutional. Under that regime, no record relating to either a complainant or a witness shall be produced to an accused in any proceedings in respect of several specified offences, which include a sexual assault charge under s. 271 of the *Criminal Code*, except in accordance with the provisions of ss. 278.3 to 278.91, which set out a procedure for an accused person to apply to the trial

judge for disclosure. As Karakatsanis J., for the Court, explained in *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] S.C.J. No. 46 (QL), the *Mills* regime “permit[s] disclosure only where a record is likely relevant and its disclosure is necessary in the interests of justice” (para. 1).

[32] As it relates to the present case, the critical question regarding the applicability of the statutory regime rests on the question whether the cellphones of the various witnesses in this sexual assault prosecution constitute a “record.” If they do, then the *Mills* regime applies.

[33] The term “record” is defined:

278.1 Definition of “record”

For the purposes of sections 278.2 to 278.92, “record” means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

278.1 Définition de dossier

278.1 Pour l’application des articles 278.2 à 278.92, dossier s’entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment : le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d’aide à l’enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l’adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N’est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l’enquête ou de la poursuite relativement à l’infraction qui fait l’objet de la procédure.

[34] The statutory definition of the term “record” for the purposes of the *Mills* regime “is broad and non-exhaustive” (*Quesnelle*, at para. 22). While the definition “provides an illustrative list of some of the types of records that usually give rise to a reasonable expectation of privacy” it is clear that records that “do not fall into the listed categories will still be covered by the *Mills* regime if they contain information that gives

rise to a reasonable expectation of privacy” (para. 22). While *Quesnelle* concerned documents and not cellphones, there is no principled reason why the *Mills* regime would apply to documents that contain information that gives rise to a reasonable expectation of privacy but not to that same information if it were stored on a cellphone or some other device. A document is still a document even if it is stored in a digital format. We also note that, in the more recent decision from the Supreme Court regarding the *Mills* regime, *R. v. J.J.*, 2022 SCC 28, [2022] S.C.J. No. 28 (QL), the majority does not limit its analysis to documents but rather speaks of the broader concept of records. The *Mills* regime guards against inappropriate access to personal information regarding which there is a reasonable expectation of privacy, and this regardless of the medium on which the information is kept.

[35] No one can credibly argue that one’s cellphone does not contain personal information regarding which there is a reasonable expectation of privacy. The Supreme Court decision in *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] S.C.J. No. 59 (QL), makes that abundantly clear. In our view, the contents of a cellphone constitute records within the meaning of s. 278.1, therefore engaging the *Mills* regime. It is this process that should have been followed in the present case to determine whether any of the records contained in each cellphone ought to be disclosed.

[36] The *Mills* regime was raised in the arguments before the trial judge, with the Crown arguing it should apply; however, Mr. Lui maintained his was a *Stinchcombe* application, full stop. According to him, neither the *O’Connor* nor the *Mills* regimes applied. Surprisingly, he managed to convince the trial judge of this.

[37] We say surprisingly because we find Mr. Lui’s arguments at trial to be wholly bereft of any merit. To argue, as Mr. Lui did, that the *Mills* regime is wholly inapplicable if the judge were to find that the cellphones in question were in the possession or within the control of the Crown is to ignore the provisions of s. 278.2(2), which stipulate that the regime applies even “where a record is in the possession or control of any person, including the prosecutor in the proceedings, unless, in the case of a record in the possession or control of the prosecutor, the complainant or witness to whom the record relates has expressly waived the application of those sections” (emphasis

added). While there was evidence some, if not all, of the witnesses had provided consent for the police to take photos of certain messages depicted on their screens or to extract certain information from their respective phones, there was no evidence anyone had expressly waived the application of the *Mills* regime.

[38] At the hearing of the appeal, the arguments were focused not on the application of the *Mills* regime, but rather on the question whether the prosecuting Crown ever had possession of or control over the cellphones in question.

[39] Counsel for the Attorney General argued that the law of disclosure in Canadian criminal law proceedings is well established. We agree. Under *Stinchcombe*, the prosecuting Crown is obligated to disclose to an accused all relevant, non-privileged information in its control or in its possession, whether inculpatory or exculpatory. A corollary to this is that the law does not impose upon the Crown an obligation to disclose material it does not have or cannot obtain. The law distinguishes between the Crown and the police, although it imposes upon the police an obligation to disclose the “fruits of the investigation,” meaning the police’s investigative file, as well as any other information that is obviously relevant to the accused’s case, provided that such information is in the possession or control of either the police or another Crown entity. Specifically excluded are third party records, which fall under the *O’Connor* regime, unless, of course, as here, the *Mills* regime applies.

[40] In our view, there is simply no reasonable basis upon which it could be argued that the prosecuting Crown ever had in its possession or control any of the cellphones in question. In his decision, the trial judge held that the disclosure Mr. Lui was seeking was “obviously relevant” to his case, without explaining how this was so or how all the information on the cellphones in question for the periods provided in his order, would be so. The trial judge made a bald conclusion that the Crown had control over the cellphones and the messages they contained on the sole basis that these witnesses had consented for the police to extract certain information from their phones without the requirement of a formal warrant. With respect, this is simply wrong. The law makes a clear distinction between the police as the investigators and the Crown as the prosecuting entity. Just because the police might once have exercised some degree of control over an

item with the consent of its owner does not mean the Crown ever exercised any control over that item unless the item were provided to the Crown as part of the fruits of the investigation. Furthermore, just because the police may once have exercised some degree of control over an item, once the item is returned to its rightful owner, it cannot be said that the police are still in possession of it (if they ever were) or that they still are exercising some control over it.

[41] In the present case, the police were allowed to photograph certain screens or extract some information from four of the cellphones, which their respectful owners then retained, yet the trial judge concluded that, at the time of the disclosure request, the phones were under the control of the Crown. Another of the phones – the one used to video/audio record a telephone conversation – was never provided to the police as it had been sold, yet the trial judge concluded that, at the time of the disclosure request, the Crown had control over that phone. Another of the cellphones had been broken and replaced, yet the trial judge concluded that the Crown had control over that phone as well.

[42] In his decision, the trial judge did not provide any insight on his understanding of the term “control.” With respect, under no proper definition of the word can it be said that control includes items that have never been in the possession of the Crown or which the Crown has no legal power to take from their rightful owners. In our view, there was no basis upon which the judge could reasonably conclude these cellphones, including the one that had been sold and the one that had been replaced, were at any time under the Crown’s control. Nor can it be said that, at the time the disclosure requests were made, the cellphones in question were under police control. It is simply wrong to rule that, just because a witness provides the police with certain text messages or allows them to extract limited information from their phone, the witness is relinquishing control over his or her phone and its entire contents for as long as a case is not concluded. Rhetorically, would not the same argument apply to a computer if text messages had been sent or received on that medium and then disclosed to the police? While the witness may have allowed the police to extract precise information from their cellphone for a limited purpose, it cannot be said that the police retained any kind of

residual possession or control over either the phone or its entire contents (including the information added after the police extraction was made) for an undetermined period.

[43] In the present case, the fruits of the investigation were disclosed to Mr. Lui. If he desired further disclosure of what the phones contained, he should have brought a third party disclosure application, in this case under the *Mills* regime. The trial judge erred in law by applying the wrong regime and by modifying the *Stinchcombe* framework and ordering the Crown to disclose and produce items it had never possessed nor over which it ever had control. The judge's ruling is contrary to the law in Canada and ignores the reason for the existence of third party disclosure regimes.

VI. Disposition

[44] It is for these reasons that at the conclusion of the hearing we allowed the appeal, vacated the judge's order, and ordered a new trial. Upon the request of the parties and because we are ordering a new trial regarding which these reasons may be relevant, we exercise our power under s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5 and direct that these reasons be published in English first with the French version to follow.

LA COUR

I. Introduction

[1] Un juge de la Cour du Banc de la Reine a commis une erreur lorsque, à l'issue d'un voir-dire dans le cadre duquel Mitchell Lui sollicitait une ordonnance de communication, il a ordonné au poursuivant (le ministère public) de remettre à M. Lui les téléphones cellulaires et les cartes SD ou cartes mémoire connexes appartenant à six témoins, dont la mère de la fillette de deux ans que M. Lui était accusé d'avoir agressée sexuellement. Comme le ministère public a été sommé de produire des articles qui n'avaient jamais été en sa possession ou sous son contrôle, il a demandé au juge de suspendre l'instance. Le juge l'a fait. Comme une suspension s'apparente à un acquittement, le procureur général a interjeté appel. À la fin de l'audience, nous avons accueilli l'appel, annulé la décision du juge et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Nous avons indiqué à ce moment-là que les motifs de notre décision suivraient. Voici ces motifs. En somme, le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a appliqué le mauvais régime de communication et ordonné au ministère public de communiquer et de produire des articles qui n'avaient jamais été en sa possession ou sous son contrôle.

II. Antécédents

[2] Bon nombre de faits énoncés ci-dessous doivent être lus comme des allégations contre M. Lui, et non comme des faits établis, parce que le procès n'a pas encore eu lieu. Cependant, une grande partie de ces renseignements ont servi de fondement factuel à la seule fin de trancher la demande de communication.

[3] En septembre 2019, une fillette de deux ans s'est plainte à sa mère que ses parties [TRADUCTION] « privées » lui faisaient mal. À l'époque, la mère de la fillette avait remarqué que les régions du vagin et de l'anus de sa fille étaient rouges et enflées. Par la suite, un médecin a diagnostiqué chez l'enfant des fissures anales possibles, un

érythème léger sur sa vulve et une infection à levures. Même si la mère se doutait que sa fille puisse avoir été victime d'agression sexuelle, elle ne soupçonnait pas M. Lui, avec qui elle entretenait une relation. Cela a changé en décembre lorsque l'enfant lui a dit que [TRADUCTION] « Mitchell lui a fait mal aux fesses avec ses fesses ».

[4] L'enfant a fini par faire l'objet d'un examen pour agression sexuelle. Quelques jours plus tard, M. Lui a envoyé un texto à la mère de l'enfant. Dans le cadre de leur échange, il a écrit qu'il [TRADUCTION] « voulait mourir » parce qu'il serait [TRADUCTION] « emprisonné pendant 34 ans et serait un délinquant sexuel » et qu'il serait [TRADUCTION] « perçu comme un monstre ». La mère a répondu que M. Lui était un [TRADUCTION] « monstre » pour avoir eu [TRADUCTION] « des relations sexuelles avec une enfant de deux ans », ce à quoi M. Lui a répondu : [TRADUCTION] « Exactement. C'est pour ça que je veux mourir. C'est pourquoi j'ai essayé en août. Je ne peux pas vivre avec moi-même. »

[5] Deux jours plus tard, M. Lui et la mère de l'enfant ont échangé des messages sur Instagram. M. Lui a déclaré qu'il voulait se suicider parce qu'il [TRADUCTION] « a fait la chose qui [lui] était arrivée quand [il] était plus jeune ».

[6] Le lendemain, M. Lui et la mère de l'enfant ont eu une conversation téléphonique que le nouveau conjoint de la mère a enregistrée sur son téléphone cellulaire. Dans l'enregistrement, M. Lui décrit en détail deux actes d'agression sexuelle distincts qu'il a commis sur la fillette de deux ans. La mère a signalé l'affaire à la police le jour même.

[7] Un enquêteur a demandé à la mère de l'enfant de lui envoyer par courriel une déclaration, des captures d'écran de ses échanges avec M. Lui et l'enregistrement de sa conversation téléphonique récente avec lui. La mère a accédé à la demande. Quelques jours plus tard, elle a signé une renonciation et a autorisé les policiers à photographier des renseignements pertinents sur son téléphone. Comme elle tenait son téléphone et faisait défiler les messages de M. Lui, les policiers ont pris des photographies de ce qui était affiché sur l'écran du téléphone.

- [8] Plus tard, un autre policier a communiqué avec la mère de l'enfant pour lui demander la permission d'extraire les messages pertinents de son téléphone au moyen d'un logiciel précis. Elle a accepté et a signé une autre renonciation pour donner son consentement. Le téléphone cellulaire a été connecté au système logiciel de la police et seuls les textos qu'elle avait communiqués ont été extraits. Aucun autre renseignement stocké sur le téléphone n'a été numérisé ou extrait, et le téléphone a été remis à la mère de l'enfant.
- [9] Pour ce qui est de l'enregistrement audio et vidéo de l'entretien téléphonique que le nouveau conjoint de la mère a effectué, il a été téléchargé sur [TRADUCTION] « Google Disque » et un lien a fini par être envoyé par courriel aux enquêteurs, qui ont visionné et conservé l'enregistrement. Les policiers n'ont pas saisi le téléphone cellulaire employé pour enregistrer l'entretien, et ils ne l'ont jamais eu sous leur contrôle, bien qu'ils aient tenté de l'obtenir pour se conformer à une demande de communication; ils ont toutefois appris qu'il avait été vendu plusieurs mois plus tôt. Un reçu de vente a été produit.
- [10] Dans le cadre de leur enquête, les policiers ont aussi obtenu des renseignements provenant de deux autres téléphones cellulaires qui contenaient censément des messages que M. Lui avait reçus ou envoyés relativement à l'agression sexuelle alléguée de la fillette de deux ans.
- [11] L'un de ces téléphones cellulaires appartenait à une amie de M. Lui avec qui il avait eu un échange de messages électroniques par l'entremise de Snapchat. Dans ces messages, M. Lui a déclaré qu'il était suicidaire, qu'il avait agressé sexuellement une enfant et qu'il allait se rendre à la police. L'amie de M. Lui a fait des captures d'écran de ces messages et les a envoyées par courriel aux enquêteurs. Un an plus tard, on a communiqué avec l'amie pour une entrevue de suivi au cours de laquelle un policier lui a demandé si elle avait encore les messages sur son téléphone. Elle les avait encore et a autorisé les policiers à prendre des photos de son écran pour qu'ils aient des images des messages en cause.

[12] Le deuxième téléphone cellulaire appartenait à une amie de M. Lui. Elle a affirmé que M. Lui lui a avoué, la veille de son arrestation, qu'il avait agressé sexuellement la fillette de deux ans. Cette personne a fait une déclaration à la police et a remis aux enquêteurs des captures d'écran de messages qu'elle avait échangés avec la mère de la fillette.

[13] Bien que M. Lui ait d'abord été accusé d'agression sexuelle de la fillette de deux ans (par. 271a) du *Code criminel*) et de l'avoir touchée à des fins d'ordre sexuel (art. 151), l'acte d'accusation déposé après qu'il a choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ne visait qu'un seul chef d'accusation : l'inculpation à l'égard de l'accusation visée à l'al. 271a).

[14] Avant le début de son procès, M. Lui a sollicité la communication de divers téléphones cellulaires appartenant à plusieurs témoins. Outre le téléphone des quatre témoins susmentionnés, il a aussi demandé le téléphone de deux autres personnes, qui avaient allégué auparavant que M. Lui les aurait agressées sexuellement. Ces deux affaires visaient des incidents distincts qui auraient eu lieu plus d'un an avant que M. Lui soit accusé d'agression sexuelle de l'enfant de deux ans. Les accusations contre M. Lui ont fini par être retirées dans les deux cas. Dans l'un des cas, les policiers avaient obtenu l'autorisation de saisir le téléphone de la plaignante, mais les accusations ont été retirées avant qu'ils puissent le fouiller ou en extraire quoi que ce soit; ils ont donc remis le téléphone à son propriétaire. Dans l'autre cas, on avait demandé à la plaignante d'envoyer des captures d'écran de messages pertinents par courriel à un policier, ce qu'elle a fait. Certains messages étaient des échanges avec la mère de l'enfant de deux ans visée par la présente affaire, puisqu'elle était l'amie de cœur de M. Lui à ce moment-là. Un policier qui faisait un suivi relativement à une demande de communication de M. Lui en l'espèce a appris que le téléphone cellulaire de la femme avait été endommagé depuis et qu'elle en avait acheté un autre. Cependant, les textos en cause ont été extraits du téléphone de la mère de l'enfant et ils ont été communiqués à M. Lui.

[15] M. Lui a obtenu la communication de tous les renseignements pertinents que le ministère public avait en sa possession et qui provenaient des téléphones

cellulaires susmentionnés. Néanmoins, M. Lui a sollicité une communication supplémentaire, demandant expressément au ministère public de lui remettre les six téléphones cellulaires ainsi que les cartes mémoire associées à ces téléphones. Sa demande s'appuyait sur le régime de communication par la partie principale élaboré par la Cour suprême dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, [1991] A.C.S. n° 83 (QL), par opposition à celui qui a été formulé dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, [1995] A.C.S. n° 98 (QL), quant à la communication de tiers ou le régime législatif prévu aux art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel*. M. Lui a tout simplement affirmé que les téléphones cellulaires étaient pertinents et devaient être communiqués. Selon lui, le critère énoncé dans *R. c. Gubbins*, 2018 CSC 44, [2018] 3 R.C.S. 35, par. 33, pour établir le régime de communication applicable ne s'appliquait pas. Suivant ce critère, les renseignements en la possession ou sous le contrôle du poursuivant sont communiqués conformément au régime de communication par la partie principale prévu dans l'arrêt *Stinchcombe*, tout comme les fruits de l'enquête et les renseignements manifestement pertinents en la possession de la police ou d'une autre entité étatique et qui auraient dû être transmis au poursuivant. M. Lui soutenait qu'on pouvait établir une distinction avec l'arrêt *Gubbins* parce que les renseignements sollicités dans l'arrêt *Gubbins* n'étaient pas [TRADUCTION] « fondamentaux pour la preuve du ministère public ». Subsidiairement, il a affirmé que le juge devrait conclure que les téléphones étaient en la possession ou sous le contrôle du poursuivant parce que les témoins avaient délibérément partagé des renseignements sur leur téléphone avec la police.

[16] Devant le juge de première instance, le ministère public a affirmé que les téléphones cellulaires n'avaient jamais été en sa possession ou sous son contrôle et que, par conséquent, la demande de communication aurait dû être conforme au processus énoncé dans l'arrêt *O'Connor*, qui, selon ses prétentions, a été expressément conçu pour ce genre de demande.

[17] Après avoir entendu les avocats, le juge de première instance a accueilli la demande et a ordonné au ministère public de [TRADUCTION] « communiquer et de produire les [...] téléphones cellulaires (y compris les cartes SD ou cartes mémoire associées à ces téléphones cellulaires) [de tous les particuliers en cause] utilisés pendant

toutes les époques déterminantes, plus précisément du [certaines dates] jusqu'à présent [soit le 13 septembre 2021 – la date à laquelle l'ordonnance a été rendue], » exception faite de celui dont la date de cessation était en janvier 2021. En outre, le juge a ordonné au ministère public de [TRADUCTION] « communiquer et de produire tous les messages, notamment les messages vidéo et audio et les publications dans les médias sociaux entre » les six personnes en question. Qui plus est, le juge a précisé que, [TRADUCTION] « [s]i le ministère public ne peut pas produire et communiquer les téléphones cellulaires susmentionnés, y compris les cartes SD ou cartes mémoire associées à ces téléphones cellulaires [...], il présentera à notre Cour une preuve par affidavit expliquant pourquoi la totalité ou une partie des téléphones cellulaires ou des messages ne sont pas ou n'étaient pas disponibles ».

[18] Le ministère public a conclu qu'il était légalement incapable de se conformer à l'ordonnance du juge de première instance parce qu'il n'avait pas l'autorisation légale de saisir les téléphones cellulaires des personnes en cause. Par conséquent, le ministère public a demandé au juge de première instance de suspendre l'instance contre M. Lui parce qu'il ne se conformerait pas à l'ordonnance de communication. Le juge a suspendu l'instance et, par la suite, le ministère public a interjeté appel.

III. Analyse

[19] Deux points litigieux sont soulevés en appel : (1) est-ce que le ministère public devrait être autorisé à interjeter appel en l'espèce; et (2) est-ce que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a ordonné que les six téléphones cellulaires soient communiqués et produits? Nous estimons que nous devons répondre par l'affirmative aux deux questions.

B. *La demande que le ministère public a adressée au juge pour qu'il suspende l'instance était justifiée*

[20] Règle générale, il n'y a pas de droit d'appel à l'encontre d'ordonnances interlocutoires dans une poursuite criminelle. Notre Cour a fait la déclaration suivante dans *R. c. Tingley*, 2015 NBCA 51, [2015] A.N.-B. n° 274 (QL) :

Même s'il n'y a pas de droit d'appel à l'encontre d'ordonnances interlocutoires à moins que ce droit ne soit précisément conféré par la loi, cela ne signifie pas pour autant que le procureur général soit sans recours. Il existe certaines solutions. Celles-ci ont récemment été expliquées dans l'arrêt *United States of America c. Fafalios*, 2012 ONCA 365, [2012] O.J. No. 2394 (QL) :

[TRADUCTION]

[...] Il a deux possibilités. Il peut poursuivre l'affaire et, selon le résultat obtenu et l'effet de la décision sur ce résultat, interjeter appel à l'encontre de la décision rendue. Ou il peut procéder de la manière dont l'a fait ici le ministère public; il peut mettre fin à la procédure et interjeter un appel contestant le caractère approprié de l'ordonnance interlocutoire.

Toutefois, cette deuxième option est strictement limitée aux affaires où le ministère public peut démontrer clairement qu'aucune autre solution raisonnable ne s'offrait à lui. Si le dossier n'appuie pas une telle conclusion, le fait de permettre au ministère public de présenter son appel à l'encontre de l'ordonnance interlocutoire équivaldrait à un abus de procédure. [Par. 42 et 43]

[Soulignement dans l'original.]

La deuxième option est un appel fonctionnel d'une ordonnance interlocutoire. Il est possible de mettre fin à la procédure au moyen d'une suspension de l'instance, ou, comme l'a fait le ministère public en l'espèce, en décidant de ne présenter aucun élément de preuve : *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, [1990] A.C.S. n° 132 (QL).

[par. 114 et 115]

[21] Comme nous l'avons indiqué précédemment, le ministère public ne peut mettre fin à une procédure et interjeter appel devant notre Cour que s'il peut démontrer

qu'aucune autre solution raisonnable ne s'offrait à lui. Si le dossier n'appuie pas cette conclusion, le fait d'autoriser le ministère public à présenter son appel équivaudrait à un abus de procédure. Le ministère public satisfait à l'exigence minimale s'il peut démontrer soit [TRADUCTION] « a) [que] l'effet de la décision interlocutoire est d'exclure des éléments de preuve qui sont suffisamment importants pour la poursuite de l'affaire que le ministère public se trouve dans l'impossibilité de poursuivre; [soit] b) [que] le fait de se conformer à l'ordonnance interlocutoire soulève une possibilité raisonnable de porter atteinte à un intérêt que le tribunal juge digne de protection » (*Tingley*, par. 116, citant *Fafalios*, par. 44). Le cas en l'espèce soulève le deuxième élément.

[22] On peut établir qu'il existe une possibilité raisonnable qu'il soit porté atteinte à un intérêt lorsque [TRADUCTION] « le ministère public peut démontrer que la conformité avec l'ordonnance interlocutoire causerait un préjudice irréparable à l'administration de la justice » (*Tingley*, par. 120, citant *Fafalios*, par. 50). Le fardeau qui incombe au ministère public est le suivant :

[TRADUCTION]

Lorsque le ministère public sollicite la cessation prématurée d'une instance après qu'une décision interlocutoire a été rendue à son encontre, il doit établir l'existence de circonstances telles qu'un appel direct de la décision s'avère absolument nécessaire – c'est-à-dire lorsqu'il n'y a aucune autre solution raisonnable. Il incombe au ministère public de se décharger d'un fardeau considérable étant donné la nature exceptionnelle d'une procédure qui, essentiellement, a pour effet de contourner la règle interdisant un appel direct d'une ordonnance interlocutoire. [*Tingley*, par. 121, citant *Fafalios*, par. 55.]

[23] Nous estimons que le cas qui nous occupe en est un où la seule solution raisonnable qui s'offrait au ministère public était de demander au juge de suspendre l'instance. Comme nous le constaterons ci-dessous, le ministère public était légalement incapable de se conformer à l'ordonnance du juge de première instance parce que les téléphones cellulaires n'étaient pas en sa possession ou sous son contrôle et parce qu'il n'avait pas l'autorisation légale de les saisir et de les remettre à M. Lui pour qu'il en ait un accès sans entrave pendant une période indéfinie.

[24] Nous souscrivons à la déclaration du substitut du procureur général selon laquelle l'idée que le ministère public puisse saisir le téléphone cellulaire d'une victime ou d'un témoin qui a fourni des renseignements pertinents à la police va à l'encontre de la saine administration de la justice. De plus, nous partageons son avis que sa conformité à l'ordonnance du juge de première instance aurait soulevé une possibilité raisonnable de porter atteinte à un intérêt que le tribunal juge digne de protection, notamment : (1) l'indépendance du ministère public, (2) les droits à la vie privée dont les victimes et les témoins bénéficient à l'égard de leur téléphone cellulaire, et (3) le besoin de veiller à ce qu'il n'y ait pas entrave inappropriée aux enquêtes policières.

(1) Indépendance du ministère public

[25] Dans *Ontario (Procureur général) c. Clark*, 2021 CSC 18, [2021] A.C.S. n° 18 (QL), la Cour suprême a récemment souligné l'importance de l'indépendance du ministère public vis-à-vis de la police :

[La police] a pour rôle d'enquêter sur les crimes. Le rôle du procureur de la Couronne consiste, en revanche, à déterminer si une poursuite est dans l'intérêt public et, si oui, à mener cette poursuite en respectant ses obligations envers l'administration de la justice et l'accusé. [...]
[par. 41]

Autrement dit, on s'attend à ce que la police et les procureurs du ministère public agissent conformément à leurs rôles respectifs dans le processus de justice criminelle.

[26] Dans son ordonnance, le juge de première instance a ordonné au ministère public d'assumer un rôle d'enquêteur à cet égard, de saisir divers téléphones cellulaires et de les remettre indéfiniment à M. Lui. Dans sa décision, le juge a dirigé en quelque sorte l'enquête criminelle en enjoignant au ministère public d'ordonner aux policiers de saisir six téléphones cellulaires sans autorité légale.

(2) Droits à la vie privée d'un particulier à l'égard de son téléphone cellulaire

[27] La décision du juge de première instance fait abstraction du droit à la vie privée d'un particulier à l'égard de son téléphone cellulaire, droit que la Cour suprême a expressément reconnu (voir notamment *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, au par. 40, où le juge Cromwell s'est exprimé ainsi au nom de la Cour : « Il est difficile d'imaginer une atteinte plus grave à la vie privée d'une personne que la fouille de son ordinateur personnel [qu'il apparente aussi, au par. 38, aux téléphones cellulaires]. ») En l'espèce, la décision du juge de première instance signifierait qu'une victime ou un témoin qui communique de plein gré à la police des renseignements consignés sur son téléphone cellulaire pour qu'ils soient utilisés dans le cadre d'une enquête policière serait susceptible de se le faire confisquer pour qu'il fasse l'objet d'une fouille si un accusé en fait la demande.

(3) Entrave aux enquêtes policières

[28] Les policiers qui ont témoigné en l'espèce ont déclaré qu'à l'heure actuelle des textos entre un accusé et un témoin font partie de [TRADUCTION] « presque tous les dossiers ». Des enquêtes policières futures pourraient être compromises en raison de l'ordonnance du juge parce que les témoins hésiteront à fournir des données à la police si leur volonté à les aider signifie que leur téléphone sera saisi et fouillé en entier à la demande d'un accusé.

[29] En définitive, nous avons conclu que l'ordonnance du juge de première instance nuisait à l'administration de la justice parce qu'elle portait atteinte à un intérêt jugé digne de protection. Nous estimons que le ministère public n'avait d'autre choix que de demander la cessation prématurée de l'instance pour qu'il puisse intenter un recours en appel. Dans les circonstances de l'espèce, on ne peut soutenir que la conduite du ministère public constitue un abus de procédure.

B. *Le juge a commis une erreur de droit lorsqu'il a ordonné au ministère public de [TRADUCTION] « communiquer et de produire » le téléphone cellulaire des six témoins*

[30] Le juge d'appel Watt a eu l'occasion récemment de résumer l'état du droit relatif à la communication en droit pénal canadien dans l'arrêt *R. c. Pascal*, 2020 ONCA 287, [2020] O.J. No. 1998 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [2020] C.S.C.R. n° 214 (QL). Nous ne pouvons faire mieux que de réitérer ses propos :

[TRADUCTION]

Deux régimes différents régissent la communication de la preuve dans les affaires criminelles. D'une part, le régime de communication par la partie principale prévu dans l'arrêt *Stinchcombe* [*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, [1991] A.C.S. n° 83 (QL)] et complété par les obligations incombant au ministère public et au service de police chargé de l'enquête suivant l'arrêt *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, puis le régime applicable à la communication de renseignements en la possession de tiers établi dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. L'objectif de chaque régime est de protéger le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, tout en reconnaissant la nécessité de restreindre la communication au besoin : *R. c. Gubbins*, 2018 CSC 44, [2018] 3 R.C.S. 35, au par. 29; *Groupe de la Banque mondiale c. Wallace*, 2016 CSC 15, [2016] 1 R.C.S. 207, au par. 115.

Le régime de communication par la partie principale prévu dans l'arrêt *Stinchcombe* impose au ministère public l'obligation de communiquer tous les renseignements pertinents non protégés – inculpataires ou disculpatoires – se trouvant en sa possession ou sous son contrôle, à moins que la communication de ces renseignements soit régie par un autre régime. Cette obligation est permanente et correspond au droit constitutionnel de l'accusé à la communication de tous les renseignements qui satisfont à la norme exposée dans l'arrêt *Stinchcombe* : *Gubbins*, aux par. 18 et 19; *Stinchcombe*, à la p. 339; et *R. c. [Dixon]*, [1998] 1 R.C.S. 244, au par. 22.

La communication a pour objet de protéger le droit à une défense pleine et entière conféré par la *Charte* à l'accusé, droit auquel il est porté atteinte lorsqu'il existe une

possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués auraient pu être utilisés par l'accusé pour réfuter la preuve du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou, par ailleurs, pour prendre une décision qui aurait pu avoir une incidence sur la façon de présenter la défense : *Gubbins*, au par. 18; [*Dixon*], au par. 22.

Les entités étatiques autres que le poursuivant – y compris la police – sont des tiers pour l'application du régime de la communication. Elles ne sont pas assujetties au régime établi dans l'arrêt *Stinchcombe* : *Gubbins*, au par. 20; *McNeil*, au par. 22; et *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, au par. 11. L'obligation de communication du poursuivant énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe* entre en jeu sur demande de communication de la défense : *Gubbins*, au par. 19; *Stinchcombe*, aux pages 342 et 343.

Il incombe au ministère public de justifier la non-communication de renseignements pertinents en faisant valoir que le service de police chargé de l'enquête a omis de les lui communiquer. Lorsqu'il est informé de l'existence de renseignements pouvant être pertinents qui se trouvent en la possession de la police ou d'autres entités étatiques, le ministère public a l'obligation de se renseigner suffisamment. La police a l'obligation correspondante de divulguer au poursuivant tous les renseignements se rapportant à son enquête sur l'accusé. Ces renseignements sont souvent appelés les « fruits de l'enquête » : *Gubbins*, au par. 21; *McNeil*, aux par. 14, 22 à 24 et 52.

Les « fruits de l'enquête » renvoient aux dossiers d'enquête de la police plutôt qu'aux dossiers opérationnels ou aux renseignements sur les antécédents. Autrement dit, le terme « fruits de l'enquête » s'entend des renseignements « générés au cours ou à la suite d'une enquête donnée concernant les accusations portées contre l'accusé » : *Gubbins*, au par. 22.

Cependant, l'obligation qu'a la police de communiquer des renseignements au poursuivant va au-delà des « fruits de l'enquête ». La police devrait aussi communiquer au poursuivant tous les autres renseignements qui se « rapportent manifestement » à la poursuite engagée contre l'accusé. Ces renseignements « manifestement pertinents » ne font pas partie du dossier d'enquête, mais ils doivent néanmoins être « communiqués selon l'arrêt *Stinchcombe* parce qu'ils concernent la capacité de l'accusé de réfuter la

preuve du ministère public, de présenter un moyen de défense ou d'envisager autrement la conduite qu'adoptera la défense » : *Gubbins*, au par. 23.

Pour déterminer quel régime de communication s'applique aux renseignements, le tribunal doit trancher les questions de savoir si :

- i. les renseignements demandés se trouvent en la possession ou sous le contrôle du poursuivant;
- ii. les renseignements recherchés sont d'une nature telle que la police ou l'autre entité étatique qui les a en sa possession ou sous son contrôle aurait dû les transmettre au poursuivant.

On donnera une réponse affirmative à la seconde question si les renseignements font partie des « fruits de l'enquête » ou sont « manifestement pertinents ». Une réponse affirmative à l'une ou l'autre de ces questions commandera l'application du régime de communication par la partie principale, soit le régime établi dans l'arrêt *Stinchcombe* : *Gubbins*, au par. 33. [par. 100 à 107]

[31] Les extraits cités ci-dessus ne traitent que de deux régimes de communication en common law parce qu'il s'agissait des deux seuls qui étaient pertinents dans l'affaire *Pascal*. Il existe toutefois un autre régime de communication en droit pénal canadien, c'est-à-dire le régime législatif énoncé aux articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, communément appelé le régime de l'arrêt *Mills*, qui fait référence à l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, [1999] A.C.S. n° 68 (QL), où la Cour suprême a déclaré que ce régime n'est pas inconstitutionnel. Suivant ce régime, aucun dossier qui a trait à un plaignant ou à un témoin n'est communiqué à l'accusé dans une instance qui vise plusieurs infractions précises, notamment une accusation d'agression sexuelle visée à l'art. 271 du *Code criminel*, sauf conformément aux articles 278.3 à 278.91, qui énoncent la procédure selon laquelle l'accusé présente une demande de communication au juge de première instance. Comme la juge Karakatsanis, s'exprimant au nom de la Cour, l'a expliqué dans *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] A.C.S. n° 46 (QL), le régime de l'arrêt *Mills* « ne perme[t] la communication que lorsque le dossier est vraisemblablement pertinent et que sa communication sert les intérêts de la justice » (au par. 1).

[32] La question essentielle, pour ce qui a trait au cas qui nous occupe, quant à l'applicabilité du régime législatif repose sur la question de savoir si les téléphones cellulaires des divers témoins dans la présente affaire d'agression sexuelle constituent un « dossier ». Dans l'affirmative, le régime de l'arrêt *Mills* s'applique.

[33] Le terme « dossier » est ainsi défini :

278.1 Definition of “record”

For the purposes of sections 278.2 to 278.92, “record” means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

278.1 Définition de dossier

278.1 Pour l'application des articles 278.2 à 278.92, dossier s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment : le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

[34] Pour l'application du régime de l'arrêt *Mills*, la définition du terme « dossier » énoncée dans la loi est « large et non exhaustive » (*Quesnelle*, au par. 22). Bien que la définition « énumère des exemples de dossiers qui confèrent habituellement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée », il est évident que les dossiers « qui ne sont pas visés par ces exemples relèvent tout de même du régime de l'arrêt *Mills* s'ils contiennent des renseignements qui confèrent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » (par. 22). Bien que l'arrêt *Quesnelle* vise des documents, et non des téléphones cellulaires, il n'y a aucune raison de principe pour laquelle le régime de l'arrêt *Mills* s'appliquerait à des documents contenant des renseignements qui soulèvent une attente raisonnable en matière de protection de la vie

privée, mais pas à ces mêmes renseignements s'ils sont stockés sur un téléphone cellulaire ou un autre support. Un document constitue un document même s'il est stocké en format numérique. En outre, nous constatons que, dans la plus récente décision de la Cour suprême relative au régime de l'arrêt *Mills*, soit *R. c. J.J.*, 2022 CSC 28, [2022] A.C.S. n° 28 (QL), la majorité ne restreint pas son analyse aux documents, mais fait plutôt référence à la notion plus large de dossiers. Le régime de l'arrêt *Mills* offre une protection contre l'accès inapproprié à des renseignements personnels à l'égard desquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, quel que soit le support sur lequel les renseignements sont stockés.

[35] Nul ne peut soutenir de manière crédible qu'un téléphone cellulaire ne contient aucun renseignement personnel à l'égard duquel il y a une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. La Cour suprême l'a bien précisé dans *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] A.C.S. n° 59 (QL). À notre avis, le contenu d'un téléphone cellulaire constitue un dossier au sens de l'art. 278.1, engageant ainsi application du régime de l'arrêt *Mills*. C'est le processus qui aurait dû être suivi en l'espèce pour établir si des dossiers de chaque téléphone cellulaire devaient être communiqués.

[36] Le régime de l'arrêt *Mills* a été soulevé dans le cadre de l'argumentation devant le juge de première instance, le ministère public soutenant qu'il devrait s'appliquer. M. Lui a toutefois affirmé qu'il s'agissait d'une demande présentée au titre de l'arrêt *Stinchcombe*, point à la ligne. Selon lui, ni le régime de l'arrêt *O'Connor* ni le régime de l'arrêt *Mills* ne s'appliquait. Étonnement, il a réussi à en convaincre le juge de première instance.

[37] Étonnement, selon nous, parce que nous estimons que les arguments que M. Lui a avancés au procès n'avaient absolument aucun fondement. En soutenant comme il l'a fait que le régime de l'arrêt *Mills* est tout à fait inapplicable si le juge conclut que les téléphones cellulaires en cause étaient en la possession ou sous le contrôle du ministère public, M. Lui fait abstraction du par. 278.2(2), qui précise que le régime s'applique « même si le dossier est en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, sauf si le plaignant ou le témoin auquel il se rapporte a expressément renoncé à

l'application de ces articles » (soulignement ajouté). Bien que des éléments de preuve démontrent qu'une partie, sinon la totalité, des témoins avaient consenti à ce que les policiers prennent des photos de certains messages paraissant sur leur écran ou extraient certains renseignements de leur téléphone respectif, rien ne démontre que ces témoins avaient expressément renoncé à l'application du régime de l'arrêt *Mills*.

[38] À l'audition de l'appel, les arguments ne portaient pas sur l'application du régime de l'arrêt *Mills*, mais plutôt sur la question de savoir si les téléphones cellulaires en cause avaient à quelque moment que ce soit été en la possession ou sous le contrôle du poursuivant.

[39] L'avocat du procureur général affirme que le droit de la communication dans le cadre d'instances criminelles au Canada est bien établi. Nous sommes du même avis. Suivant l'arrêt *Stinchcombe*, le poursuivant doit communiquer à l'accusé tous les renseignements pertinents non protégés – inculpataires ou disculpatoires – en sa possession ou sous son contrôle. Corollairement, la loi n'oblige pas le ministère public à communiquer des documents qu'il n'a pas ou qu'il ne peut pas obtenir. La loi opère une distinction entre le ministère public et la police, bien qu'elle impose à la police l'obligation de communiquer les « fruits de l'enquête », soit les dossiers d'enquête de la police, ainsi que les renseignements additionnels qui se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l'accusé, à condition que ces renseignements soient en la possession ou sous le contrôle de la police ou d'une autre entité étatique. Les dossiers en la possession de tiers, qui sont visés par le régime de l'arrêt *O'Connor*, sont expressément exclus, à moins évidemment que le régime de l'arrêt *Mills* s'applique, comme c'est le cas en l'espèce.

[40] À notre avis, il n'y a simplement aucun fondement raisonnable qui permet de soutenir que les téléphones cellulaires en cause aient à quelque moment que ce soit été en la possession ou sous le contrôle du ministère public. Le juge de première instance a déclaré dans sa décision que les renseignements dont M. Lui sollicitait la communication [TRADUCTION] « se rapportaient manifestement » à sa preuve, sans expliquer pourquoi cela était le cas ou comment l'ensemble des renseignements stockés sur les téléphones cellulaires en cause pendant les périodes visées dans l'ordonnance le seraient. Le juge de

première instance a simplement conclu que les téléphones cellulaires et les messages qu'ils contenaient étaient sous le contrôle du ministère public du seul fait que ces témoins avaient consenti à ce que la police extraie certains renseignements de leur téléphone sans obtenir de mandat officiel. Avec égards, cela est tout simplement erroné. Le droit établit une distinction nette entre les policiers en tant qu'enquêteurs et le ministère public en tant que poursuivant. Le fait que la police ait pu à un moment donné exercer un certain contrôle sur un article avec le consentement de son propriétaire ne signifie pas que le ministère public a exercé un contrôle sur cet article à quelque moment que ce soit, à moins que celui-ci lui ait été fourni avec les fruits de l'enquête. Qui plus est, le simple fait que la police ait pu exercer un certain contrôle sur un article à un moment donné ne signifie pas pour autant qu'il soit encore en la possession de la police (s'il l'a même été) ou sous un contrôle quelconque de la police après qu'il a été remis à son propriétaire légitime.

[41] Dans le cas qui nous occupe, la police a été autorisée à photographier certains écrans ou à extraire certains renseignements de quatre des téléphones cellulaires, que les propriétaires légitimes ont ensuite conservés. Malgré tout, le juge de première instance a conclu que les téléphones étaient sous le contrôle du ministère public à la date de la demande de communication. Un autre téléphone, soit celui qui a été utilisé pour faire un enregistrement vidéo et audio d'une conversation téléphonique, n'a jamais été remis à la police parce qu'il avait été vendu. Le juge de première instance a néanmoins conclu qu'il était sous le contrôle du ministère public à la date de la demande de communication. Un autre téléphone cellulaire avait été endommagé et remplacé et le juge de première instance a néanmoins conclu qu'il était lui aussi sous le contrôle du ministère public.

[42] Dans sa décision, le juge de première instance n'a pas expliqué ce qu'il entendait du terme « contrôle ». Avec égards, aucune définition correcte de ce mot ne permet d'affirmer que le contrôle peut viser des articles qui n'ont jamais été en la possession du ministère public ou que celui-ci n'est pas légalement autorisé à retirer à leur propriétaire légitime. Nous estimons qu'il n'existe aucun fondement qui permettait au juge de conclure raisonnablement que ces téléphones cellulaires, y compris celui qui

avait été vendu et celui qui avait été remplacé, avaient été, à quelque moment que ce soit, sous le contrôle du ministère public. En outre, on ne peut soutenir que les téléphones cellulaires en cause étaient sous le contrôle de la police lorsque les demandes de communication ont été faites. Il est tout simplement erroné de conclure qu'un témoin renonce au contrôle de son téléphone et de son contenu en entier tant qu'une affaire n'est pas close du simple fait qu'il a remis certains messages textes à la police ou l'a autorisée à extraire de son téléphone certains renseignements précis. Ne pourrions-nous pas dire que ce même argument pourrait s'appliquer théoriquement à un ordinateur si les messages textes avaient été transmis ou reçus sur ce support puis communiqués à la police? Bien que les témoins puissent avoir autorisé la police à extraire des renseignements précis de leur téléphone cellulaire à des fins limitées, on ne peut soutenir que la police ait conservé indéfiniment la possession ou un contrôle quelconque sur le téléphone ou l'ensemble de son contenu (y compris les renseignements ajoutés après que la police a retiré les renseignements dont elle avait besoin).

[43] En l'espèce, les fruits de l'enquête ont été communiqués à M. Lui. S'il voulait obtenir d'autres renseignements sur les téléphones, il aurait dû présenter une demande de communication d'un tiers, sous le régime de l'arrêt *Mills* en l'occurrence. Le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu'il a appliqué le mauvais régime, en modifiant le cadre établi dans l'arrêt *Stinchcombe* et en ordonnant au ministère public de communiquer et de produire des articles qui n'avaient jamais été en sa possession ou sous son contrôle. La décision du juge est incompatible avec le droit canadien et fait abstraction des raisons pour lesquelles les régimes de communication d'un tiers existent.

VI. Dispositif

[44] Ce sont là les motifs pour lesquels, au terme de l'audience, nous avons accueilli l'appel, annulé l'ordonnance du juge et ordonné la tenue d'un nouveau procès. À la demande des parties et parce que nous ordonnons la tenue d'un nouveau procès à l'égard duquel les présents motifs peuvent être pertinents, nous exerçons le pouvoir qui

nous est conféré au par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, et ordonnons que ces motifs soient publiés d'abord en anglais, puis en français.