

R. v. McGregor, 2020 CMAC 8

CMAC 602

Corporal C.R. McGregor

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Ottawa, Ontario, June 26, 2020.

Judgment: Ottawa, Ontario, December 31, 2020.

Present: Bell C.J., Rennie and Pardu J.J.A.

On appeal from the legality of the conviction by a Standard Court Martial held at Canadian Forces Base Esquimalt, British Columbia, on September 30, 2019 (2019 CM 4015).

Constitutional Law — Evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7, 8, 11(d) and 24(2) — Right to be secure against unreasonable search or seizure — Extra-territorial application Canadian Charter of Rights and Freedoms — Canada's primary criminal and disciplinary jurisdiction over members of the Canadian Armed Forces posted abroad — Acquiescence by the foreign state not established following the Supreme Court of Canada decision in Hape — The Charter did not have extra-territorial application in this case — Requirement of trial fairness — All three Grant factors militate in favour of the admission of the evidence.

As he was posted to the Canadian Defence Liaison Staff at the Canadian Embassy in Washington, D.C. and lived in Alexandria, Virginia, the appellant's residence and computers were searched by Canadian Forces National Investigation Service (CFNIS) investigators and Alexandria Police agents. The investigation was initiated when a member of the Canadian Armed Forces discovered an audio recording device in her residence. A CFNIS investigator had reasonable grounds to believe the appellant was involved and did the necessary to obtain a search warrant from the Virginia State, by obtaining, especially, a diplomatic note from the Embassy of Canada waiving the appellant's immunity with respect to his residence. With the evidence found during the search, the appellant was convicted by a Standard Court Martial of two counts of voyeurism, one count of possession of a device for unlawful interception, one count of sexual assault and one count of disgraceful conduct. The appellant was sentenced to imprisonment for

R. c. McGregor, 2020 CACM 8

CMAC 602

Caporal C.R. McGregor

Appellant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Ottawa (Ontario), le 26 juin 2020.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 31 décembre 2020.

Devant : Le juge en chef Bell et les juges Rennie et Pardu, J.C.A.

Appel de la légalité du verdict de culpabilité rendu par la cour martiale permanente à la Base des Forces canadiennes Esquimalt (Colombie-Britannique), le 30 septembre 2019 (2019 CM 4015).

Droit constitutionnel — Preuve — Charte canadienne des droits et libertés art. 7, 8, 11d) et 24(2) — Droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives — Application extraterritoriale de la Charte canadienne des droits et libertés — Juridiction du Canada en matière pénale et disciplinaire sur les membres des Forces armées canadiennes affectés à l'étranger — Acquiescement de l'État étranger non établie selon l'arrêt Hape de la Cour suprême du Canada — La Charte n'avait pas d'application extraterritoriale en l'espèce — Exigence relative à l'équité du procès — Les trois facteurs de l'arrêt Grant militent en faveur de l'admission des éléments de preuve.

Alors qu'il était affecté à l'État-major de liaison des Forces canadiennes à l'ambassade du Canada à Washington et qu'il habitait la ville d'Alexandria en Virginie, la résidence et les ordinateurs de l'appelant ont été fouillés par des enquêteurs du Service national des enquêtes des Forces canadiennes (SNEFC) et des agents du service de police d'Alexandria. L'enquête avait été initiée alors qu'une membre des Forces armées canadiennes avait découvert un dispositif d'enregistrement audio dans sa résidence. Un enquêteur de la SNEFC avait des motifs raisonnables de croire que l'appelant était impliqué et il a fait les démarches pour obtenir un mandat de perquisition de l'État de la Virginie, en obtenant notamment une note diplomatique de l'ambassade du Canada renonçant à l'immunité de l'appelant relativement à sa demeure. Avec la preuve acquise lors de la saisie, l'appelant a été déclaré coupable par la cour martiale permanente de deux chefs d'accusation de voyeurisme, d'un chef de possession d'un dispositif

a period of 36 months and was dismissed with disgrace. This appeal raises the question of the extraterritorial application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) in circumstances where the target of a criminal investigation is a member of the Canadian Armed Forces being on foreign soil. At the Court Martial hearing, the appellant sought to exclude evidence based on an alleged violation of his section 8 Charter right to be free from unreasonable search or seizure. The Military Judge concluded the Charter did not apply extraterritorially and that allowing this evidence did not breach the appellant's common law right to a fair trial. According to the appellant, the *Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces* (NATO SOFA) and the *Vienna Convention on Diplomatic Relations* permit the enforcement of the CFNIS's jurisdiction abroad, and with it, the Charter. The appellant then contends the Military Judge erred in failing to apply the Charter to the conduct of the Canadian investigators while engaged in the search and seizure at his home. Also, Canada's waiver of his immunity related to his residence only and had no impact upon Canada's jurisdiction to his electronics under the NATO SOFA. He argues, relying on the Supreme Court of Canada decision in *Vu*, that the Canadian investigators were required to obtain a separate warrant and waiver of diplomatic immunity authorizing the search of his electronic devices and that because they did not do so, he was the victim of a warrantless, unauthorized, search. Finally, the appellant argues that the manner of the search was unreasonable, submitting that once the investigators discovered evidence of child pornography and sexual assault, not covered by the warrant, they were obliged to stop searching and obtain further judicial authorization to conduct the search.

Held: Appeal dismissed.

The appeal is dismissed and the appellant's convictions are maintained. The Supreme Court of Canada decision in *Hape* provides that the Charter could apply to the conduct of a Canadian state actor by way of exception to the principle of sovereignty where the host nation consents or where an international rule of law permits the exercise of enforcement jurisdiction in a foreign country. These exceptions constitute what is called "acquiescence by the foreign state". In this case, all participants in the search recognized the necessity of the search warrant issued by a Virginia Court. The search of real property pursuant to a warrant was an exercise of sovereign American authority. Therefore, this Court concludes that the exception of acquiescence is

d'interception illégale, d'un chef d'agression sexuelle et d'un chef de conduite déshonorante. L'appellant a été condamné à une peine d'emprisonnement de 36 mois et sa destitution ignominieuse a été prononcée. L'appel porte sur l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte) lorsqu'une personne visée par une enquête criminelle est membre des Forces armées canadiennes et se trouve à l'étranger. Lors de l'audience devant la cour martiale, l'appellant a cherché à faire exclure des éléments de preuve au motif qu'il y a eu violation de son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'article 8 de la Charte. Le juge militaire a conclu que la Charte ne s'appliquait pas à l'extérieur du Canada et que le fait d'admettre en preuve ces éléments ne violait pas le droit de l'appellant à un procès équitable reconnu par la common law. Selon l'appellant, la *Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces* (SOFA de l'OTAN) et la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* permettent au SNEFC d'exercer sa compétence à l'étranger, et autorisent de ce fait l'application de la Charte. L'appellant soutient ainsi que le juge militaire a commis une erreur parce qu'il n'a pas appliqué la Charte aux actes des enquêteurs canadiens lors de la perquisition et de la saisie effectuées à son domicile. Aussi, la renonciation à son immunité par le Canada ne visait que sa demeure et n'avait aucune incidence sur la compétence du Canada à l'égard de ses dispositifs électroniques en vertu de la SOFA de l'OTAN. En s'appuyant sur l'arrêt *Vu* de la Cour suprême du Canada, il soutient que les enquêteurs canadiens étaient tenus d'obtenir un mandat et une renonciation à l'immunité diplomatique distincts autorisant la fouille de ses dispositifs électroniques et que, vu leur défaut, il a été victime d'une fouille sans mandat non autorisée. Enfin, l'appellant soutient que la fouille a été effectuée de manière abusive, alléguant que les enquêteurs étaient tenus, aussitôt qu'ils ont découvert des preuves de pornographie juvénile et d'agression sexuelle non visées par le mandat, de cesser la fouille et d'obtenir une nouvelle autorisation judiciaire avant de procéder à la fouille.

Arrêt : Appel rejeté.

L'appel est rejeté et les déclarations de culpabilité sont confirmées. L'arrêt *Hape* de la Cour suprême du Canada établit que la Charte peut s'appliquer aux actes d'un acteur étatique canadien par dérogation au principe de la souveraineté lorsque le pays d'accueil y consent ou lorsqu'une règle de droit international permet l'exercice d'une compétence à l'étranger. Ces exceptions constituent ce que l'on appelle « l'acquiescement de l'État étranger ». En l'espèce, toutes les personnes ayant participé à la perquisition ont reconnu qu'il fallait un mandat de perquisition délivré par une cour de la Virginie. La fouille de biens immeubles autorisée par un mandat constituait un exercice du pouvoir souverain des États-Unis. Par conséquent, cette Cour conclut que

not established. Then, Canada and the United States both entered the NATO SOFA. According to the Agreement, as the offences were committed solely against another member of the Canadian Armed Forces, Canada had primary criminal and disciplinary jurisdiction over the appellant's person, but not over his real property; there was nothing that could rebut the presumption of territorial sovereignty from *Hape*. The Military Judge did not err in concluding that the Charter did not apply to the conduct of the Canadian investigators in respect of the search of the appellant's residence. After, if it is incumbent upon the Military Judge to look to whether the Charter applies, he must also determine whether the admission of the impugned evidence would affect the appellant's right to a fair trial. Evidence gathered abroad may be excluded from a Canadian trial if it was gathered in a way that undermines trial fairness as guaranteed by paragraph 11(d) of the Charter or in a manner that violates the principles of fundamental justice under section 7, in other words if it was gathered in an abusive manner. Under the circumstances, the admissibility of the evidence gathered in the United States by both American and Canadian authorities must be measured by assessing its impact on trial fairness in situations of domestic trials of Canadian servicemen and women. This Court is of the opinion that, in this case, the investigators had prior judicial authorization to search the electronic devices; the search was not warrantless. Also, upon discovering evidence of other crimes, those devices were immediately set aside and no further search of their contents was undertaken until a Canadian warrant could be obtained. This Court is of the view the search was conducted reasonably and would have been in compliance with Charter standards had the search been wholly conducted in Canada under Canadian warrants. Finally, in the event this Court is incorrect and Canadian state actors violated the appellant's section 8 Charter right, the evidence would nevertheless be admitted. The test for determining whether evidence ought to be excluded under subsection 24(2) of the Charter was set out in *Grant* by the Supreme Court of Canada: trial courts are to consider the seriousness of the Charter-infringing state conduct, the impact of the breach on the Charter-protected interests of the accused and society's interest in the adjudication of the case on its merits. In this case, the CFNIS agents acted in good faith and were not wilfully blind to, nor did they blatantly disregard, the appellant's Charter rights; the impact of the breach on the appellant's rights was minimal as the breach, if any, was merely technical; and society's interest remains high in seeing this case adjudicated on its merits given the serious nature of the offences.

l'exception fondée sur l'acquiescement n'est pas établie. Ensuite, le Canada et les États-Unis ont tous deux adhéré à la SOFA de l'OTAN. Selon la Convention, comme la victime était un autre membre des Forces armées canadiennes, la juridiction en matière pénale et disciplinaire sur la personne de l'appelant revenait au Canada, mais non sur les biens immeubles; rien ne permettait de réfuter la présomption de la souveraineté territoriale de l'arrêt *Hape*. Le juge militaire n'a pas conclu à tort que la Charte ne s'appliquait pas aux actes des enquêteurs canadiens en ce qui concerne la fouille et la perquisition à la résidence de l'appelant. Par la suite, s'il incombe au juge militaire d'examiner si la Charte s'applique, il doit également déterminer si l'admission d'éléments de preuve contestés lors d'un procès canadien porterait atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Un élément de preuve recueilli à l'étranger peut être écarté lorsque la façon dont il a été obtenu compromet l'équité du procès garantie par l'alinéa 11d) de la Charte ou viole les principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la Charte, en d'autres mots s'ils ont été obtenus de manière abusive. Dans les circonstances, la recevabilité des éléments de preuve recueillis aux États-Unis par les autorités américaines et canadiennes doit être évaluée selon leur incidence sur l'équité du procès lorsque des militaires canadiens sont jugés au Canada. Cette Cour est d'avis qu'en l'espèce, les enquêteurs avaient l'autorisation judiciaire préalable de fouiller et saisir les dispositifs électroniques; la fouille n'a pas été effectuée sans mandat. Aussi, dès la découverte d'éléments de preuve d'autres actes criminels, les dispositifs visés ont été immédiatement mis de côté et aucune autre fouille de leur contenu n'a été entreprise jusqu'à ce qu'un mandat canadien puisse être obtenu. Cette Cour estime que la fouille n'a pas été effectuée de manière abusive, et que si elle avait été entièrement menée au Canada sous l'autorité d'un mandat canadien, elle aurait été conforme aux exigences de la Charte. Finalement, dans l'éventualité où cette Cour aurait tort et que les acteurs étatiques canadiens ont porté atteinte au droit de l'appelant garanti par l'article 8 de la Charte, les éléments de preuve seraient tout de même admis. Le critère pour déterminer s'il y a lieu d'exclure des éléments de preuve en application du paragraphe 24(2) de la Charte est celui de l'arrêt *Grant* de la Cour suprême du Canada : le juge de première instance doit examiner la gravité de la conduite attentatoire de l'État, l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la Charte et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. En l'espèce, les agents du SNEFC ont agi de bonne foi et n'ont pas volontairement négligé les droits que la Charte garantit à l'appelant, et leurs actes ne traduisent pas non plus un mépris flagrant de ses droits; l'effet de la violation sur les droits de l'appelant est négligeable, voire inexistant, puisqu'elle était simplement de nature technique; et l'intérêt de la société à ce que cette affaire soit jugée au fond demeure important compte tenu de la gravité des infractions.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 10(b), 11(d), 24(2), 32(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 162(1), 191(1), 271.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 60(1), 68, 93, 155(1), 163.5, 235(1).
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O), art. 106.05.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces, 19 June 1951, Can. T.S. 1953 No. 13, art. II, VI, VII 1(a), VII 3, VII 3(a), VII 6(a).
Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18 April 1961, 500 U.N.T.S. 95, art. 22(1),(3), 30(1), 31(1), 32(1),(2).

CASES CITED

R. v. Cook, [1998] 2 S.C.R. 597, 164 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Crawley*, 2018 ONCJ 394, 148 W.C.B. (2d) 31; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, 128 D.L.R. (4th) 98; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *R. v. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241; *R. v. KZ*, 2014 ABQB 235, 312 C.C.C. (3d) 346; *R. v. Tan*, 2014 BCCA 9, 349 B.C.A.C. 91; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, 135 D.L.R. (4th) 214; *R. v. Villaroman*, 2018 ABCA 220, 72 Alta. L.R. (6th) 1; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *Schreiber v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 841, 158 D.L.R. (4th) 577; *United States v. Khadr*, 2010 ONSC 4338, 322 D.L.R. (4th) 483; *United States v. Shulman*, 2001 SCC 21, [2001] 1 S.C.R. 616.

AUTHORS CITED

Henein, Marie. 2021 *Martin's Annual Criminal Code*, Judicial Edition. Toronto: Thompson Reuters, 2020.

COUNSEL

Captain Diana Mansour, for the appellant.
Major Stephan Poitras, for the respondent.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 10b), 11d), 24(2), 32(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 162(1), 191(1), 271.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 60(1), 68, 93, 155(1), 163.5, 235(1).
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC), art. 106.05.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 18 avril 1961, 500 R.T.N.U. 95, art. 22(1),(3), 30(1), 31(1), 32(1),(2).
Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, 19 juin 1951, R.T. Can. 1953, n° 13, art. II, VI, VII 1a), VII 3, VII 3a), VII 6a).

JURISPRUDENCE CITÉE

États-Unis d'Amérique c. Shulman, 2001 CSC 21, [2001] 1 R.C.S. 616; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, 164 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Crawley*, 2018 ONCJ 394, 148 W.C.B. (2d) 31; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 128 D.L.R. (4th) 98; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *R. v. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241; *R. v. KZ*, 2014 ABQB 235, 312 C.C.C. (3d) 346; *R. v. Tan*, 2014 BCCA 9, 349 B.C.A.C. 91; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, 135 D.L.R. (4th) 214; *R. v. Villaroman*, 2018 ABCA 220, 72 Alta. L.R. (6th) 1; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, 158 D.L.R. (4th) 577; *United States v. Khadr*, 2010 ONSC 4338, 322 D.L.R. (4th) 483.

DOCTRINE CITÉE

Henein, Marie. 2021 *Martin's Annual Criminal Code*, Judicial Edition. Toronto: Thompson Reuters, 2020.

AVOCATS

Capitaine Diana Mansour, pour l'appellant.
Major Stephan Poitras, pour l'intimée.

Table of contents

	Paragraphs
I. Overview	1
II. Facts	12
III. The Court Martial decision	18
IV. The positions of the appellant and respondent	22
V. Analysis	31
A. Extraterritorial application of the Charter—basic principles	31
B. Evidence of acquiescence	33
C. The effect of the NATO SOFA.....	45
D. The requirement of trial fairness.....	54
VI. Conclusion.....	69

The following are the reasons for judgment delivered in English by

THE COURT:

I. Overview

[1] This appeal is one of first impression. It raises the question of the extraterritorial application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, (Charter) in circumstances where the target of a criminal investigation was a member of the Canadian Armed Forces who was required to be on foreign soil.

[2] While stationed in Washington, D.C. and living in Alexandria, Virginia, the appellant, Cpl McGregor, became the subject of a criminal investigation by the Canadian Forces National Investigation Service (CFNIS). Under the authority of a search warrant issued by a magistrate of the State of Virginia Court, an officer of the Alexandria police searched Cpl McGregor's residence and computers. At the

Table des matières

	Paragraphes
I. Aperçu.....	1
II. Les faits.....	12
III. La décision de la cour martiale	18
IV. Les thèses de l'appelant et de l'intimée.....	22
V. Analyse	31
A. L'application extraterritoriale de la Charte — les principes de base	31
B. La preuve de l'acquiescement	33
C. L'incidence de la SOFA de l'OTAN.....	45
D. L'exigence relative à l'équité du procès.....	54
VI. Conclusion.....	69

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés par

LA COUR :

I. Aperçu

[1] Le présent appel soulève une question qui n'a jamais été examinée, à savoir l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), lorsque la personne visée par une enquête criminelle était membre des Forces armées canadiennes et devait être à l'étranger.

[2] Alors qu'il était en poste à Washington et qu'il habitait à Alexandria, en Virginie, l'appelant, le capl McGregor, a fait l'objet d'une enquête criminelle menée par le Service national des enquêtes des Forces canadiennes (le SNEFC). Muni d'un mandat de perquisition délivré par un magistrat d'une cour de l'État de la Virginie, un agent du service de police d'Alexandria a fouillé la résidence et les ordinateurs du capl

subsequent Court Martial, Cpl McGregor sought to exclude evidence based on an alleged violation of his section 8 Charter right to be free from unreasonable search or seizure. The Military Judge concluded the Charter did not apply extraterritorially and that allowing this evidence did not breach Cpl McGregor's common law right to a fair trial.

[3] The Military Judge convicted Cpl McGregor of two counts of voyeurism, contrary to subsection 162(1) of the *Criminal Code*, RSC 1985, c. C-46 (*Criminal Code*); one count of possession of a device for unlawful interception, contrary to subsection 191(1) of the *Criminal Code*; one count of sexual assault, contrary to section 271 of the *Criminal Code*; and, one count of disgraceful conduct, contrary to section 93 of the *National Defence Act*, RSC 1985, c. N-5 (NDA). Although originally stated in his notice of appeal that he was appealing both the conviction and the sentence, neither Cpl McGregor nor the Crown addressed the sentencing issues in their written submissions and these issues were abandoned by Cpl McGregor at the outset of the hearing.

[4] The extraterritorial application of the Charter has been the subject of some debate in Canadian courts. This is understandable, given the diversity of circumstances and legal frameworks in which the question can arise.

[5] In *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562 (*Harrer*); *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207 (*Terry*); *Schreiber v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 841 (*Schreiber*), the Supreme Court of Canada concluded the Charter does not apply to the actions of foreign authorities. The test for the admissibility of evidence obtained in a foreign jurisdiction by foreign authorities is not measured against compliance with the Charter but rather by its effect upon trial fairness. That is, would the admission of the evidence be so "grossly unfair as to repudiate the values underlying our trial system and condone procedures which

McGregor. Lors de l'audience devant la cour martiale qui a suivi la perquisition, le capl McGregor a cherché à faire exclure des éléments de preuve au motif qu'il y a eu violation de son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'article 8 de la Charte. Le juge militaire a conclu que la Charte ne s'appliquait pas à l'extérieur du Canada et que le fait d'admettre en preuve ces éléments ne violait pas le droit du capl McGregor à un procès équitable reconnu par la common law.

[3] Le juge militaire a déclaré le capl McGregor coupable relativement à deux chefs d'accusation de voyeurisme, une infraction prévue au paragraphe 162(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le *Code criminel*), à un chef de possession d'un dispositif d'interception illégale, une infraction prévue au paragraphe 191(1) du *Code criminel*, à un chef d'agression sexuelle, une infraction prévue à l'article 271 du *Code criminel*, et à un chef de conduite déshonorante, une infraction prévue à l'article 93 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la LDN). Bien que le capl McGregor ait initialement indiqué dans son avis d'appel qu'il faisait appel des déclarations de culpabilité et de la peine, ni le capl McGregor ni le ministère public n'ont examiné les questions liées à la peine dans leurs observations écrites, et le capl McGregor a abandonné ce moyen d'appel au début de l'audience.

[4] L'application extraterritoriale de la Charte fait l'objet de débat devant les tribunaux canadiens. Cela est fort compréhensible, étant donné le grand nombre de circonstances et des situations juridiques dans lesquelles la question peut se poser.

[5] Dans les arrêts *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562 (*Harrer*), *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207 (*Terry*), et *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841 (*Schreiber*), la Cour suprême du Canada a conclu que la Charte ne s'applique pas aux actes posés par des autorités étrangères. Le critère pour déterminer l'admissibilité d'éléments de preuve recueillis par des autorités étrangères à l'étranger n'est pas celui prescrit par la Charte; il est plutôt fonction de l'incidence de cette admissibilité sur l'équité du procès. En d'autres termes, il faut décider si l'admission des

are anathema to the Canadian conscience” (*Harrer* at paragraph 51).

[6] The test for the admissibility of evidence gathered by Canadian authorities acting on foreign soil has received differing treatment from the Supreme Court of Canada. In *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597 (*Cook*), a case which concerned the admissibility of a statement obtained abroad by Canadian law enforcement officials, the Court concluded the Charter applied provided such application did not have objectionable extraterritorial effect. The Court failed to define “objectionable extraterritorial effect”. In *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 (*Hape*), a majority of five, under the pen of Justice LeBel, speaking on behalf of the majority overturned *Cook*. Justice LeBel opined that the very act of applying the Charter to an investigation on foreign soil constitutes objectionable extraterritorial application of Canadian enforcement jurisdiction. We also note that the issue of the extraterritorial application of the Charter was also the subject of a comprehensive analysis in *R. v. Tan*, 2014 BCCA 9, under the pen of Justice Bennett speaking on behalf of the court.

[7] Although we agree with the Military Judge that, pursuant to *Hape*, the Charter did not apply to the appellant working abroad, that conclusion does not end the matter. Pursuant to *Hape*, even in situations where the Charter does not apply, the trial judge retains the residual discretion to exclude evidence that would render a Canadian trial unfair (at paragraph 109). It was therefore incumbent upon the Military Judge to consider the issue of trial fairness prior to admitting the impugned evidence.

[8] Unlike the case of an average citizen abroad, Canadian military personnel bear the burden of the extraterritorial application of Canadian criminal law through the Code of Service Discipline set out in section 163.5 of the NDA. However, they may also

éléments de preuve constituerait-elle une « injustice criante au point de rejeter les valeurs qui sous-tendent notre système judiciaire et de tolérer des procédures qui sont totalement condamnées au Canada » (*Harrer*, au paragraphe 51).

[6] La Cour suprême du Canada a appliqué de manières différentes le critère relatif à l’admissibilité des éléments de preuve recueillis par des autorités canadiennes agissant à l’étranger. Dans l’arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597 (*Cook*), qui portait sur l’admissibilité d’une déclaration obtenue à l’étranger par des policiers canadiens, la Cour a conclu que la Charte s’appliquait, à condition que cela ne produise pas un effet extraterritorial inacceptable. La Cour n’a toutefois pas défini l’expression « effet extraterritorial inacceptable ». Dans l’arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 (*Hape*), le juge LeBel, s’exprimant au nom des cinq juges majoritaires, a infirmé l’arrêt *Cook*. Le juge LeBel a conclu que le seul fait d’appliquer la Charte à une enquête à l’étranger est en soi une application extraterritoriale inacceptable de la compétence d’exécution du Canada. Il convient de souligner que la question de l’application extraterritoriale de la Charte a également fait l’objet d’une analyse complète dans l’arrêt *R. v. Tan*, 2014 BCCA 9, dont les motifs ont été rédigés par la juge Bennett s’exprimant au nom de la Cour.

[7] Bien que nous soyons d’accord avec le juge militaire que, conformément à l’arrêt *Hape*, la Charte ne s’appliquait pas à l’appelant lorsqu’il travaillait à l’étranger, cette conclusion ne scelle pas le sort de l’affaire. Suivant l’arrêt *Hape*, même dans les situations où la Charte ne s’applique pas, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel d’exclure les éléments de preuve qui rendraient inéquitable le procès instruit au Canada (au paragraphe 109). Il incombait donc au juge militaire d’examiner la question de l’équité du procès avant d’admettre les éléments de preuve contestés.

[8] Contrairement aux citoyens ordinaires à l’étranger, les militaires canadiens sont assujettis à l’application extraterritoriale du droit criminel canadien au moyen du code de discipline militaire, conformément à l’article 163.5 de la LDN. Toutefois, ils peuvent

benefit from “Status of Forces” agreements such as the *Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces*, 19 June 1951, Can. T.S. 1953 No. 13 (entered into force August 23, 1953) (NATO SOFA). These agreements stipulate the circumstances under which Canadian or foreign law can apply to military personnel. They also provide, again uniquely to the men and women of the Canadian Armed Forces, for their Canadian prosecution and trial on foreign soil. We note, parenthetically, that in recent years Court Martial trials can and have taken place outside of Canada in a diverse range of countries, including The Federal Republic of Germany, the Republic of Croatia as well as the Islamic Republic of Afghanistan.

[9] In consequence, Canadian military personnel serving abroad, uniquely bear the burden of both Canadian and, in most cases, local criminal law. It is local authorities, usually with the support of CFNIS, which conduct investigations and collect evidence on foreign soil. The substantive and procedural criminal laws of the local jurisdiction govern these investigations and searches, and deviations from Charter rights in the collection of evidence by local authorities may have an impact on the fairness of Court Martial trials.

[10] Courts must necessarily be cognisant of the broader legal architecture governing the status of members of Canadian Armed Forces abroad, as well as of differences in substantive and procedural criminal law in countries where members are also subject to Canadian law. Therefore, for military personnel, a trial fairness analysis should begin with a determination of whether there were any Charter breaches before determining if those breaches, or some other affront to trial fairness, warrant the rejection of evidence.

[11] In this instance, given the similarities in the substantive and procedural laws, which exist in both the

également bénéficier des conventions sur le « statut des forces », telles que la *Convention entre les États parties au Traité de l’Atlantique Nord sur le statut de leurs forces*, 19 juin 1951, R.T. Can. 1953, n° 13 (entrée en vigueur le 23 août 1953) (la SOFA de l’OTAN). Ces conventions précisent les circonstances dans lesquelles le droit canadien ou étranger s’applique aux militaires. Elles prévoient également, là encore uniquement en ce qui concerne les membres des Forces armées canadiennes, qu’ils peuvent être poursuivis et jugés à l’étranger en vertu du droit canadien. Nous soulignons, incidemment, qu’au cours des dernières années, des procès devant la cour martiale ont eu lieu à l’extérieur du Canada dans divers pays, dont la République fédérale d’Allemagne, la République de Croatie et la République islamique d’Afghanistan.

[9] En conséquence, le militaire canadien en affectation à l’étranger est exceptionnellement assujéti à la fois au droit criminel canadien et, dans la plupart des cas, au droit criminel des États étrangers. Ce sont les autorités de ces États qui, généralement avec le soutien du SNEFC, mènent les enquêtes et recueillent les éléments de preuve à l’étranger. Le droit de fond en matière criminelle et la procédure pénale du pays régissent ces enquêtes, fouilles et perquisitions, et tout écart aux droits garantis la Charte lors de la collecte d’éléments de preuve par les autorités locales peut avoir une incidence sur l’équité du procès devant une cour martiale.

[10] Les tribunaux doivent nécessairement être conscients du cadre juridique plus vaste qui détermine le statut des membres des Forces armées canadiennes à l’étranger, ainsi que des différences du droit de fond en matière criminelle et de la procédure pénale applicables à l’étranger, où les militaires sont également assujettis au droit canadien. Par conséquent, s’agissant des militaires, il convient de commencer l’analyse de l’équité du procès en se demandant s’il y a eu une atteinte aux droits garantis par la Charte, ou toute autre atteinte à l’équité du procès, pour ensuite déterminer si l’atteinte justifie le rejet des éléments de preuve.

[11] En l’espèce, compte tenu des ressemblances entre le droit de fond et le droit procédural des États-Unis

United States of America and Canada that serve to protect accused persons against unreasonable search and seizure, we would not interfere with the conclusion of the trial judge. The actions and procedures followed by both the Canadian and American Officials acting in the US would have complied with the Charter had it applied to them. Barring some other affront to trial fairness, their actions could in no way negatively impact the fairness of Cpl McGregor's subsequent trial. We would dismiss the appeal.

II. Facts

[12] Between August 2015 and March 2017, Cpl McGregor, then a non-commissioned member of the regular force of the Canadian Armed Forces, was posted to the Canadian Defence Liaison Staff at the Canadian Embassy in Washington, D.C. When posted to Washington, he held the status of a "diplomatic agent" pursuant to paragraph 31(1) of the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 18 April 1961, 500 U.N.T.S. 95 (entered into force June 24, 1964) (Vienna Convention). In that capacity, he benefitted from immunity of his person, property, and residence.

[13] On January 28, 2017, another member of the Canadian Armed Forces posted in Washington discovered an audio recording device in her residence. She made a complaint and the CFNIS commenced an investigation. The lead investigator, Lt Rioux, concluded there were reasonable and probable grounds to believe Cpl McGregor had committed the offences of interference and voyeurism. The investigator also concluded he could not obtain a search warrant under Canadian law for Cpl McGregor's Virginia residence. He was correct. A Commanding Officer may only issue a warrant in relation to property under the control of the Canadian Armed Forces pursuant to article 106.05 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O).

[14] As a result, Lt Rioux sought the assistance of the Alexandria Police Force for purposes of obtaining a search warrant to permit entry into and a search of,

d'Amérique et ceux du Canada, qui protègent les accusés contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, nous ne modifierons pas la conclusion du juge du procès. Les actes des fonctionnaires canadiens et américains agissant aux États-Unis, tout comme les procédures suivies par ceux-ci, auraient été conformes à la Charte si elle s'était appliquée à eux. À moins que l'équité du procès soit compromise d'une autre manière, les actes de ces fonctionnaires n'ont aucunement nui à l'équité du procès ultérieur du capl McGregor. Nous rejetterons l'appel.

II. Les faits

[12] D'août 2015 à mars 2017, le capl McGregor, alors militaire du rang en service dans la force régulière des Forces armées canadiennes, a été affecté à l'État-major de liaison des Forces canadiennes à l'ambassade du Canada à Washington. Lorsqu'il était en poste à Washington, il était « agent diplomatique » au sens du paragraphe 31(1) de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 18 avril 1961, 500 R.T.N.U. 95 (entrée en vigueur le 24 juin 1964) (la Convention de Vienne). En cette qualité, il jouissait d'une immunité quant à sa personne, à ses biens et à sa demeure.

[13] Le 28 janvier 2017, un autre membre des Forces armées canadiennes en poste à Washington a découvert un dispositif d'enregistrement audio dans sa résidence. Elle a porté plainte et le SNEFC a ouvert une enquête. L'enquêteur principal, le Lt Rioux, a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables et probables de croire que le capl McGregor avait commis les infractions de possession d'un dispositif d'interception illégale et de voyeurisme. L'enquêteur a également conclu, à bon droit, qu'il ne pouvait pas en vertu du droit canadien obtenir un mandat de perquisition l'autorisant à fouiller la résidence du capl McGregor en Virginie. Aux termes de l'article 106.05 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (les ORFC), un commandant ne peut délivrer un mandat que pour des biens placés sous l'autorité des Forces armées canadiennes.

[14] En conséquence, le Lt Rioux a demandé l'aide du service de police d'Alexandria afin d'obtenir un mandat de perquisition l'autorisant à pénétrer dans

Cpl McGregor's residence and any electronic devices found therein. The Alexandria Police agreed to assist but advised they could not apply for a warrant due to Cpl McGregor's diplomatic immunity. As a result, Canada, via diplomatic note WSHDC-4086, dated February 14, 2017, from the Embassy of Canada to the American Secretary of State, waived Cpl McGregor's immunity with respect to his residence pursuant to article 30 of the Vienna Convention. However, Cpl McGregor retained his personal inviolability and his immunity from arrest.

[15] The waiver in hand, the Alexandria Police obtained a warrant from the Virginia State Court. The operative parts of that warrant are set out below:

You are hereby commanded in the name of the Commonwealth to forthwith search the following place, person or thing either in the day or night ... for the following property, objects and/or persons: Camera, video recorder, other electronic audio/photo/video recording devices, computer, cell phone, other internet access devices, internet services devices, external electronic storage devices, and analysis of the seized items. Photographing of the premise and/or seized items.

[16] On February 16, 2017, three members of the CFNIS and the Alexandria Police executed a search warrant at Cpl McGregor's residence. The Alexandria Police breached the door, secured the premises, and then invited the CFNIS to conduct the search. Two forensic investigators, one from CFNIS and one from the Alexandria Police, performed a triage by searching most of the electronic devices in order to determine which items to seize. Not all the devices were triaged at the scene due to the time constraints set out in the warrant. Any devices the investigators were unable to triage on-site were seized along with the previously triaged devices containing evidence the investigators reasonably believed was the subject of the warrant.

la résidence du capl McGregor et à procéder à une fouille des lieux et de tout dispositif électronique s'y trouvant. Le service de police d'Alexandria a accepté d'aider le lieutenant, mais a indiqué qu'il ne pouvait pas demander un tel mandat en raison de l'immunité diplomatique dont bénéficiait le capl McGregor. En conséquence, le Canada, au moyen de la note diplomatique WSHDC-4086, du 14 février 2017, envoyée par l'ambassade du Canada au secrétaire d'État américain, a renoncé à l'immunité du capl McGregor relativement à sa demeure suivant l'article 30 de la Convention de Vienne. Le capl McGregor a toutefois continué de jouir de l'inviolabilité de sa personne et de bénéficier de l'immunité en matière d'arrestation.

[15] La renonciation en question a permis au service de police d'Alexandria d'obtenir un mandat de la cour de l'État de la Virginie. Voici le dispositif de ce mandat :

[TRADUCTION] Par la présente, vous êtes autorisés, au nom du Commonwealth, à procéder immédiatement à la fouille du lieu, de la personne ou des choses, de jour ou de nuit [...], à la recherche des biens, objets et/ou personnes qui suivent : appareil photo, caméra, autres dispositifs électroniques d'enregistrement audio/photo/vidéo, ordinateur, téléphone cellulaire, autres dispositifs d'accès à Internet, dispositifs de services Internet, dispositifs de stockage électronique externe, et à faire l'analyse des objets saisis. La photographie des locaux et/ou des objets saisis est autorisée.

[16] Le 16 février 2017, trois membres du SNEFC et de la police d'Alexandria ont exécuté le mandat de perquisition à la résidence du capl McGregor. Les policiers d'Alexandria ont forcé la porte et protégé les lieux, puis ont invité les agents du SNEFC à procéder à la perquisition. Deux enquêteurs spécialisés en criminalistique, l'un provenant du SNEFC et l'autre, de la police d'Alexandria, ont choisi les objets à saisir en fouillant la plupart des dispositifs électroniques afin de choisir les objets à saisir. Les dispositifs n'ont tous pas été triés sur place en raison des contraintes de temps prévues dans le mandat. Les enquêteurs ont saisi les dispositifs qu'ils n'ont pas pu trier sur place, ainsi que les dispositifs déjà choisis qui contenaient des éléments de preuve que les enquêteurs croyaient raisonnablement être visés par le mandat.

[17] A CFNIS investigator arrested Cpl McGregor while he was still in Washington and informed him of his paragraph 10(b) Charter right to counsel. That arrest on foreign soil was authorized by, and compliant with, the extraterritorial jurisdiction afforded to the investigator under subsection 155(1) of the NDA. The Alexandria Police, as required by the initial warrant, and similar to the return on warrant required of Canadian authorities under the Criminal Code, returned to the Virginia State Court to account for the items seized. The CFNIS then removed the seized electronic devices to Canada, where they obtained Canadian warrants from the Court Martial for purposes of conducting further analysis of those devices.

III. The Court Martial decision

[18] Cpl McGregor brought a subsection 24(2) Charter motion before the Military Judge to exclude the evidence obtained as a result of the search and seizure of electronic devices found in his residence in Virginia. He contended his right to be free from unreasonable search or seizure, as guaranteed by section 8 of the Charter, had been violated. Relying upon *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657 (*Vu*), he claimed a separate warrant should have been obtained to search the electronic devices. Applying *Hape*, above, the Military Judge concluded the Charter did not apply because the CFNIS could not obtain its own warrant to search the premises. It followed, according to the Military Judge, that the “legal umbrella” under which CFNIS conducted its investigation was Virginian law. The Military Judge relied on paragraph 104 of *Hape* to conclude: “Canada does not have authority over all matters respecting what the officer may or may not do in the foreign state. Where Canada’s authority is limited, so too is the application of the Charter.”

[19] The Military Judge went on to conclude that even had the Charter applied he would not have found a violation of Cpl McGregor’s Charter rights. He found as matters of fact that: (i) the search was executed pursuant to Virginia state law; (ii) the grounds

[17] Un enquêteur du SNEFC a arrêté le capl McGregor alors qu’il était encore à Washington et l’a informé de son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat garanti par l’alinéa 10b) de la Charte. L’enquêteur pouvait faire l’arrestation à l’étranger conformément au paragraphe 155(1) de la LDN et l’a fait de la façon prévue par ce paragraphe. Comme l’exigeait le mandat initial, le service de police d’Alexandria a fait rapport des objets saisis à la cour de l’État de la Virginie, de façon semblable à celle prévue en droit pénal canadien. Le SNEFC a ensuite envoyé les dispositifs électroniques saisis au Canada, où il a obtenu des mandats canadiens auprès de la cour martiale afin de procéder à une analyse plus approfondie de ces dispositifs.

III. La décision de la cour martiale

[18] Le capl McGregor a présenté au juge militaire une requête fondée sur le paragraphe 24(2) de la Charte visant à exclure les éléments de preuve obtenus lors de la fouille, la perquisition et la saisie des dispositifs électroniques trouvés dans sa demeure en Virginie. Il a invoqué son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que lui garantit l’article 8 de la Charte. S’appuyant sur l’arrêt *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657 (*Vu*), il a fait valoir qu’il fallait obtenir un mandat distinct pour la fouille et la perquisition des dispositifs électroniques. Suivant l’arrêt *Hape*, précité, le juge militaire a conclu que la Charte ne s’appliquait pas parce que le SNEFC ne pouvait pas obtenir son propre mandat de perquisition des lieux. Par conséquent, selon le juge militaire, le droit de la Virginie était le [TRADUCTION] « cadre juridique » applicable à l’enquête du SNEFC. Le juge militaire a fondé cette conclusion sur le paragraphe 104 de l’arrêt *Hape* : « Le Canada n’a pas compétence dans tous les domaines à l’égard des actes permis à l’agent dans l’autre État. Lorsque survient une telle limitation de la compétence du Canada, elle vaut aussi pour l’application de la Charte. »

[19] Le juge militaire a ensuite précisé que même si la Charte s’était appliquée, il n’aurait pas conclu à la violation des droits que la Charte garantit au capl McGregor. Il a tiré les conclusions de fait suivantes : i) la perquisition a été exécutée conformément au

relied upon to obtain the warrant in the United States would have been sufficient in Canada; and (iii) the search was conducted reasonably as there was authority in American law for the triage process performed at the residence prior to seizing the electronic equipment. Demonstrative of the reasonableness of the search, the Military Judge noted that any device found to contain evidence of a crime that was not the subject of the warrant was set aside for seizure, search and further analysis in Canada.

[20] Finally, even if there had been a violation of Cpl McGregor's section 8 Charter rights, the Military Judge concluded the evidence should not be excluded, as excluding the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The CFNIS acted in good faith and took care to limit the impact of the search. The breach, namely the absence of a second warrant as required by *Vu*, above, was not at the most serious end of the spectrum. Further, the evidence in question was reliable, otherwise discoverable in Canada under Canadian law, and extremely important to the prosecution of serious allegations.

[21] Following Cpl McGregor's convictions, the Military Judge sentenced him to imprisonment for a period of 36 months and dismissed him with disgrace from Her Majesty's service.

IV. The positions of the appellant and respondent

[22] Cpl McGregor contends that the NATO SOFA and article 31 of the Vienna Convention permit the enforcement of the CFNIS's jurisdiction abroad, and with it, the Charter.

[23] He asserts that subparagraphs 1(a) and 3(a) of article VII of the NATO SOFA subjected him to Canada's jurisdiction while abroad, and paragraph 31(1) of the Vienna Convention provided him diplomatic immunity, thereby affording both him and his residence protection that only Canadian authority

droit de l'État de la Virginie; ii) les motifs invoqués pour obtenir le mandat aux États-Unis auraient suffi au Canada; iii) la perquisition n'était pas abusive, car la doctrine et la jurisprudence américaines autorisent le processus de triage effectué à la résidence avant la saisie du matériel électronique. Pour illustrer le caractère non abusif de la perquisition, le juge militaire a souligné que tout dispositif contenant la preuve d'un acte criminel non visé par le mandat avait été mis de côté afin de faire l'objet d'une saisie, d'une fouille et d'une analyse plus approfondie au Canada.

[20] Enfin, le juge militaire a conclu que même s'il y avait eu une violation des droits que l'article 8 de la Charte garantit au capl McGregor, les éléments de preuve ne devaient pas être exclus, car l'exclusion serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le SNEFC avait agi de bonne foi et avait pris soin de limiter les incidences de la perquisition. La violation, à savoir l'absence d'un deuxième mandat comme l'exige l'arrêt *Vu*, précité, n'est pas une violation parmi les plus graves. De plus, les éléments de preuve en question étaient fiables, par ailleurs susceptibles d'être découverts au Canada en vertu du droit canadien, et extrêmement importants à la poursuite relative à de graves allégations.

[21] Après avoir déclaré le capl McGregor coupable relativement aux différents chefs, le juge militaire l'a condamné à une peine d'emprisonnement de 36 mois et a prononcé sa destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

IV. Les thèses de l'appellant et de l'intimée

[22] Le capl McGregor soutient que la SOFA de l'OTAN et l'article 31 de la Convention de Vienne permettent au SNEFC d'exercer sa compétence à l'étranger, et autorisent de ce fait l'application de la Charte.

[23] Le capl McGregor fait valoir qu'en vertu des alinéas 1a) et 3a) de l'article VII de la SOFA de l'OTAN, il était soumis à la compétence du Canada lorsqu'il était à l'étranger et qu'il jouissait de l'immunité diplomatique aux termes du paragraphe 31(1) de la Convention de Vienne, de sorte qu'il bénéficiait

could waive. He contends that Canada's waiver of his immunity related to his residence only and had no impact upon Canada's jurisdiction to his electronics under the NATO SOFA.

[24] Further, in acquiring a search warrant, the American authorities were merely assisting the Canadian actors in their investigation as required by article VII, subparagraph 6(a) of the NATO SOFA, which provides:

6. a. The authorities of the receiving and sending States shall assist each other in the carrying out of all necessary investigations into offences, and in the collection and production of evidence, including the seizure and, in proper cases, the handing over of objects connected with an offence. The handing over of such objects may, however, be made subject to their return within the time specified by the authority delivering them.

[25] Cpl McGregor contends the Military Judge erred in failing to apply the Charter to the conduct of the Canadian investigators while engaged in the search and seizure at his home. He submits that the waiver of diplomatic immunity leading to the issuance of the search warrant did not extend to a waiver of immunity from search of electronic devices, as the waiver of immunity of property of a diplomatic agent did not specifically extend to electronic information. He argues, relying on *Vu*, above, that the Canadian investigators were required to obtain a separate warrant and waiver of diplomatic immunity authorizing the search of his electronic devices and that because they did not do so, he was the victim of a warrantless, unauthorized, search. He says the trial judge gave undue weight to the scope of the American warrant authorizing the search and should have instead relied on *Vu*.

[26] Secondly, Cpl McGregor argues that the manner of the search was unreasonable. He submits that once the investigators discovered evidence of child

d'une immunité, tant à l'égard de sa personne que de sa demeure, à laquelle seule l'autorité canadienne pouvait renoncer. Il soutient que la renonciation à son immunité par le Canada ne visait que sa demeure et n'avait aucune incidence sur la compétence du Canada à l'égard de ses dispositifs électroniques en vertu de la SOFA de l'OTAN.

[24] En outre, le mandat de perquisition obtenu par les autorités américaines leur permettait simplement de prêter assistance aux acteurs canadiens pour leur enquête, comme le prévoit l'alinéa 6a) de l'article VII de la SOFA de l'OTAN, libellé en ces termes :

6. a. Les autorités des États de séjour et d'origine se prêtent mutuellement assistance pour la conduite des enquêtes, pour la recherche de preuves, y compris la saisie, et s'il y a lieu, la remise des pièces à conviction et des objets de l'infraction. La remise des pièces et objets saisis peut toutefois être subordonnée à leur restitution dans un délai déterminé par l'autorité qui procède à cette remise.

[25] Le capl McGregor soutient que le juge militaire a commis une erreur parce qu'il n'a pas appliqué la Charte aux actes des enquêteurs canadiens lors de la perquisition et de la saisie effectuées à son domicile. Il soutient que la renonciation à l'immunité diplomatique qui a conduit à la délivrance du mandat de perquisition n'emporte pas renonciation à l'immunité contre la fouille des dispositifs électroniques, puisque la renonciation à l'inviolabilité des biens d'un agent diplomatique ne vise pas expressément les renseignements sur support électronique. En s'appuyant sur l'arrêt *Vu*, précité, il soutient que les enquêteurs canadiens étaient tenus d'obtenir un mandat et une renonciation à l'immunité diplomatique distincts autorisant la fouille de ses dispositifs électroniques et que, vu leur défaut, il a été victime d'une fouille sans mandat non autorisée. Il affirme que le juge du procès a accordé une importance excessive à la portée du mandat américain autorisant la fouille et qu'il aurait plutôt dû se fonder sur l'arrêt *Vu*.

[26] Par ailleurs, le capl McGregor soutient que la fouille a été effectuée de manière abusive. Il allègue que les enquêteurs étaient tenus, aussitôt qu'ils ont

pornography and sexual assault, not covered by the warrant, they were obliged to stop searching and obtain further judicial authorization to conduct the search.

[27] The respondent contends the principle of the territorial sovereignty precludes the application of the Charter abroad and that one of the exceptions to that principle—acquiescence by the foreign state—is not established on the evidence. Acquiescing to Canada’s criminal and disciplinary jurisdiction over Cpl McGregor under the NATO SOFA, which manifested itself in the circumstances of this case in both the investigation and arrest of the appellant, does not constitute foreign consent to the application of Canadian law to the search of a residence located on American soil.

[28] The respondent points to the fact the Alexandria Police sought judicial authorization from the Virginia State Court for a warrant and to the fact they were required to make a report to the magistrate regarding the items seized, as evidence of American affirmation of sovereignty. The United States did not consent to the application of Canadian law to the search of the residence.

[29] Second, the respondent asserts there is a distinction between jurisdiction over the person and jurisdiction over the person’s private residence. By virtue of being a member of the Armed Forces, Cpl McGregor was subject to the Code of Service Discipline at all times, regardless of where he was in the world; see, subsection 60(1) of the NDA. However, the NATO SOFA recognizes that certain matters remain under the jurisdiction of the receiving state. As a result, the United States retains sovereignty and jurisdiction over its territory, including Cpl McGregor’s residence. The respondent contends article 31 of the Vienna Convention offers protection from American jurisdiction—it does not confer additional jurisdiction to the sending state. The residence, according to the Respondent, did not become part of Canadian investigative jurisdiction when Canada partially waived Cpl McGregor’s immunity. The respondent says the conduct of the Alexandria Police in obtaining the warrant under Virginia law was not an acquiescence to

découvert des preuves de pornographie juvénile et d’agression sexuelle non visées par le mandat, de cesser la fouille et d’obtenir une nouvelle autorisation judiciaire avant de procéder à la fouille.

[27] L’intimée fait valoir que le principe de la souveraineté territoriale empêche l’application de la Charte à l’étranger et que la preuve n’étaye pas l’existence de l’une des exceptions à ce principe, à savoir l’acquiescement de l’État étranger. Le fait que l’État étranger ait reconnu la compétence pénale et disciplinaire du Canada en raison de la SOFA de l’OTAN lors de l’enquête et de l’arrestation de l’appellant ne vaut pas consentement à l’application du droit canadien à la fouille d’une demeure située en sol américain.

[28] L’intimée s’appuie sur le fait que le service de police d’Alexandria a demandé à la cour de l’État de la Virginie l’autorisation d’obtenir un mandat et qu’il a été tenu de faire rapport au magistrat concernant les objets saisis, pour démontrer que les États-Unis ont affirmé leur souveraineté. Les États-Unis n’ont pas consenti à l’application du droit canadien à la fouille de la demeure du capl McGregor.

[29] Par ailleurs, l’intimée affirme qu’il existe une distinction entre la compétence à l’égard de la personne et la compétence à l’égard de la demeure privée de la personne. En tant que membre des Forces canadiennes, le capl McGregor était justiciable du code de discipline militaire en tout temps, peu importe où il se trouvait (voir le paragraphe 60(1) de la LDN). Toutefois, selon la SOFA de l’OTAN, certaines matières relèvent tout de même de la compétence de l’État de séjour. En conséquence, les États-Unis conservent leur souveraineté et leur compétence sur leur territoire, y compris sur la demeure du capl McGregor. L’intimée soutient que l’article 31 de la Convention de Vienne soustrait l’appellant à la compétence des États-Unis et qu’il ne confère pas de compétence supplémentaire à l’État d’origine. Selon l’intimée, la demeure de l’appellant n’était pas visée par la compétence du Canada lorsque le Canada a partiellement renoncé à l’immunité du capl McGregor. L’intimée affirme que lorsque le service de police d’Alexandria a obtenu un mandat

Canadian law, rather, it simply demonstrated the collaboration mandated by subparagraph 6(a) of article VII of the NATO SOFA for investigating and gathering evidence within the receiving state's jurisdiction.

[30] The relevant statutory provisions and international conventions and agreements are found in paragraphs 22(1), 22(3), 30(1), 31(1), 32(1) and 32(2) of the Vienna Convention; subparagraphs 1(a), 3(a), and 6(a) of article VII of the NATO SOFA; section 8, subsections 24(2) and 32(1) of the Charter; and article 106.05 of the QR&O, all of which are set out in the within the Annex.

V. Analysis

A. *Extraterritorial application of the Charter—basic principles*

[31] The execution of a search warrant of real property is a quintessential exercise of a state's sovereign authority. *Hape*, above, teaches that searches “can only be authorized by the territorial state” and that the principles of sovereign equality, non-intervention, and comity preclude the application of Canadian law and standards to searches and seizures conducted in another state's territory. The Court elaborated on the administrative and procedural challenges arising in the application of the Charter to a search conducted abroad (*Hape*, at paragraphs 88 and 89):

88 It is also evident from a practical standpoint that the *Charter* cannot apply to searches and seizures in other countries. How exactly would *Charter* standards operate in such circumstances? Lamer C.J. suggested in *Schreiber* that it would be sufficient for *Charter* purposes for those conducting a search and seizure to comply with the domestic law of the foreign state, since an individual's reasonable expectation of privacy would be commensurate to the degree of protection provided by the law of the country in which she or he is located. If the only requirement were that the Canadian officers and their foreign counterparts comply with the foreign law, it is unclear what purpose would be served by applying the *Charter*, as it would carry no added

conformément au droit de l'État de la Virginie il ne consentait pas à l'application des lois canadiennes, mais prêtait simplement assistance au sens de l'alinéa 6a) de l'article VII de la SOFA de l'OTAN lors de la conduite des enquêtes et la recherche de preuves relevant de l'autorité de l'État de séjour.

[30] Les dispositions pertinentes des lois ainsi que des conventions et accords internationaux sont les suivantes : les paragraphes 22(1), 22(3), 30(1), 31(1), 32(1) et 32(2) de la Convention de Vienne; les alinéas 1a), 3a) et 6a) de l'article VII de la SOFA de l'OTAN; l'article 8 et les paragraphes 24(2) et 32(1) de la Charte; et l'article 106.05 des ORFC, qui figurent tous en annexe.

V. Analyse

A. *L'application extraterritoriale de la Charte — les principes de base*

[31] L'exécution d'un mandat de perquisition visant des biens immeubles est l'exercice par excellence de l'autorité souveraine d'un État. L'arrêt *Hape*, précité, nous enseigne que « [s]eul l'État doté de la compétence territoriale peut autoriser » les perquisitions et que les principes de l'égalité souveraine, de la non-intervention et de la courtoisie excluent l'application des normes et du droit canadiens aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées à l'étranger. La Cour a donné des précisions sur les difficultés administratives et procédurales découlant de l'application de la Charte à une perquisition effectuée à l'étranger (*Hape*, aux paragraphes 88 et 89) :

88 Sur le plan pratique, il appert également que la *Charte* ne peut s'appliquer à ces mesures. Comment au juste les exigences de la *Charte* pourraient-elles alors avoir effet? Dans l'arrêt *Schreiber*, le juge en chef Lamer a laissé entendre qu'il suffisait, pour les besoins de la *Charte*, que ces mesures respectent le droit interne de l'État étranger puisque, en matière de vie privée, une personne ne peut raisonnablement s'attendre qu'à une protection équivalente à celle accordée dans cet autre pays. Si les policiers canadiens et leurs homologues étrangers n'avaient qu'à se conformer au droit étranger, on peut se demander quelle serait l'utilité d'appliquer la *Charte* puisqu'il n'en résulterait aucune protection supplémentaire dans le cas d'une fouille, d'une perquisition

protection in respect of a search and seizure. Moreover, in some cases, compliance with the foreign law would be directly contrary to the express wording of the *Charter* provisions guaranteeing the rights in question.

89 Conversely, it is in practice impossible to apply the full force of the *Charter* to searches and seizures in foreign territory. One example of this, as I mentioned earlier, is where the *Charter* would require a warrant but the foreign law provides no procedure for obtaining or issuing such a warrant. The judicial authorities of a foreign state cannot be required under Canadian law to invent *ad hoc* procedures for the purposes of a co-operative investigation. Should that be a reason for prohibiting a search and seizure from taking place even though it is authorized by the law of the jurisdiction where it would occur? Further, it would be unrealistic, in a co-operative investigation, to require the various officers involved to follow different procedural and legal requirements. Searches and seizures require careful and detailed planning; where the investigation is a joint effort, it is bound to be unsuccessful if the participants are following two different sets of rules. This would be the result if the *Charter* applied to the Canadian officers only, and it clearly cannot apply to the foreign authorities: *Harrer and Terry*.

[32] *Hape* does provide that the Charter could apply to the conduct of a Canadian state actor by way of exception to the principle of sovereignty where the host nation consents or where an international rule of law permits the exercise of enforcement jurisdiction in a foreign country. We turn to that issue.

B. Evidence of acquiescence

[33] We begin our analysis with a review of the evidence pertinent to the question whether the Charter applied to the search, specifically, whether it indicates that the American government acquiesced to the application of Canadian law on its territory.

[34] As noted above, Canadian investigators became involved following a complaint by a member of the Canadian Armed Forces alleging Cpl McGregor had engaged in surreptitious electronic surveillance of her at her home. The investigators recognized a Canadian

ou d'une saisie. De plus, dans certains cas, le respect du droit étranger irait directement à l'encontre du libellé exprès de la *Charte* garantissant les droits en cause.

89 Inversement, il est dans les faits impossible d'appliquer toutes les exigences de la *Charte* aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées en sol étranger. Reprenons à titre d'exemple le cas où la *Charte* exige l'obtention d'un mandat, alors que le droit étranger ne prévoit aucune procédure à cet égard. Le droit canadien ne peut obliger les autorités judiciaires de l'État étranger à établir une procédure spéciale pour les besoins d'une enquête menée en collaboration. Doit-on alors interdire une fouille, une perquisition ou une saisie pour cette raison alors qu'elle est autorisée par le droit du ressort où elle serait effectuée? Il serait par ailleurs irréaliste d'exiger des différents participants à une enquête menée en collaboration qu'ils se conforment à des procédures et à des exigences juridiques différentes. Les fouilles, les perquisitions et les saisies requièrent une planification minutieuse. L'enquête menée en collaboration est vouée à l'échec si les participants n'observent pas tous les mêmes règles. Tel serait son sort si la *Charte* ne s'appliquait qu'aux policiers canadiens, et elle ne peut manifestement pas s'appliquer aux autorités étrangères : arrêts *Harrer* et *Terry*.

[32] L'arrêt *Hape* établit que la Charte pourrait s'appliquer aux actes d'un acteur étatique canadien par dérogation au principe de la souveraineté lorsque le pays d'accueil y consent ou lorsqu'une règle de droit international permet l'exercice d'une compétence à l'étranger. Nous examinerons maintenant cette question.

B. La preuve de l'acquiescement

[33] Nous commençons notre analyse par un examen des éléments de preuve pertinents à la question de savoir si la Charte s'appliquait à la perquisition, et, plus précisément, si ceux-ci révèlent que le gouvernement américain a accepté l'application du droit canadien sur son territoire.

[34] Ainsi que nous l'avons mentionné précédemment, les enquêteurs canadiens sont intervenus à la suite d'une plainte déposée par un membre des Forces armées canadiennes, qui alléguait que le capl McGregor s'était livré à des activités de surveillance

search warrant could not be issued in respect of real property in the United States.

[35] The Canadian investigators met with American police in Alexandria, Virginia. A local detective was assigned to the case and American police conducted their own interviews with the complainant. American police advised the Canadian investigators that without a waiver of diplomatic immunity they could not act.

[36] On February 14, 2017, the Canadian embassy in Washington forwarded a Diplomatic Note to the American government waiving Cpl McGregor's diplomatic immunity with respect to his property. That note read in part:

Corporal McGregor is a Member of the Canadian Defense Liaison Staff (CDLS) at the Embassy and allegations of a criminal nature have been made against him by another member of the CDLS. The CFNIS has jurisdiction to investigate his actions by reason of his membership in the Canadian Armed Forces and the investigation relates to allegations in the nature of breaking and entering, mischief, interception, harassment and voyeurism. The purpose of the investigation is to determine whether criminal charges would be brought against Corporal McGregor through the Canadian military justice system.

CFNIS is cooperating with local authorities in Virginia and would like to seek a search warrant to enter Corporal McGregor's staff quarters in the company of local police to obtain evidence for the purposes of their investigation. To this end, the Embassy has to honour to waive the inviolability of Corporal McGregor's private residence, as well as his papers, correspondence and property under article 30 of the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, for the exclusive purpose of executing a search warrant obtained for the purposes of the CFNIS investigation. Similarly, the Embassy has the honour to waive Corporal McGregor's immunity from the civil and criminal jurisdiction of the United States of America to the limited extent necessary to allow the court of jurisdiction to issue the warrant

électronique clandestine chez elle. Les enquêteurs ont convenu qu'un mandat de perquisition canadien ne pouvait pas être délivré relativement à des biens immeubles situés aux États-Unis.

[35] Les enquêteurs canadiens ont rencontré des policiers américains à Alexandria, en Virginie. Un inspecteur local a été affecté au dossier et les policiers américains ont mené leurs propres interrogatoires auprès de la plaignante. Les policiers américains ont informé les enquêteurs canadiens que sans renonciation, par le Canada, à l'immunité diplomatique du capl McGregor, il leur était impossible d'agir.

[36] Le 14 février 2017, l'ambassade du Canada à Washington a remis au gouvernement américain une note diplomatique dans laquelle le Canada renonçait à l'immunité diplomatique du capl McGregor relativement à ses biens. Voici une partie du texte de cette note :

[TRADUCTION]

Le caporal McGregor est membre de l'état-major de liaison des Forces canadiennes (ELFC) à l'ambassade. Des allégations de nature criminelle ont été portées contre lui par un autre membre de l'ELFC. Le SNEFC a compétence pour enquêter sur les actes posés par le caporal McGregor étant donné qu'il est membre des Forces armées canadiennes, et l'enquête porte sur des allégations d'introduction par effraction, de méfaits, d'interception, de harcèlement et de voyeurisme. L'enquête vise à déterminer si le caporal McGregor fera l'objet d'accusations criminelles dans le système de justice militaire canadien.

Le SNEFC collabore avec les autorités locales en Virginie et souhaite demander un mandat de perquisition afin de pénétrer dans le logement du caporal McGregor en compagnie de policiers locaux dans le but de recueillir des éléments de preuve dans le cadre de leur enquête. À cette fin, l'ambassade a l'honneur de renoncer à l'inviolabilité de la demeure privée du caporal McGregor, ainsi qu'à l'inviolabilité de ses documents, de sa correspondance et de ses biens, prévues à l'article 30 de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, dans le seul but d'exécuter un mandat de perquisition obtenu aux fins de l'enquête du SNEFC. De même, l'ambassade a l'honneur de renoncer à l'immunité du caporal McGregor de la juridiction pénale et criminelle des États-Unis d'Amérique,

required for this exclusive purpose. The Embassy expressly retains any other applicable immunities, including his personal inviolability and his immunity from arrest or detention.

[37] The affidavit filed in support of the application for the search warrant described the investigative steps taken by Alexandria Police to interview the complainant and obtain confirmatory evidence. The Court issued the warrant as requested, to search for the following property at Cpl McGregor's residence:

Camera, video recorder, other electronic audio/photo/video recording devices, computer, cell phone, other internet access devices, internet services devices, external electronic storage devices, and analysis of the seized items. Photographing of the premise and/or seized items.

[38] In addition to the narrative of the offences as described by the complainant, the search warrant specified that it was sought in relation to the offences of "interception, disclosure etc. of wire electronic or oral communication unlawful."

[39] The warrant was executed on February 16, 2017 following a preparatory meeting at the Alexandria Police offices. The trial judge described the unfolding of the events in his reasons: "[M]embers of the Alexandria Police knocked, breached the unanswered door and secured the premises before inviting the three (3) CFNIS members in the residence." The Canadian officer with computer expertise assigned to examine the devices, Lt Rioux, was:

... set up in the kitchen, assisted by a US officer, and was receiving various items of computer equipment brought by the personnel conducting the search. Using their equipment, he and the US officer assisting him

strictement dans la mesure nécessaire pour permettre au tribunal compétent de délivrer le mandat requis à cette seule fin. L'ambassade maintient expressément toutes les autres immunités applicables, y compris l'inviolabilité de sa personne et son immunité en matière d'arrestation ou de détention.

[37] L'auteur de l'affidavit déposé à l'appui de la demande du mandat de perquisition a décrit les mesures prises par les policiers d'Alexandria lors de l'enquête pour interroger la plaignante et obtenir une preuve à charge. La Cour a délivré le mandat demandé afin de fouiller les biens suivants dans la demeure du capl McGregor :

[TRADUCTION]

appareil photo, caméra, autres dispositifs électroniques d'enregistrement audio/photo/vidéo, ordinateur, téléphone cellulaire, autres dispositifs d'accès à Internet, dispositifs de services Internet, dispositifs de stockage électronique externe, et à faire l'analyse des objets saisis. La photographie des locaux et/ou des objets saisis est autorisée.

[38] Outre la description des infractions fournie par la plaignante, le mandat de perquisition précisait qu'il était demandé relativement aux infractions [TRADUCTION] « d'interception, de divulgation, etc. de télécommunications ou des communications orales illégales ».

[39] Le mandat a été exécuté le 16 février 2017 à la suite d'une réunion préparatoire dans les bureaux de la police d'Alexandria. Le juge du procès a décrit le déroulement des événements dans ses motifs [TRADUCTION] : « Des agents du service de police d'Alexandria ont frappé à la porte, puis, n'ayant obtenu aucune réponse, l'ont enfoncée et ont ensuite protégé les lieux avant d'inviter les trois membres du SNEFC dans la demeure. » Le Lt Rioux, l'officier canadien ayant des compétences spécialisées en informatique qui était chargé d'examiner les dispositifs, était :

[TRADUCTION]

[...] installé dans la cuisine, assisté d'un officier américain, et recevait le matériel informatique que lui apportaient les personnes effectuant la perquisition. À l'aide de leur équipement, le Lt Rioux et l'officier

performed on-site preview or triage of the storage devices obtained, for the purpose, as he explained of not over seizing so that there would not be undue inconvenience to the person targeted by the search and no excessive seizure of material that would require detailed forensic analysis afterwards. To perform the screening, he used his knowledge of what was targeted in the warrant as well as his knowledge of the case. For instance, a file or folder named after a complainant would attract his attention. He also looked for images as he was investigating voyeurism. Once an item of interest was discovered in the preview or triage, the physical support on which the file was found was placed aside for seizure. Items which did not reveal any file of interest were not seized. At one point in the day, however, the decision was made to leave the premises. He did not have the opportunity to preview some items brought to him so those were seized without being triaged. Lieutenant(N) Rioux testified that a file containing video images of what could constitute a sexual assault were discovered during the triage as well as a video of cartoon characters apparently under 18 involved in sexual activities.

[40] The items were bagged, placed in containers, and kept under control of the Canadian investigators, although Sgt Partridge, the lead CFNIS investigator, brought the items seized to the Alexandria Police Department so that the Virginia Police could complete the post-search inventory required to be filed with the Virginia Court.

[41] Upon Sgt Partridge's return to Canada, a Canadian warrant was sought and obtained to permit analysis of the seized electronic devices. That warrant was not challenged before the Military Judge and is not the subject of this appeal.

[42] In addition to the explicit authorization set out in the warrant to conduct an analysis of the seized electronic devices, Virginia state law provides that any search warrant authorizing such a search is deemed to include authorization to search and seize electronic information contained in those devices.

[43] All participants in the search recognized the necessity of the search warrant issued by a Virginia

américain qui l'aidait ont procédé sur place à l'examen préalable ou au triage des dispositifs de stockage obtenus, pour éviter - comme il l'a expliqué - une saisie excessive et des désagréments inutiles à la personne visée par la perquisition et pour ne pas saisir une quantité excessive de matériel qu'on devait analyser par la suite. Il a fondé son examen préalable sur ce qu'il savait de l'objet du mandat et du dossier. Par exemple, un dossier ou un répertoire portant le nom d'une plaignante aurait attiré son attention. Il a également cherché des images puisqu'il y avait des allégations de voyeurisme. Si on trouvait un élément pertinent lors de l'examen ou du triage, le support physique sur lequel le dossier se trouvait était mis de côté en vue d'être saisi. Si on ne trouvait pas d'élément pertinent, l'objet n'était pas saisi. À un certain moment, toutefois, on a décidé de quitter les lieux. Il n'avait pas pu examiner certains appareils qui lui avaient été remis et ces appareils ont été saisis sans être triés. Le Lt de vaisseau Rioux a affirmé lors de son témoignage qu'on avait découvert lors de l'examen un dossier contenant des images vidéo d'une possible agression sexuelle ainsi qu'une vidéo mettant en scène des personnages de dessins animés vraisemblablement mineurs se livrant à des activités sexuelles.

[40] Les objets ont été mis dans des sacs, placés dans des contenants et gardés sous le contrôle des enquêteurs canadiens. Toutefois, le sgt Partridge, l'enquêteur principal du SNEFC, a apporté les objets saisis au service de police d'Alexandria afin que les policiers de la Virginie puissent préparer la liste postérieure à la perquisition devant être présentée à la cour de l'État de la Virginie.

[41] À son retour au Canada, le sgt Partridge a demandé et obtenu un mandat canadien autorisant l'analyse des dispositifs électroniques saisis. Ce mandat n'a pas été contesté devant le juge militaire et n'est pas visé par le présent appel.

[42] Le mandat de la Virginie prévoyait expressément le droit de procéder à l'analyse des dispositifs électroniques saisis. De plus, le droit de l'État de la Virginie prévoit que tout mandat de perquisition autorisant une fouille de ce genre est réputé inclure l'autorisation de fouiller et de saisir les renseignements sur support électronique contenus dans ces dispositifs.

[43] Toutes les personnes ayant participé à la perquisition ont reconnu qu'il fallait un mandat de

Court. The American officers conducted their own investigation, including an interview with the complainant prior to applying for the search warrant. They breached the door and allowed the Canadian officers entry. The American officers filed a report with the local Court to report on the fruits of the seizure. The Canadian Embassy specifically adverted to the need to apply for an American search warrant. The search of real property pursuant to a warrant was an exercise of sovereign American authority.

[44] We therefore conclude that the exception of acquiescence is not established on these facts.

C. The effect of the NATO SOFA

[45] Member states of the North Atlantic Treaty Organization (NATO), including Canada and the United States, have entered the NATO SOFA. The agreement provides for regimes of exclusive, concurrent and primary jurisdiction, both criminal and disciplinary, that apply in instances of offences committed by members of the sending state's forces in the territory of the host state. In this case, as the offences were committed solely against another member of the Canadian Armed Forces, according to the agreement, Canada had primary criminal and disciplinary jurisdiction over Cpl McGregor's person.

[46] Article VII of the NATO SOFA provides that the sending state, here Canada, has the right to exercise all criminal and disciplinary jurisdiction over all persons subject to Canada's military law:

Article VII

1. Subject to the provisions of this Article,

- a. the military authorities of the sending State shall have the right to exercise within the receiving State

perquisition délivré par une cour de la Virginie. Les policiers américains ont mené leur propre enquête, et ont notamment interrogé la plaignante avant de demander le mandat de perquisition. Ils ont enfoncé la porte du logement du capl McGregor et ont permis aux policiers canadiens d'y entrer. Les policiers américains ont déposé un rapport auprès du tribunal local pour rendre compte de ce qui avait été saisi. L'ambassade du Canada a expressément souligné qu'il fallait nécessairement demander un mandat de perquisition américain. La fouille de biens immeubles autorisée par un mandat constituait un exercice du pouvoir souverain des États-Unis.

[44] Par conséquent, nous concluons que l'exception fondée sur l'acquiescement n'est pas établie à la lumière de ces faits.

C. L'incidence de la SOFA de l'OTAN

[45] Les États membres de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (l'OTAN), dont le Canada et les États-Unis, ont adhéré à la SOFA de l'OTAN. Cette convention prévoit des régimes de juridiction exclusive, de juridiction concurrente et de juridiction par priorité, tant en matière pénale que disciplinaire, qui s'appliquent en cas d'infractions commises par des membres des forces de l'État d'origine sur le territoire de l'État de séjour. En l'espèce, comme l'unique victime des infractions commises était un autre membre des Forces armées canadiennes, la juridiction par priorité en matière pénale et disciplinaire sur la personne du capl McGregor revenait, selon la convention, au Canada.

[46] L'article VII de la SOFA de l'OTAN prévoit que l'État d'origine, en l'occurrence le Canada, a le droit d'exercer une juridiction pénale et disciplinaire sur toutes les personnes sujettes à la loi militaire du Canada :

Article VII

1. Sous réserve des dispositions du présent article :

- a. Les autorités militaires de l'État d'origine ont le droit d'exercer sur le territoire de l'État de séjour

all criminal and disciplinary jurisdiction conferred on them by the law of the sending State over all persons subject to the military law of that State. [Emphasis added.]

les pouvoirs de juridiction pénale et disciplinaire que leur confère la législation de l'État d'origine sur toutes personnes sujettes à la loi militaire de cet État; [Je souligne.]

[47] This recognition of Canadian sovereign authority over the person of members of the Canadian Armed Forces does not amount to a waiver of American territorial sovereignty over the person or their real property in the United States. As already noted, Canadian legislative authority extends to regulation of the conduct of members of the Canadian Armed Forces throughout the world. The extent to which that Canadian legislative authority can be exercised in a foreign state is in turn limited by the principles of comity and a respect for the sovereignty of the other country, and generally requires the consent of the foreign state. As noted in *Hape*, above (at paragraph 105):

[47] Cette reconnaissance du pouvoir souverain du Canada sur la personne des membres des Forces armées canadiennes ne vaut pas renonciation à la souveraineté territoriale des États-Unis sur la personne ou les biens immeubles de ces personnes aux États-Unis. Comme nous l'avons déjà indiqué, la compétence législative du Canada l'autorise à réglementer les actes des membres des Forces armées canadiennes dans le monde entier. La mesure dans laquelle le Canada peut exercer son pouvoir législatif dans un État étranger est à son tour limitée par les principes de la courtoisie internationale et du respect de la souveraineté de l'autre pays, et nécessite généralement le consentement de l'État étranger. Comme il a été souligné dans l'arrêt *Hape*, précité (au paragraphe 105) :

105 Neither Parliament nor the provincial legislatures have the power to authorize the enforcement of Canada's laws over matters in the exclusive territorial jurisdiction of another state. Canada can no more dictate what procedures are followed in a criminal investigation abroad than it can impose a taxation scheme in another state's territory. Criminal investigations implicate enforcement jurisdiction, which, pursuant to the principles of international law discussed above, cannot be exercised in another country absent the consent of the foreign state or the application of another rule of international law under which it can so be exercised.

105 Ni le Parlement ni les législatures provinciales n'ont le pouvoir d'autoriser l'application des lois canadiennes à des événements qui relèvent de la seule compétence territoriale d'un autre pays. À l'étranger, le Canada ne peut pas davantage dicter la procédure à suivre dans le cadre d'une enquête criminelle qu'il n'a la capacité d'y légiférer en matière de fiscalité. L'enquête criminelle met en jeu la compétence d'exécution et, selon les principes de droit international analysés précédemment, celle-ci ne peut être exercée dans un autre pays sans que l'État étranger y consente ou qu'une autre règle du droit international le permette.

[48] Where members of the Canadian Armed Forces are physically present in another country there is no reason to believe they, or their property, would be immune from criminal prosecution or investigation in that country absent either an agreement by which the host state undertakes to not prosecute or investigate or a situation where the person is covered by diplomatic immunity, which can be waived.

[48] Lorsque des membres des Forces armées canadiennes sont présents dans un autre pays, il n'y a aucune raison de croire que leur personne, ou leurs biens, bénéficient d'une immunité en cas de poursuites ou d'enquêtes criminelles dans ce pays en l'absence soit d'un accord par lequel l'État de séjour s'engage à ne pas entreprendre de poursuites ou d'enquêtes, soit d'une situation où la personne est protégée par l'immunité diplomatique, qui peut faire l'objet d'une renonciation.

[49] Here there is no such immunity from criminal prosecution or investigation. On the contrary, article II of the NATO SOFA explicitly recognizes that members of the sending state have a duty to respect the

[49] En l'espèce, il n'y a aucune immunité en cas de poursuites ou d'enquêtes criminelles. Au contraire, l'article II de la SOFA de l'OTAN reconnaît explicitement que les membres de l'État d'origine sont tenus de

laws of the receiving state. Article VI further provides that the authorities of the receiving State shall have jurisdiction over the members with respect to offences committed within the territory of the receiving State and punishable by the law of that State. Combined, this is explicit recognition that a receiving state, here, the United States, may prosecute and investigate members of the Canadian Armed Forces and their property present in their country, absent some agreement for diplomatic immunity.

[50] In instances where the right to exercise jurisdiction is concurrent, paragraph 3 of article VII of the NATO SOFA gives the military authorities of the sending State the primary right to exercise their jurisdiction and prosecute a member of their force. An example of this concurrent jurisdiction exists in relation to offences committed by a member of a sending State's force solely against the person or property of another member of that sending State. In the event the sending State elects not to prosecute, the host country may do so in respect of offences committed on the latter's territory. Again, this article solely gives Canadian authorities the primary right to prosecute the member themselves. It does not give Canadian authorities the unilateral right to investigate the real property located in that foreign territory.

[51] In this case, as Cpl McGregor's offences were committed solely against another member of the Canadian Armed Forces. According to the NATO SOFA, Canada had primary criminal and disciplinary jurisdiction over his person, but not his real property. There is nothing in the NATO SOFA that would rebut the presumption articulated in *Hape*, above, as it relates to his property.

[52] In light of the NATO SOFA and the guidance of *Hape*, the Military Judge did not err in concluding that the Charter did not apply to the conduct of the Canadian investigators in respect of the search of Cpl McGregor's residence. The issuance and execution of the search warrant in Virginia was an exercise

respecter les lois en vigueur dans l'État de séjour. L'article VII prévoit en outre que les autorités de l'État de séjour ont le droit d'exercer leur juridiction en ce qui concerne les infractions commises sur le territoire de l'État de séjour et punissables par les lois de cet État. Considérées ensemble, ces deux dispositions constituent une reconnaissance explicite du fait que l'État de séjour, en l'occurrence les États-Unis, peut poursuivre des membres des Forces armées canadiennes et enquêter sur eux ou sur leurs biens immeubles se trouvant aux États-Unis en l'absence d'un accord quelconque sur l'immunité diplomatique.

[50] Dans les cas de juridiction concurrente, aux termes du paragraphe 3 de l'article VII de la SOFA de l'OTAN, les autorités militaires de l'État d'origine ont le droit d'exercer par priorité leur juridiction et de poursuivre un membre de leur force. Les infractions commises par un membre de la force de l'État d'origine portant atteinte uniquement à la personne ou à la propriété d'un autre membre de la force de cet État d'origine constituent un exemple de cette juridiction concurrente. Si l'État d'origine choisit de ne pas engager de poursuites, le pays de séjour peut le faire relativement aux infractions commises sur son propre territoire. Là encore, cette disposition ne fait que donner aux autorités canadiennes le droit de poursuivre elles-mêmes le membre. Elle ne leur confère pas le droit unilatéral de mener une enquête relativement aux biens immeubles situés sur ce territoire étranger.

[51] Dans la présente affaire, les infractions reprochées au capl McGregor ont porté atteinte uniquement à un autre membre des Forces armées canadiennes. Selon la SOFA de l'OTAN, le Canada avait un pouvoir de juridiction pénale et disciplinaire par priorité sur la personne du capl McGregor, mais non sur ses biens immeubles. Rien dans la SOFA de l'OTAN ne permet de réfuter la présomption énoncée dans l'arrêt *Hape*, précité, en ce qui concerne ses biens immeubles.

[52] À la lumière de la SOFA de l'OTAN et des directives données dans l'arrêt *Hape*, le juge militaire n'a pas conclu à tort que la Charte ne s'appliquait pas aux actes des enquêteurs canadiens en ce qui concerne la fouille et la perquisition à la résidence du capl McGregor. La délivrance et l'exécution du

of American sovereign authority, as contemplated. The treaties at play in relation to Canadian military personnel serving abroad do not detract from this conclusion. Where Canadian members are deployed to other countries, it is the responsibility of the Canadian government to negotiate agreements which protect the members from the enforcement of foreign criminal jurisdiction, to the extent that it may be considered necessary.

[53] However, our conclusion that the Charter did not have extra-territorial application in Virginia does not end the inquiry. In our respectful view, it was incumbent upon the Military Judge to not only look to whether the Charter applies, but to also determine, prior to admitting the evidence in a Canadian trial, whether the admission of the impugned evidence would affect the appellant's right to a fair trial.

D. *The requirement of trial fairness*

[54] Trial fairness considerations flow from, and are informed by both the common law and section 7 and paragraph 11(d) of the Charter. That such an inquiry is a necessary second step in the analysis flows not only from the jurisprudence, but logically extends from the various international instruments signed by Canada and the provisions of the NDA. Our reasoning is as follows.

[55] First, it is well established that evidence obtained abroad, whether by Canadian officials or others, may be excluded from a trial in Canada. In *Terry*, above, Justice McLachlin, speaking on behalf of the court, reaffirmed and expanded on this position, concluding that evidence gathered abroad may be excluded from a Canadian trial if it was gathered in a way that undermines trial fairness as guaranteed by paragraph 11(d) of the Charter or in a manner that violates the principles of fundamental justice under section 7 (*Hape*, above, at paragraph 72). Evidence gathered abroad by Canadian or foreign investigators can be excluded if it was gathered in an abusive manner (see *e.g.*, *United States v. Shulman*, 2001 SCC 21, [2001] 1 S.C.R. 616

mandat de perquisition en Virginie étaient un exercice de l'autorité souveraine des États-Unis, tel qu'il est prévu. Les traités applicables en ce qui concerne le personnel militaire canadien en service à l'étranger ne changent rien à cette conclusion. Lorsque des membres des Forces canadiennes sont envoyées dans d'autres pays, il incombe au gouvernement canadien de négocier des accords visant à les protéger de la compétence pénale de ces États étrangers, s'il l'estime nécessaire.

[53] Toutefois, notre conclusion selon laquelle la Charte n'avait pas d'application extraterritoriale en Virginie ne met pas fin à l'examen de la question. À notre avis, il incombait au juge militaire non seulement d'examiner si la Charte s'appliquait, mais également de déterminer, avant que les éléments de preuve contestés soient admis lors d'un procès canadien, si leur admission porterait atteinte au droit de l'appellant à un procès équitable.

D. *L'exigence relative à l'équité du procès*

[54] Les considérations relatives à l'équité du procès découlent et s'inspirent de la common law ainsi que de l'article 7 et de l'alinéa 11d) de la Charte. Le fait qu'il soit nécessaire, à la deuxième étape de l'analyse, de tenir compte de ces considérations découle non seulement de la jurisprudence, mais inévitablement des divers instruments internationaux ratifiés par le Canada et des dispositions de la LDN. Notre raisonnement est le suivant.

[55] Premièrement, il est bien établi que les éléments de preuve obtenus à l'étranger, que ce soit par des fonctionnaires canadiens ou par d'autres personnes, peuvent être écartés lors d'un procès au Canada. Dans l'arrêt *Terry*, précité, la juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour, a réaffirmé et expliqué davantage ce principe lorsqu'elle a conclu qu'un élément de preuve recueilli à l'étranger peut être écarté lorsque la façon dont il a été obtenu compromet l'équité du procès garantie par l'alinéa 11d) de la Charte ou viole les principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 (*Hape*, précité, au paragraphe 72). Les éléments de preuve obtenus à l'étranger par des enquêteurs canadiens ou étrangers peuvent être écartés s'ils ont

at paragraph 56; *United States v. Khadr*, 2010 ONSC 4338 at paragraphs 162 and 163).

[56] The majority in *Hape* reached its conclusion that the Charter did not apply extraterritorially by appearing to take comfort in the concept of trial fairness as an important second step in the analysis, which allows for the assessment of improper investigative techniques or improper collection of evidence. LeBel J., for the majority, opined (at paragraphs 91 and 112):

91 ... When a trial judge is considering a possible breach of the *Charter* by state actors, the ability of the state actors to comply with their *Charter* obligations must be relevant. The fact that the *Charter* could not be complied with during the investigation because the relevant state action was being carried out in a foreign jurisdiction strongly intimates that the *Charter* does not apply in the circumstances. In any event, if the concern is really about the *ex post facto* review of investigations, that function is performed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, pursuant to which evidence may be excluded to preserve trial fairness. ...

...

112 Despite the fact that the right to a fair trial is available only at the domestic level, after the investigation, it does provide an incentive for Canadian police officers to encourage foreign police to maintain high standards in the course of a cooperative investigation so as to avoid having the evidence excluded or a stay entered: *Terry*, at para. 26. In a similar vein, L'Heureux-Dubé, J. commented in *Cook*, at para. 103, that to the extent that it is possible to do so in the circumstances, Canadian police should strive to conduct investigations outside Canada in accordance with the letter and spirit of the *Charter*, even when its guarantees do not apply directly. [Emphasis added]

[57] The right to be treated in accordance with the principles of fundamental justice when life liberty and security of the person are at stake under section 7 of the Charter has been given an expanded meaning; it is not limited to the enumerated categories found in sections 8 to 14 of the Charter. That said, those violations

été obtenus de manière abusive (voir p. ex., *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, 2001 CSC 21, [2001] 1 R.C.S. 616, au paragraphe 56; *United States v. Khadr*, 2010 ONSC 4338, aux paragraphes 162 et 163).

[56] Dans l'arrêt *Hape*, les juges majoritaires ont semblé rassurés, lorsqu'ils ont conclu que la Charte n'avait pas d'application extraterritoriale, par le fait que l'équité du procès est une deuxième étape importante de l'analyse, ce qui permet de tenir compte des techniques d'enquête inappropriées ou de la collecte abusive d'éléments de preuve. Le juge LeBel, rédigeant pour la majorité, s'est exprimé comme suit (aux paragraphes 91 et 112) :

91 [...] Le tribunal saisi d'une allégation de violation de la *Charte* par un acteur étatique doit pouvoir tenir compte de la possibilité qu'avait cet acteur étatique de respecter les exigences de la *Charte*. L'impossibilité de respecter la *Charte* pendant [...] l'enquête, parce qu'elle se déroulait à l'étranger, indique nettement que la Charte ne s'applique pas dans les circonstances. Quoi qu'il en soit, l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, qui disposent qu'un élément de preuve peut être écarté pour préserver l'équité du procès, assurent après coup le contrôle de l'enquête. [...]

[...]

112 Même si le droit à un procès équitable s'applique seulement dans notre pays après l'enquête menée en collaboration à l'étranger, il incite le policier canadien à encourager son homologue étranger à observer des normes rigoureuses afin d'éviter l'exclusion d'un élément de preuve ou l'arrêt des procédures : *Terry*, par. 26. Dans le même ordre d'idées, la juge L'Heureux-Dubé a opiné que lors d'une enquête à l'étranger, le policier canadien doit, dans la mesure du possible, s'efforcer de respecter la lettre et l'esprit de la *Charte* même lorsque les droits qu'elle garantit ne s'appliquent pas directement : *Cook*, par. 103. [Je souligne.]

[57] On a interprété de façon libérale le droit d'être traité en conformité avec les principes de justice fondamentale reconnus à l'article 7 de la Charte lorsque le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne est en jeu; il ne se limite pas aux droits énoncés aux articles 8 à 14 de la Charte. Cela dit, ces violations

in and of themselves constitute specific deprivations of the right to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice (see, Marie Henein, *2021 Martin's Annual Criminal Code*, Judicial Edition, Toronto: Thompson Reuters, 2020 at page 1913). Concerns about fundamental justice in relation to the means by which police obtain self-incriminating evidence, as expressed in *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544 apply to other perceived enumerated Charter breaches.

[58] Second, subsection 32(1) of the Charter requires a state actor's activity to fall within the authority of Parliament or the legislature in each province. There is no dispute that the enactment of the NDA is a matter within the authority of Parliament. There is no dispute that the jurisdiction to investigate and prosecute servicemen and women in the Canadian Armed Forces is authorized under the NDA, and there is also no dispute that the authority of Canada to investigate and prosecute servicemen and women is extraterritorial in nature. Pursuant to section 68 and subsection 235(1) of the NDA, Courts Martial and appeals to this Court may both be held outside Canada. In my view, these factors all demonstrate that the investigation and ultimate prosecution of Cpl McGregor were both clearly within the authority of Parliament, engaging section 7 and paragraph 11(d) as they relate to trial fairness.

[59] Third, unlike the situation in *Hape*, above, the servicemen and women of the Canadian Armed Forces do not choose to go to a foreign country. They are stationed at various locations throughout the world according to orders received. Also, unlike the situation in *Hape*, and unique to their status, Canadian servicemen and women can be prosecuted in Canada for offences committed anywhere in the world. Given Canada's right to apply its domestic criminal law to Canadian servicemen and women serving abroad, we are of the view there is a concomitant responsibility to measure trial fairness of military personnel with Canadian norms, such as those expressed in the

constituent en elles-mêmes des atteintes précises au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui contreviennent aux principes de justice fondamentale (voir Marie Henein, *2021 Martin's Annual Criminal Code*, Judicial Edition, Toronto, Thompson Reuters, 2020, à la page 1913). Les préoccupations liées au respect des principes de justice fondamentale en ce qui concerne les moyens utilisés par la police pour qu'une personne fasse une déclaration incriminante, telles qu'elles ont été énoncées dans l'arrêt *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, s'appliquent à la violation perçue d'autres droits énumérés dans la Charte.

[58] Deuxièmement, le paragraphe 32(1) de la Charte exige que l'activité d'un acteur étatique relève de la compétence du Parlement ou de la législature d'une province. Nul ne conteste que l'adoption de la LDN relève de la compétence du Parlement. Nul ne conteste non plus que le pouvoir d'enquêter sur des militaires des Forces armées canadiennes ou de les poursuivre prend sa source dans la LDN, ou encore que le pouvoir du Canada d'enquêter sur ces militaires ou de les poursuivre est de nature extraterritoriale. En vertu de l'article 68 et du paragraphe 235(1) de la LDN, une cour martiale peut être convoquée à l'étranger et notre Cour peut aussi entendre des appels à l'étranger. À mon avis, ces facteurs démontrent tous que l'enquête et la poursuite subséquente contre le capl McGregor relevaient clairement de la compétence du Parlement, faisant ainsi entrer en jeu l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte puisque ces dispositions se rapportent à l'équité des procès.

[59] Troisièmement, contrairement à la situation dans l'affaire *Hape*, précitée, les membres des Forces armées canadiennes ne choisissent pas de se rendre à l'étranger. Ils sont affectés à divers endroits dans le monde selon les ordres qu'ils reçoivent. De plus, contrairement à la situation dans l'arrêt *Hape*, et en raison de leur statut particulier, les membres des Forces canadiennes peuvent être poursuivis au Canada pour des infractions commises n'importe où au monde. Compte tenu du droit du Canada d'appliquer son droit criminel interne aux militaires canadiens servant à l'étranger, nous estimons qu'il y a une responsabilité corollaire d'évaluer le caractère équitable des procès

Charter, in mind. The mirroring of Charter rights in the consideration of trial fairness reinforces the values of consistency and predictability in the trials of members of the Canadian Armed Forces, regardless of where they may be stationed or where the offence took place. This is a reasonable approach that constitutes a minor extension of the principle espoused by L'Heureux-Dubé J. in *Cook*, above, and approved by the majority in *Hape*.

[60] These observations inexorably lead to the conclusion that the admissibility of the evidence gathered in the United States by both American and Canadian authorities must be measured by assessing its impact on trial fairness in situations of domestic trials of Canadian servicemen and women. If admission of the evidence would render the trial unfair, the evidence must be excluded. For example, if an American vigilante beat a confession out of a member of the Canadian military, without any participation by Canadian agents, this could not reasonably be characterized as a breach of the Canadian Charter of Rights but admission of the evidence would certainly render the trial unfair, and it would be excluded.

[61] That said, we do not consider it advisable or necessary to define the ambit of what constitutes trial fairness, as determining whether the requirements of trial fairness have been met is a highly factually-infused exercise. It is sufficient to say that trial fairness may be informed, amongst others, by considerations analogous to the *Grant* factors, such as the seriousness of the conduct of the local investigators, the degree of deviation from Canadian norms and the Charter, the impact of the admission of the evidence on the accused and the public interest in the trial of the offence (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353 (*Grant*) at paragraph 71).

[62] Cpl McGregor contends the search was not authorized by law, nor was it conducted in a reasonable manner. First, he says the search was outside the

des militaires en fonction des normes canadiennes, comme celles énoncées dans la Charte. Cette prise en compte des droits garantis par la Charte dans l'examen de l'équité des procès renforce les valeurs de la cohérence et de la prévisibilité dans les procès des membres des Forces armées canadiennes, quel que soit leur lieu d'affectation ou l'endroit où l'infraction a été commise. Il s'agit d'une approche raisonnable qui constitue un léger prolongement du principe adopté par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Cook*, précité, et approuvé par la majorité des juges dans l'arrêt *Hape*.

[60] Ces observations conduisent inexorablement à la conclusion que la recevabilité des éléments de preuve recueillis aux États-Unis par les autorités américaines et canadiennes doit être évaluée selon leur incidence sur l'équité du procès lorsque des militaires canadiens sont jugés au Canada. Si l'admission des éléments de preuve rend le procès inéquitable, ils doivent être exclus. Par exemple, si un justicier américain extorquait par la violence des aveux à un militaire canadien, sans la participation de policiers canadiens, on ne saurait raisonnablement dire qu'il s'agit d'un cas de violation de la Charte, mais l'admission de cet élément de preuve rendrait sûrement le procès inéquitable, et l'élément de preuve serait exclu.

[61] Cela dit, nous estimons qu'il n'est ni opportun ni nécessaire de définir la portée de ce qui constitue l'équité du procès, puisque le fait de déterminer si les exigences relatives à l'équité du procès ont été respectées est éminemment factuel. Il suffit de dire que s'agissant de l'équité du procès, il peut être pertinent de tenir compte, entre autres choses, de considérations analogues aux facteurs énoncés dans l'arrêt *Grant*, comme la gravité de la conduite des enquêteurs locaux, l'ampleur des dérogations aux normes canadiennes et à la Charte, l'incidence de l'admission des éléments de preuve sur l'accusé et l'intérêt du public à la tenue d'un procès relativement à l'infraction reprochée (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 (*Grant*), au paragraphe 71).

[62] Le capl McGregor soutient que la perquisition était illégale et qu'elle a été effectuée de manière abusive. Premièrement, il affirme que la perquisition

scope of the waiver of immunity, which pertained only to the appellant's residence. He asserts the waiver of immunity did not extend to permit a search of his electronic devices. Furthermore, even if the waiver applied to his electronic devices, he says the CFNIS required a separate warrant authorizing the search of those devices. On this, he relies upon *Vu*, above. Alternatively, Cpl McGregor contends that even if the CFNIS acted within the authority of the immunity waiver and was authorized to search his devices, the search was conducted in an unreasonable manner because the police did not confine their search to searching for evidence of the crimes that formed the basis of the warrant. Citing *R. v. Jones*, 2011 ONCA 632 at paragraph 42, Cpl McGregor contends the CFNIS expanded the search from one for evidence of voyeurism and unlawful interception to one for evidence of sexual assault and child pornography.

[63] We disagree with Cpl McGregor's assertions.

[64] First, the warrant was authorized by law as it was conducted pursuant to authorization from a State of Virginia Magistrate and after the waiver of Cpl McGregor's diplomatic immunity with respect to his residence and property. The warrant also authorized the search and seizure of the electronic devices found in Cpl McGregor's residence. The operative portions of the warrant have already been set out in these reasons. However, for ease of reference we repeat them here:

You are hereby commanded in the name of the Commonwealth to forthwith search the following place, person or thing either in the day or night ... for the following property, objects and/or persons: Camera, video recorder, other electronic audio/photo/video recording devices, computer, cell phone, other internet access devices, internet services devices, external electronic storage devices, and analysis of the seized items. Photographing of the premise and/or seized items.

dépassait les limites de la renonciation à l'immunité, qui ne concernait que sa demeure. Il affirme que la fouille de ses dispositifs électroniques excédait la renonciation à l'immunité et, s'appuyant sur l'arrêt *Vu*, précité, il ajoute que, même si la renonciation s'appliquait aux dispositifs électroniques, le SNEFC avait besoin d'un mandat distinct autorisant la fouille de ces dispositifs. Subsidiairement, le capl McGregor soutient que même si le SNEFC a agi dans les limites de la renonciation à l'immunité et a été autorisé à fouiller ses dispositifs, la perquisition a été effectuée de manière abusive parce que la police n'a pas limité ses recherches aux éléments de preuve des actes criminels visés par le mandat. Le capl McGregor se fonde sur l'arrêt *R. v. Jones*, 2011 ONCA 632, au paragraphe 42, pour affirmer que le SNEFC a élargi la portée de la recherche d'éléments de preuve de voyeurisme et de possession d'un dispositif d'interception illégale lorsqu'il a inclus la recherche d'éléments de preuve d'agression sexuelle et de pornographie juvénile.

[63] Nous ne souscrivons pas aux arguments du capl McGregor.

[64] Tout d'abord, le mandat était légal, car il a été exécuté conformément à l'autorisation d'un magistrat de l'État de la Virginie et après la renonciation, par le Canada, à l'immunité diplomatique du capl McGregor à l'égard de sa demeure et de ses biens. Le mandat autorisait également la fouille, et la saisie des dispositifs électroniques trouvés dans la demeure du capl McGregor. Nous avons déjà reproduit ci-dessus le dispositif du mandat, mais par souci de commodité, nous le reproduisons à nouveau :

[TRADUCTION] Par la présente, vous êtes autorisés, au nom du Commonwealth, à procéder immédiatement à la fouille du lieu, de la personne ou des choses, de jour ou de nuit [...], à la recherche des biens, objets et/ou personnes qui suivent : appareil photo, caméra, autres dispositifs électroniques d'enregistrement audio/photo/vidéo, ordinateur, téléphone cellulaire, autres dispositifs d'accès à Internet, dispositifs de services Internet, dispositifs de stockage électronique externe, et à faire l'analyse des objets saisis. La photographie des locaux et/ou des objets saisis est autorisée.

[65] In Canada, a single warrant may authorize both the seizure as well as the search of electronic devices (*R. v. Crawley*, 2018 ONCJ 394; *R. v. KZ*, 2014 ABQB 235; *R. v. Villaroman*, 2018 ABCA 220). This approach is consistent with *Vu*, above. We are of the opinion that, in this case, the investigators had prior judicial authorization to search the electronic devices. The search was not warrantless.

[66] With respect to the allegation the search was conducted in an unreasonable manner, we would note that the triage searches were specifically aimed at quickly identifying evidence of interception and voyeurism. The CFNIS did not change the scope of their search after discovering evidence of additional crimes. This distinguishes the present case from *Jones*, above, where a warrant issued to search for evidence of fraud was used to gather evidence of child pornography and sexual assault. In *Jones*, the investigators changed the scope of their search without obtaining a second warrant. In the present case, upon discovering evidence of other crimes, those devices were immediately set aside and no further search of their contents was undertaken until a Canadian warrant could be obtained. We are of the view the search was conducted reasonably and would have been in compliance with Charter standards had the search been wholly conducted in Canada under Canadian warrants.

[67] In the event we are incorrect and Canadian state actors violated Cpl McGregor's section 8 Charter right, we would nevertheless agree with the Military Judge's decision to admit the impugned evidence. In *Grant*, above, the Supreme Court of Canada set out the test for determining whether evidence ought to be excluded under subsection 24(2) of the Charter. Trial courts are to consider the seriousness of the Charter-infringing state conduct; the impact of the breach on the Charter-protected interests of the accused; and society's interest in the adjudication of the case on its merits.

[65] Au Canada, la saisie et la fouille de dispositifs électroniques peuvent être autorisées dans un seul mandat (*R. v. Crawley*, 2018 ONCJ 394; *R. v. KZ*, 2014 ABQB 235; *R. v. Villaroman*, 2018 ABCA 220). Cette approche est conforme à celle qui a été adoptée dans l'arrêt *Vu*, précité. Nous sommes d'avis qu'en l'espèce, les enquêteurs avaient l'autorisation judiciaire préalable de fouiller les dispositifs électroniques. La fouille n'a donc pas été effectuée sans mandat.

[66] S'agissant de l'allégation selon laquelle la fouille a été effectuée de manière abusive, nous soulignons que l'examen préalable visait justement à repérer rapidement les éléments de preuve de possession de dispositif d'interception et de voyeurisme. Le SNEFC n'a pas modifié la portée de sa recherche après avoir découvert des éléments de preuve d'autres actes criminels. Ainsi, la présente affaire se distingue de celle de l'arrêt *Jones*, précité, où un mandat délivré pour rechercher des preuves de fraude a été utilisé pour recueillir des preuves de pornographie juvénile et d'agression sexuelle. Dans l'affaire *Jones*, les enquêteurs ont modifié la portée de leur recherche sans obtenir un second mandat. En l'espèce, dès la découverte d'éléments de preuve d'autres actes criminels, les dispositifs visés ont été immédiatement mis de côté et aucune autre fouille de leur contenu n'a été entreprise jusqu'à ce qu'un mandat canadien puisse être obtenu. Nous estimons que la fouille n'a pas été effectuée de manière abusive, et que si elle avait été entièrement menée au Canada sous l'autorité d'un mandat canadien, elle aurait été conforme aux exigences de la Charte.

[67] Même si nous avons tort et que les acteurs étatiques canadiens ont porté atteinte au droit du capl McGregor garanti par l'article 8 de la Charte, nous ferions néanmoins nôtre la décision du juge militaire d'admettre les éléments de preuve contestés. Dans l'arrêt *Grant*, précité, la Cour suprême du Canada a énoncé le critère permettant de déterminer s'il y a lieu d'exclure des éléments de preuve en application du paragraphe 24(2) de la Charte. Le juge de première instance doit examiner la gravité de la conduite attentatoire de l'État, l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la Charte et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond.

[68] We are of the view all three *Grant* factors militate in favour of the admission of the evidence. First, the CFNIS agents acted in good faith and were not wilfully blind to, nor did they blatantly disregard, Cpl McGregor's Charter rights. Investigators believed they had lawful authority to search the electronic devices on-site and that they had acquired it through the proper means. Second, the impact of the breach on Cpl McGregor's rights was minimal as the breach, if any, was merely technical. The Virginia search warrant was functionally equivalent to a Canadian one. Furthermore, the search would not have been carried out any differently had it occurred in Canada. The evidence of sexual assault and child pornography were discoverable and surely would have been found during the authorized search of the devices on Canadian soil. Third, society's interest remains high in seeing this case adjudicated on its merits given the serious nature of the offences.

VI. Conclusion

[69] For all of the above reasons, we would dismiss the appeal and maintain Cpl McGregor's convictions.

BELL C.J.

RENNIE J.A.

PARDU J.A.

Annex

Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18 April 1961, 500 U.N.T.S. 95

Article 22

1. The premises of the mission shall be inviolable. The agents of the receiving State may not enter them, except with the consent of the head of the mission.

[68] Nous sommes d'avis que les trois facteurs de l'arrêt *Grant* militent en faveur de l'admission des éléments de preuve. Premièrement, les agents du SNEFC ont agi de bonne foi et n'ont pas volontairement négligé les droits que la Charte garantit au capl McGregor, et leurs actes ne traduisent pas non plus un mépris flagrant de ses droits. Les enquêteurs se croyaient légalement autorisés à fouiller les dispositifs électroniques sur place et estimaient qu'ils avaient obtenu ce pouvoir par les moyens appropriés. Deuxièmement, l'effet de la violation sur les droits du capl McGregor est négligeable, voire inexistant, puisqu'elle était simplement de nature technique. Le mandat de perquisition délivré par l'État de la Virginie était, sur le plan pratique, équivalent à un mandat canadien. En outre, la perquisition n'aurait pas été effectuée différemment si elle avait eu lieu au Canada. Les preuves d'agression sexuelle et de pornographie juvénile étaient susceptibles d'être découvertes et auraient certainement été trouvées lors d'une perquisition des dispositifs autorisée en sol canadien. Troisièmement, l'intérêt de la société à ce que cette affaire soit jugée au fond demeure important compte tenu de la gravité des infractions.

VI. Conclusion

[69] Pour tous ces motifs, nous rejetons l'appel et confirmons les déclarations de culpabilité du capl McGregor.

LE JUGE EN CHEF BELL

LE JUGE RENNIE, J.C.A.

LA JUGE PARDU, J.C.A.

Annexe

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 18 avril 1961, 500 R.T.N.U. 95

Article 22

1. Les locaux de la mission sont inviolables. Il n'est pas permis aux agents de l'État accréditaire d'y pénétrer, sauf avec le consentement du chef de la mission.

3. The premises of the mission, their furnishings and other property thereon and the means of transport of the mission shall be immune from search, requisition, attachment or execution.

Article 30

1. The private residence of a diplomatic agent shall enjoy the same inviolability and protection as the premises of the mission.

Article 31

1. A diplomatic agent shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State. He shall also enjoy immunity from its civil and administrative jurisdiction, except in the case of:

(a) A real action relating to private immovable property situated in the territory of the receiving State, unless he holds it on behalf of the sending State for the purposes of the mission;

(b) An action relating to succession in which the diplomatic agent is involved as executor, administrator, heir or legatee as a private person and not on behalf of the sending State;

(c) An action relating to any professional or commercial activity exercised by the diplomatic agent in the receiving State outside his official functions.

Article 32

1. The immunity from jurisdiction of diplomatic agents and of persons enjoying immunity under article 37 may be waived by the sending State.

2. Waiver must always be express.

Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces, 19 June 1951, Can. T.S. 1953 No. 13

Article VII

1. Subject to the provisions of this Article,

a. the military authorities of the sending State shall have the right to exercise within the receiving State

3. Les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission, ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution.

Article 30

1. La demeure privée de l'agent diplomatique jouit de la même inviolabilité et de la même protection que les locaux de la mission.

Article 31

1. L'agent diplomatique jouit de l'immunité de la juridiction pénale de l'État accréditaire. Il jouit également de l'immunité de sa juridiction civile et administrative, sauf s'il s'agit :

a) d'une action réelle concernant un immeuble privé situé sur le territoire de l'État accréditaire, à moins que l'agent diplomatique ne le possède pour le compte de l'État accréditant aux fins de la mission;

b) d'une action concernant une succession, dans laquelle l'agent diplomatique figure comme exécuteur testamentaire, administrateur, héritier ou légataire, à titre privé et non pas au nom de l'État accréditant;

c) d'une action concernant une activité professionnelle ou commerciale, quelle qu'elle soit, exercée par l'agent diplomatique dans l'État accréditaire en dehors de ses fonctions officielles.

Article 32

1. L'État accréditant peut renoncer à l'immunité de juridiction des agents diplomatiques et des personnes qui bénéficient de l'immunité en vertu de l'article 37.

2. La renonciation doit toujours être expresse.

Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, 19 juin 1951, R.T. Can. 1953, n° 13

Article VII

1. Sous réserve des dispositions du présent article :

a. Les autorités militaires de l'État d'origine ont le droit d'exercer sur le territoire de l'État de séjour

all criminal and disciplinary jurisdiction conferred on them by the law of the sending State over all persons subject to the military law of that State;

3. In case where the right to exercise jurisdiction is concurrent the following rules shall apply:

a. The military authorities of the sending State shall have the primary right to exercise jurisdiction over a member of a force or of a civilian component in relation to

i. offences solely against the property or security of that State, or offences solely against the person or property of another member of the force or civilian component of that State or of a dependent;

ii. offences arising out of any act or omission done in the performance of official duty.

6.a. The authorities of the receiving and sending States shall assist each other in the carrying out of all necessary investigations into offences, and in the collection and production of evidence, including the seizure and, in proper cases, the handing over of objects connected with an offence. The handing over of such objects may, however, be made subject to their return within the time specified by the authority delivering them.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. (2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

les pouvoirs de juridiction pénale et disciplinaire que leur confère la législation de l'État d'origine sur toutes personnes sujettes à la loi militaire de cet État;

3. Dans le cas de juridiction concurrente, les règles suivantes sont applicables :

a. Les autorités militaires de l'État d'origine ont le droit d'exercer par priorité leur juridiction sur le membre d'une force ou d'un élément civil en ce qui concerne :

i. les infractions portant atteinte uniquement à la sûreté ou à la propriété de cet État ou les infractions portant atteinte uniquement à la personne ou à la propriété d'un membre de la force, ou d'un élément civil de cet État ainsi que d'une personne à charge;

ii. les infractions résultant de tout acte ou négligence accomplis dans l'exécution du service.

6.a. Les autorités des États de séjour et d'origine se prêtent mutuellement assistance pour la conduite des enquêtes, pour la recherche de preuves, y compris la saisie, et s'il y a lieu, la remise des pièces à conviction et des objets de l'infraction. La remise des pièces et objets saisis peut toutefois être subordonnée à leur restitution dans un délai déterminé par l'autorité qui procède à cette remise.

Charte canadienne des droits et libertés

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

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.

32. (1) La présente charte s'applique :

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O)

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC)

Volume II — Chapter 106 — Investigation Of Service Offences

Volume II – Chapitre 106 – Enquête sur les infractions d'ordre militaire

106.05 — ISSUANCE OF A SEARCH WARRANT BY A COMMANDING OFFICER

106.05 – DÉLIVRANCE D'UN MANDAT DE PERQUISITION PAR UN COMMANDANT

(1) Section 273.3 of the *National Defence Act* provides:

(1) L'article 273.3 de la *Loi sur la défense nationale* prescrit :

“273.3 Subject to sections 273.4 and 273.5, a commanding officer who is satisfied by information on oath that there is in any quarters, locker, storage space or personal or movable property referred to in section 273.2

« 273.3 Sous réserve des articles 273.4 et 273.5, le commandant qui conclut, sur la foi d'une dénonciation faite sous serment, à la présence dans les logements, cases, espaces de rangement ou biens meubles ou personnels visés à l'article 273.2 de tout objet répondant à l'un des critères ci-dessous peut signer un mandat autorisant l'officier ou le militaire du rang qui y est nommé, aidé au besoin d'autres officiers ou militaires du rang se trouvant sous son autorité, ou un agent de la paix, à perquisitionner dans ces lieux ou biens, afin de trouver, saisir et lui apporter l'objet :

(a) anything on or in respect of which any offence against this Act has been or is believed on reasonable grounds to have been committed,

a) soit parce que celui-ci a ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il aurait servi ou donné lieu à une infraction à la présente loi;

(b) anything that there are reasonable grounds to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence against this Act, or

b) soit parce qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il servira à prouver la perpétration d'une telle infraction;

(c) anything that there are reasonable grounds to believe is intended to be used for the purpose of committing any offence against the person for which a person may be arrested without warrant,

c) soit parce qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il est destiné à servir à la perpétration d'une infraction contre une personne, infraction qui peut donner lieu à une arrestation sans mandat. »

may issue a warrant authorizing any officer or non-commissioned member named in the warrant, assisted by such other officers and non-commissioned members as are necessary, or a peace officer, to search the quarters, locker, storage space or personal or movable property for any such thing, and to seize and carry it before that commanding officer.”

(2) Section 273.4 of the *National Defence Act* provides;

“273.4 The commanding officer who carries out or directly supervises the investigation of any matter may issue a warrant pursuant to section 273.3 in relation to that investigation only if that commanding officer believes on reasonable grounds that

(a) the conditions for the issuance of the warrant exist; and

(b) no other commanding officer is readily available to determine whether the warrant should be issued.”

(3) Section 273.5 of the *National Defence Act* provides:

“273.5 Section 273.3 does not apply to a commanding officer of a military police unit.”

(2) L'article 273.4 de la *Loi sur la défense nationale* prescrit :

« 273.4 Le commandant qui mène ou supervise directement une investigation ne peut, relativement à celle-ci, délivrer de mandat en application de l'article 273.3 que s'il a des motifs raisonnables de croire :

a) à l'existence des conditions préalables à sa délivrance;

b) qu'il n'y a aucun autre commandant en mesure de décider sans délai de l'opportunité de le délivrer. »

(3) L'article 273.5 de la *Loi sur la défense nationale* prescrit :

« 273.5 Les dispositions de l'article 273.3 ne s'appliquent pas au commandant d'une unité de la police militaire. »

