

Donald Jerry Barabash *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Shane Gordon Rollison *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Canadian Civil Liberties Association,
Beyond Borders and Canadian Centre for
Child Protection Inc.** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. BARABASH

2015 SCC 29

File Nos.: 35977, 36064.

2015: January 16; 2015: May 22.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon
and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Criminal law — Child pornography — Defences — Private use exception — Accused charged with child pornography offences — Accused arguing in defence that sexual activity lawful and consensual and that recordings held for private use — Crown challenging lawfulness of sexual activity on basis of girls' exploitation — Whether private use exception requires separate and additional exploitation inquiry or whether exploitation included under lawfulness inquiry — In acquitting accused, whether trial judge properly interpreted exception — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1.

Donald Jerry Barabash *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Shane Gordon Rollison *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
Association canadienne des libertés civiles,
Au-delà des frontières et Centre canadien de
protection de l'enfance inc.** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BARABASH

2015 CSC 29

N^{os} du greffe : 35977, 36064.

2015 : 16 janvier; 2015 : 22 mai.

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

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

Droit criminel — Pornographie juvénile — Moyens de défense — Exception relative à l'usage personnel — Accusations de pornographie juvénile — Accusés invoquant en défense que l'activité sexuelle était légale et consensuelle et les enregistrements étaient conservés pour l'usage personnel — Légalité de l'activité sexuelle contestée par le ministère public sur le fondement de l'exploitation des adolescentes — L'exception relative à l'usage personnel commande-t-elle un examen supplémentaire distinct de la question de l'exploitation, ou cette question est-elle prise en compte dans l'analyse de la légalité? — Pour décider d'acquitter les accusés, le juge du procès a-t-il bien interprété l'exception? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 163.1.

Two girls, age 14, were runaways from a treatment centre. They stayed with the accused B, age 60, whereas the other accused, R, age 41, was a regular visitor. The girls were involved in sexual activity, which was depicted on video and in photographs, with each other and with R. At the time the videos and photographs were made, 14-year-olds could legally consent to sexual acts with adults. Both B and R were charged with making child pornography, contrary to s. 163.1(2) of the *Criminal Code*. B was also charged with one count of possessing child pornography, contrary to s. 163.1(4). B and R were tried together. The trial judge found that all of the elements of the offences were established; however, the accused raised in defence the private use exception outlined in *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45. The judge concluded that the Crown had failed to disprove the exception beyond a reasonable doubt. The Court of Appeal allowed the appeals, substituted guilty verdicts and remitted the case for sentencing.

Held: The appeals should be allowed and a new trial ordered.

The private use exception outlined in *Sharpe* serves as a defence to the offence of making or possessing child pornography, contrary to s. 163.1 of the *Criminal Code*. This private use exception requires a determination that the sexual activity depicted in recordings is lawful, that the recording of the sexual activity is also consensual and that the recordings are held exclusively for private use. In *Sharpe*, the Court did not mandate a separate and additional exploitation inquiry. Adding such a step would be unnecessary, as exploitation is already captured under the lawfulness inquiry. Section 153 of the *Criminal Code* makes sexual exploitation of a young person a crime. Thus, where the Crown seeks to rely on s. 153 to negate the legality of the sexual activity depicted, the judge must consider whether it occurred in the context of an exploitative relationship. If so, the sexual activity is not lawful, and the private use exception does not apply.

Where s. 153 is engaged, the consent of the young person to the sexual activity cannot render it lawful. Thus, where an accused raises the private use exception and the Crown seeks to challenge the lawfulness of the sexual activity on the basis of exploitation, a trial judge must look

Deux adolescentes de 14 ans se sont enfuies d'un centre de traitement. Elles sont allées habiter chez l'accusé B, âgé de 60 ans. L'autre accusé, R, âgé de 41 ans, se trouvait régulièrement chez B. Les adolescentes ont pris part — l'une avec l'autre et avec R — à des actes sexuels qui ont été enregistrés sur bandes vidéo et photographiés. Au moment de la création des bandes vidéo et des photos, un adolescent de 14 ans pouvait légalement consentir à un acte sexuel avec un adulte. B et R ont tous deux été accusés de production de pornographie juvénile, une infraction prévue au par. 163.1(2) du *Code criminel*. B a en outre fait l'objet d'un chef d'accusation de possession de pornographie juvénile en application du par. 163.1(4). Les deux accusés ont été jugés dans le cadre d'un procès commun. Le juge du procès a estimé que tous les éléments des infractions avaient été établis. Les accusés ont toutefois invoqué en défense l'exception relative à l'usage personnel reconnue dans l'arrêt *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45. Le juge a conclu à l'omission du ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'exception ne s'appliquait pas. La Cour d'appel a accueilli les appels, inscrit des déclarations de culpabilité et renvoyé les dossiers pour détermination de la peine.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et un nouveau procès est ordonné.

L'exception relative à l'usage personnel reconnue dans l'arrêt *Sharpe* offre un moyen de défense opposable à une accusation de production ou de possession de pornographie juvénile fondée sur l'art. 163.1 du *Code criminel*. Pour que l'exception s'applique, le tribunal doit déterminer que l'activité sexuelle représentée dans les enregistrements est légale, que son enregistrement est aussi consensuel et que les enregistrements sont conservés exclusivement pour l'usage personnel. Dans l'arrêt *Sharpe*, la Cour ne prescrit pas un supplément d'analyse distinct au chapitre de l'exploitation. L'ajout d'une telle étape serait superflu, car l'exploitation est déjà prise en compte dans l'analyse de la légalité. L'article 153 du *Code criminel* fait de l'exploitation sexuelle d'un adolescent un acte criminel. Ainsi, lorsque le ministère public invoque cet article pour contester la légalité de l'activité sexuelle représentée, le tribunal doit se demander si cette activité a eu lieu dans le contexte d'une relation d'exploitation. Dans l'affirmative, l'activité sexuelle n'est pas légale et l'exception relative à l'usage personnel ne s'applique pas.

Lorsque les conditions d'application de l'art. 153 sont réunies, le consentement de l'adolescent ne peut rendre l'activité sexuelle légale. Par conséquent, lorsque l'accusé invoque l'exception relative à l'usage personnel et que le ministère public cherche à contester la légalité de

beyond whether or not consent was given and holistically examine the nature and circumstances of the relationship between the young person and the accused. Section 153(1.2) provides a non-exhaustive list of indicia from which a trial judge may infer that the relationship between the accused and a young person is exploitative: “(a) the age of the young person; (b) the age difference between the person and the young person; (c) the evolution of the relationship; and (d) the degree of control or influence by the person over the young person”. It is not necessary that the person accused of making or possessing child pornography be charged separately under s. 153(1) in order for a judge to undertake this inquiry. The lawfulness of the sexual activity is independently assessed as part of the defence.

In this case, the trial judge did not consider whether the relationship between the girls and the accused was exploitative within the meaning of s. 153, despite the fact that, at the time, s. 153 applied to young persons between the ages of 14 and 17. Where the trial judge did consider evidence that would be relevant to exploitation, he did so in isolation, looking at the factors one at a time. For example, he identified the girls’ age and the substantial difference in age between them and the accused, but found this was an insufficient basis for concluding that this difference was exploitative. However, he did not assess this age difference in light of other aspects of the relationship, such as the impact of the girls’ addictions, their need for shelter, or their past and ongoing experiences with homelessness and prostitution. In short, he did not consider the specific factors in light of the broader context or whether they cumulatively resulted in an exploitative relationship.

In other words, the trial judge’s analysis focused primarily on the voluntariness of the sexual activities, instead of on the nature of the relationship between the parties. While the voluntariness of sexual activities is an important aspect of lawfulness, it does not end the inquiry. The trial judge was also required to holistically assess the nature and circumstances of the relationship to determine whether the sexual activity was rendered unlawful under s. 153. By failing to consider whether the underlying relationship between the girls and the accused was exploitative, the trial judge erred in law. This error had a material bearing on the accused’s acquittals and requires a new trial.

l’activité sexuelle en alléguant l’exploitation, le juge du procès doit s’attacher non seulement au consentement, mais aussi, de manière globale, à la nature de la relation entre l’adolescent et l’accusé, ainsi qu’aux circonstances qui l’entourent. Le paragraphe 153(1.2) fait état de manière non exhaustive d’éléments à partir desquels le juge peut déduire l’existence d’une relation où l’accusé exploite l’adolescent : « a) l’âge de l’adolescent; b) la différence d’âge entre la personne et l’adolescent; c) l’évolution de leur relation; [et] d) l’emprise ou l’influence de la personne sur l’adolescent ». Point n’est besoin que la personne accusée de production ou de possession de pornographie juvénile fasse l’objet d’une accusation distincte fondée sur le par. 153(1) pour que le juge se livre à pareil examen. La légalité de l’activité sexuelle est appréciée de façon indépendante dans le cadre de l’examen des moyens de défense.

Dans la présente affaire, le juge du procès ne s’est pas demandé si la relation entre les adolescentes et les accusés en était une d’exploitation au sens de l’art. 153 même si cette disposition s’appliquait alors aux adolescents âgés de 14 à 17 ans. Lorsqu’il s’est penché sur des éléments de preuve pertinents pour statuer sur l’exploitation, il l’a fait en vase clos, les examinant un à la fois. À titre d’exemple, il a relevé l’âge des adolescentes et la grande différence d’âge entre elles et les accusés, mais il a estimé qu’on ne pouvait y voir d’exploitation. Cependant, il n’a pas considéré la différence d’âge à la lumière d’autres aspects de la relation, tels l’impact des dépendances des adolescentes, leur besoin d’un toit ou leurs expériences passées et actuelles de vagabondage et de prostitution. En bref, il a omis d’examiner les éléments en cause à la lumière du contexte global ou de la question de savoir si, cumulativement, ces éléments donnaient lieu à une relation d’exploitation.

En d’autres termes, l’analyse du juge du procès s’est attachée surtout au caractère volontaire de l’activité sexuelle, plutôt qu’à la nature de la relation entre les parties. Bien que le caractère volontaire d’une activité sexuelle compte pour beaucoup dans sa légalité, il ne suffit pas. Le juge devait aussi examiner globalement la nature de la relation et les circonstances qui l’entouraient pour déterminer si l’activité sexuelle était légale ou non au regard de l’art. 153. Son omission de se demander si la relation sous-jacente entre les adolescentes et les accusés en était une d’exploitation constitue une erreur de droit. Cette erreur a eu une incidence significative sur l’acquiescement des accusés et commande la tenue d’un nouveau procès.

Cases Cited

Applied: *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; **referred to:** *R. v. Cockell*, 2013 ABCA 112, 553 A.R. 91, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. x; *R. v. L.W.* (2006), 208 O.A.C. 42; *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 150.1, 151, 152, 153, 155, 160(3), 163.1, 173(2), 265(3), 271 to 273, 273.1, 686(4)(b)(ii).

Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Slatter J.J.A.), 2014 ABCA 126, 572 A.R. 289, 98 Alta. L.R. (5th) 125, 10 C.R. (7th) 350, [2014] 8 W.W.R. 69, 310 C.C.C. (3d) 360, 306 C.R.R. (2d) 299, 609 W.A.C. 289, [2014] A.J. No. 322 (QL), 2014 CarswellAlta 489 (WL Can.), setting aside the acquittals entered by Thomas J., 2012 ABQB 99, 532 A.R. 364, 59 Alta. L.R. (5th) 369, 284 C.C.C. (3d) 62, [2012] 10 W.W.R. 104, [2012] A.J. No. 191 (QL), 2012 CarswellAlta 434 (WL Can.). Appeals allowed and new trial ordered.

Peter J. Royal, Q.C., for the appellant Donald Jerry Barabash.

Diana C. Goldie and Thomas Slade, for the appellant Shane Gordon Rollison.

Jolaine Antonio and Julie Morgan, for the respondent.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Christine Bartlett-Hughes and Lisa Henderson, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alexi N. Wood and Kate Southwell, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; **arrêts mentionnés :** *R. c. Cockell*, 2013 ABCA 112, 553 A.R. 91, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. x; *R. c. L.W.* (2006), 208 O.A.C. 42; *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1, 151, 152, 153, 155, 160(3), 163.1, 173(2), 265(3), 271 à 273, 273.1, 686(4)(b)(ii).

Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Watson et Slatter), 2014 ABCA 126, 572 A.R. 289, 98 Alta. L.R. (5th) 125, 10 C.R. (7th) 350, [2014] 8 W.W.R. 69, 310 C.C.C. (3d) 360, 306 C.R.R. (2d) 299, 609 W.A.C. 289, [2014] A.J. No. 322 (QL), 2014 CarswellAlta 489 (WL Can.), qui a annulé les acquittements prononcés par le juge Thomas, 2012 ABQB 99, 532 A.R. 364, 59 Alta. L.R. (5th) 369, 284 C.C.C. (3d) 62, [2012] 10 W.W.R. 104, [2012] A.J. No. 191 (QL), 2012 CarswellAlta 434 (WL Can.). Pourvois accueillis et nouveau procès ordonné.

Peter J. Royal, c.r., pour l'appelant Donald Jerry Barabash.

Diana C. Goldie et Thomas Slade, pour l'appelant Shane Gordon Rollison.

Jolaine Antonio et Julie Morgan, pour l'intimée.

Jeffrey G. Johnston, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Christine Bartlett-Hughes et Lisa Henderson, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alexi N. Wood et Kate Southwell, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

David Matas and Monique St. Germain, for the interveners Beyond Borders and the Canadian Centre for Child Protection Inc.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — These appeals concern what happens when teenagers participate in sexual recordings as part of relationships that may involve exploitation. They examine the “private use exception” outlined in this Court’s decision of *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45. The private use exception acts as a defence to the offences of making and possessing child pornography, contrary to s. 163.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The exception covers visual recordings that do not depict unlawful sexual activity, were created with the consent of the persons depicted, and are held exclusively for private use (*Sharpe*, at para. 128).

[2] In this case, the Court is asked to clarify the elements of the exception, and in particular where the concept of exploitation fits in the analysis.

[3] I conclude that the test articulated in *Sharpe* requires a determination that the sexual activity depicted is lawful — and thus did not arise in the context of an exploitative relationship. As the trial judge did not consider this specific question, I would allow the appeals and order a new trial.

I. Facts

[4] In early 2008, two 14-year-old females, K and D, ran away from an adolescent treatment centre in High Prairie, Alberta. The two teenagers had difficult pasts, with experiences of drug addiction, criminal history, family issues, and, in K’s case, a history of prostitution. K described herself as a “street child” with ongoing troubles with drug abuse.

David Matas et Monique St. Germain, pour les intervenants Au-delà des frontières et le Centre canadien de protection de l’enfance inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Les pourvois s’intéressent à ce qu’il advient lorsque des adolescents prennent part à l’enregistrement d’activités sexuelles dans le cadre d’une relation susceptible d’être empreinte d’exploitation. Ils portent sur l’« exception relative à l’usage personnel » que la Cour a formulée dans l’arrêt *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, et qui offre un moyen de défense à une accusation de production ou de possession de pornographie juvénile fondée sur l’art. 163.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. L’exception s’applique à l’enregistrement visuel qui ne représente pas une activité sexuelle illégale, qui a été créé avec le consentement des personnes qui y figurent et que l’on conserve exclusivement pour l’usage personnel (*Sharpe*, par. 128).

[2] Dans la présente affaire, la Cour est appelée à clarifier les conditions d’application de l’exception et, en particulier, les situations où la notion d’exploitation entre en ligne de compte.

[3] J’estime que le critère de l’arrêt *Sharpe* exige du tribunal qu’il détermine que l’activité sexuelle représentée est légale, de sorte qu’elle n’a pas eu lieu dans le contexte d’une relation d’exploitation. Comme le juge du procès n’a pas examiné cette question précise, je suis d’avis d’accueillir les pourvois et d’ordonner un nouveau procès.

I. Faits

[4] Au début de 2008, deux adolescentes de 14 ans, K et D, se sont enfuies d’un centre de traitement pour adolescents situé à High Prairie, en Alberta. Elles avaient toutes deux connu un parcours difficile — dépendance aux drogues, criminalité, problèmes familiaux et, dans le cas de K, prostitution. K s’est décrite comme une [TRADUCTION] « enfant de la rue » aux prises avec des problèmes récurrents de toxicomanie.

[5] After leaving the treatment centre, K and D travelled to Edmonton, where they went to stay at the appellant Donald Barabash's residence. D had known Mr. Barabash for about a year, as a drug dealer and a friend of her father's. The other appellant, Shane Rollison, was a friend of Mr. Barabash's who was regularly at the residence and was also involved in drugs. At trial, K described the place as a stereotypic "crack house" with a wide variety of people visiting to sell, buy, and use various illegal drugs.

[6] During the time K and D stayed at the Barabash residence (K two to three weeks, D one week), they were involved in the creation of video recordings and still images with the appellants, using a computer webcam in the basement. In the recordings and images, K and D appear nude and engage in explicit sexual activity.

[7] The police began investigating the appellants after receiving complaints about a still photograph posted to Nexopia, a social networking site. The photograph depicted two young women, one of them topless. The police identified K and D as the two women depicted in the image and searched the Barabash residence. There they located a number of video recordings and still photographs that they identified as child pornography. The videos and photographs depicted K and D engaged in various explicit sexual activities, both with each other and with Mr. Rollison. Mr. Barabash generally operated the camera, although K and D did so at times. At the time the videos and photographs were made, 14-year-olds were able to consent to sexual acts with adults. (This has since been raised to 16.) K and D were both 14 at the time, while Mr. Barabash was 60, and Mr. Rollison was 41.

[8] The appellants were both charged with making child pornography contrary to s. 163.1(2) of the *Criminal Code*. Mr. Barabash was also charged

[5] Après avoir quitté le centre de traitement, K et D se sont rendues à Edmonton, où elles se sont installées chez l'appellant Donald Barabash, un trafiquant de drogue et ami du père de D, que cette dernière connaissait depuis environ un an. L'autre appellant, Shane Rollison, un ami de M. Barabash qui s'adonnait également au trafic de la drogue, s'y trouvait régulièrement. Au procès, K a dit de l'endroit qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] « fumerie de crack » typique que fréquentait une grande diversité de personnes pour vendre, acheter et consommer différentes drogues illégales.

[6] Pendant le séjour de K et de D chez M. Barabash (deux à trois semaines pour K, une pour D), elles ont participé, avec les appelants, à la création d'enregistrements et d'images fixes à l'aide d'une webcam, au sous-sol de la résidence. Dans les enregistrements et sur les images, K et D apparaissent nues et se livrent à une activité sexuelle explicite.

[7] La police a entrepris une enquête sur les appelants après avoir reçu des plaintes au sujet d'une photo affichée sur Nexopia, un site de réseautage social. La photographie représentait deux jeunes femmes, dont l'une avait les seins nus. Après qu'il eut été déterminé que K et D étaient les deux femmes représentées sur l'image, les policiers ont fouillé la résidence de M. Barabash et y ont trouvé un certain nombre d'enregistrements vidéo et d'images fixes qui, selon eux, constituaient de la pornographie juvénile. Les vidéos et les photos représentaient K et D en train de se livrer à diverses activités sexuelles explicites tant entre elles qu'avec M. Rollison. C'est généralement M. Barabash qui filmait ou prenait les photos, bien que K et D l'aient fait à l'occasion. Au moment où les enregistrements vidéo ont été réalisés et où les photos ont été prises, une personne de 14 ans pouvait consentir à des activités sexuelles avec un adulte. (Depuis, l'âge auquel un tel consentement peut être donné est passé à 16 ans.) K et D étaient toutes deux âgées de 14 ans à l'époque, alors que MM. Barabash et Rollison avaient respectivement 60 et 41 ans.

[8] Les appelants ont tous deux été accusés de production de pornographie juvénile, une infraction prévue au par. 163.1(2) du *Code criminel*.

with one count of possessing child pornography contrary to s. 163.1(4).

II. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench, 2012 ABQB 99, 532 A.R. 364*

[9] The appellants were tried together before Thomas J., sitting alone. The trial judge found the Crown had proven beyond a reasonable doubt that both appellants made child pornography contrary to s. 163.1(2) of the *Criminal Code*. He also found the Crown had proven beyond a reasonable doubt that Mr. Barabash was in possession of child pornography contrary to s. 163.1(4). The core issue, however, was the availability of the private use exception from *Sharpe* as a defence to the charges.

[10] The trial judge reviewed the private use exception and concluded that, according to *Sharpe*, three requirements must be met for the exception to be made out: (1) the sexual activity must be legal; (2) the recording must be made with the consent of the persons depicted; and (3) the recording must be held for private use. He rejected the Crown's submission that, in addition to these three requirements, private use material must possess aspects of "self-fulfilment and self-actualization" and must not result in the "exploitation or abuse of children" (para. 163, citing *Sharpe*, at paras. 120 and 116). The trial judge found that all three requirements set out in *Sharpe* were met on the facts of this case and entered acquittals.

B. *Alberta Court of Appeal, 2014 ABCA 126, 572 A.R. 289*

[11] The Crown appealed the acquittals on the ground that the trial judge erred in his interpretation of the private use exception. The majority of the Court of Appeal agreed and allowed the appeals, relying on that court's decision in *R. v. Cockell*, 2013

M. Barabash a également fait l'objet, sur le fondement du par. 163.1(4), d'un chef d'accusation de possession de pornographie juvénile.

II. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2012 ABQB 99, 532 A.R. 364*

[9] Les appelants ont subi un procès commun devant juge seul. Le juge Thomas conclut que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que les deux appelants avaient produit de la pornographie juvénile contrairement au par. 163.1(2) du *Code criminel*. Il estime également que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Barabash avait été en possession de pornographie juvénile, une infraction prévue au par. 163.1(4). Or, la question essentielle qui se posait était celle de savoir si l'exception relative à l'usage personnel reconnue par la Cour dans l'arrêt *Sharpe* pouvait ou non être opposée aux accusations.

[10] Le juge du procès se penche sur l'exception et conclut que, suivant l'arrêt *Sharpe*, trois conditions doivent être remplies pour qu'elle s'applique : (1) l'activité sexuelle doit être légale, (2) l'enregistrement doit avoir été réalisé avec le consentement des personnes qui y figurent et (3) l'enregistrement doit être conservé pour l'usage personnel. Il rejette la prétention du ministère public selon laquelle le matériel conservé pour l'usage personnel doit en outre posséder certains attributs liés à « l'épanouissement personnel et [à] la réalisation de soi » et ne doit pas faire en sorte que « des enfants soient exploités ou maltraités » (par. 163, citant *Sharpe*, par. 120 et 116). Le juge conclut que les trois conditions de l'arrêt *Sharpe* sont respectées eu égard aux faits de l'espèce, et il acquitte les accusés.

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2014 ABCA 126, 572 A.R. 289*

[11] Le ministère public a interjeté appel des acquittements au motif que le juge du procès avait mal interprété l'exception relative à l'usage personnel. Se fondant sur l'arrêt *R. c. Cockell*, 2013 ABCA 112, 553 A.R. 91, autorisation d'appel refusée, [2013] 3

ABCA 112, 553 A.R. 91, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. x. *Cockell* held that the private use exception also contained a standalone requirement that there be no exploitation or abuse involved in the creation of the recording, and a requirement that the parties intended the pornographic material to be for the private use of all those involved in its creation.

[12] Applying *Cockell* to the present case, the majority found that, for the purposes of the exception, the sexual activity must not involve “child exploitation or abuse as cognizable in law generally, not just crimes under the *Code*”, and that “it was not outside the scope of judicial notice to find that considerably more than a ‘nominal risk of harm’ was inflicted on these two damaged kids” (para. 36). The majority therefore found that, with the correct law applied to the trial judge’s findings of fact, convictions of the appellants were inevitable. It accordingly substituted guilty verdicts and remitted the case for sentencing.

[13] Berger J.A., writing in dissent, would have dismissed the appeals. While he agreed with the majority that the trial judge erred, he disagreed with the majority’s view of the private use exception test and found that exploitation is properly subsumed within the lawfulness analysis. That is, he did not believe that *Sharpe* created a separate and distinct requirement related to factual exploitation. He found that the private use exception was made out on the facts as found by the trial judge.

III. Analysis

A. *R. v. Sharpe and the Criminal Prohibition on Child Pornography*

[14] Section 163.1 of the *Criminal Code* establishes a number of prohibitions related to the making,

R.C.S. x, les juges majoritaires de la Cour d’appel lui donnent raison et accueillent les appels. Selon l’arrêt *Cockell*, une autre condition — indépendante — de l’applicabilité de l’exception veut qu’il n’y ait eu ni exploitation ni maltraitance lors de la création de l’enregistrement, et une autre encore, que les parties aient voulu que le matériel pornographique soit réservé à l’usage personnel de toutes les personnes ayant participé à sa création.

[12] Dans leur application de l’arrêt *Cockell* aux faits de l’espèce, les juges majoritaires concluent que l’opposabilité de l’exception exige que l’activité sexuelle soit exempte [TRADUCTION] « non seulement de tout crime prévu par le *Code criminel*, mais aussi d’exploitation ou de maltraitance d’enfants au sens où on l’entend généralement en droit », et que « la connaissance d’office pouvait permettre de conclure qu’il y avait bien plus qu’un “risque infime de préjudice” pour ces deux enfants aux parcours difficiles » (par. 36). Ainsi, selon les juges majoritaires, si l’on applique les bons principes de droit aux conclusions de fait du juge du procès, les appelants devaient forcément être reconnus coupables. Ils substituent donc des déclarations de culpabilité aux acquittements et renvoient l’affaire pour détermination de la peine.

[13] Le juge Berger, dissident, aurait rejeté les appels. Bien qu’il convienne avec les juges majoritaires que le juge du procès a commis une erreur, il diffère d’opinion sur le critère d’application de l’exception relative à l’usage personnel et conclut que l’exploitation est subsumée à bon droit sous l’analyse de la légalité. Autrement dit, il estime que, dans l’arrêt *Sharpe*, la Cour n’a pas créé une condition, indépendante et distincte, liée à l’exploitation de fait. Il conclut que, au vu des faits constatés en première instance, l’applicabilité de l’exception relative à l’usage personnel est établie.

III. Analyse

A. *L’arrêt R. c. Sharpe et l’interdiction de la pornographie juvénile par le Code criminel*

[14] L’article 163.1 du *Code criminel* établit un certain nombre d’interdictions relatives à la production,

possession, distribution and accessing of child pornography. The child pornography in this case is defined in s. 163.1(1)(a):

163.1 (1) In this section, “child pornography” means

(a) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,

(i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or

(ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years;

[15] In *Sharpe*, McLachlin C.J., writing for the majority of this Court, concluded that while s. 163.1 infringed the constitutional right to freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this infringement was, for the most part, justified under s. 1 of the *Charter* because of the important government objective of protecting children from harm. However, the majority found that two categories of privately held material captured by the criminal prohibition did not strike the proper balance between preventing harm to children and protecting freedom of expression. The two categories are (1) self-created expressive material, and (2) private recordings of lawful sexual activity. These types of private material engage values related to the development of thought, belief, opinion and expression, while posing “no reasoned risk of harm to children” (para. 100).

[16] To remedy this constitutional defect, the Court read in two exceptions to the prohibition. Each of these exceptions operates as a defence to prosecution under s. 163.1(2), which prohibits making child pornography, and s. 163.1(4), which prohibits its possession. The first exception addresses expressive material created and held by a single person and

à la possession et à la distribution de pornographie juvénile, ainsi qu’à l’accès à cette dernière. La pornographie juvénile considérée en l’espèce est définie à l’al. 163.1(1)a) :

163.1 (1) Au présent article, « pornographie juvénile » s’entend, selon le cas :

a) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée ou non par des moyens mécaniques ou électroniques :

(i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,

(ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d’organes sexuels ou de la région anale d’une personne âgée de moins de dix-huit ans;

[15] Dans l’arrêt *Sharpe*, la juge en chef McLachlin conclut au nom des juges majoritaires que même si l’art. 163.1 viole le droit constitutionnel à la liberté d’expression que garantit l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette violation est en grande partie justifiée au regard de l’article premier de la *Charte* par l’objectif gouvernemental important de protéger les enfants contre un préjudice. Toutefois, selon la formation majoritaire, l’interdiction faite par le droit criminel n’établit pas, dans le cas de deux catégories de matériel conservé en privé, un juste équilibre entre la prévention du préjudice causé aux enfants et la protection de la liberté d’expression. Ces deux catégories sont (1) le matériel expressif créé personnellement et (2) l’enregistrement privé d’une activité sexuelle légale. Ce matériel privé fait intervenir des valeurs liées au développement de la pensée, de la croyance, de l’opinion et de l’expression sans susciter « aucune crainte raisonnée qu’un préjudice ne soit causé à des enfants » (par. 100).

[16] Pour remédier à ce vice constitutionnel, la Cour reconnaît deux exceptions qui offrent chacune un moyen de défense en cas d’accusation fondée sur le par. 163.1(2) (interdisant la production de pornographie juvénile) ou sur le par. 163.1(4) (interdisant sa possession). La première exception vise le matériel expressif créé et conservé par une seule

protects “deeply private expression, such as personal journals and drawings, intended solely for the eyes of their creator” (*Sharpe*, at para. 128). The second exception, termed the “private use exception”, protects a narrow category of recordings:

The second exception protects a person’s possession of visual recordings created by or depicting that person, but only where these recordings do not depict unlawful sexual activity, are held only for private use, and were created with the consent of those persons depicted. [Emphasis in original; *ibid.*]

Only this latter exception is relevant for the purposes of the present appeals.

[17] The majority in *Sharpe* reasoned that private recordings may be of significance to adolescent self-fulfilment, self-actualization and sexual exploration and identity. It noted that “two adolescents might arguably deepen a loving and respectful relationship through erotic pictures of themselves engaged in sexual activity”, thus concluding that the cost of criminalizing such materials on the right of free expression outweighs any tenuous benefit it might confer in preventing harm to children (para. 109).

B. *Elements of the Private Use Exception*

[18] As this Court explained in *Sharpe*, there are three elements to the private use exception, all of which must have a basis in the evidence for the exception to apply: (1) the recording must depict lawful sexual activity; (2) the persons depicted must consent to the recording; and (3) the recording must be held for private use.

[19] In order for this defence to go to a jury, the accused must raise an air of reality with respect to all three elements of the defence (*Sharpe*, at

personne, et elle protège « les formes d’expression profondément personnelle comme les journaux intimes et les dessins destinés à l’usage exclusif de leur auteur » (*Sharpe*, par. 128). La deuxième, appelée « exception relative à l’usage personnel », protège une catégorie restreinte d’enregistrements :

La seconde exception protège la possession par une personne d’enregistrements qu’elle a créés ou dans lesquels elle figure, mais seulement si ces enregistrements ne représentent pas une activité sexuelle illégale, si elle les conserve exclusivement pour son usage personnel et s’ils ont été créés avec le consentement des personnes qui y figurent. [Souligné dans l’original; *ibid.*]

Seule l’applicabilité de cette dernière exception est en cause en l’espèce.

[17] De l’avis des juges majoritaires dans *Sharpe*, les enregistrements privés peuvent contribuer à l’épanouissement personnel, à la réalisation de soi ainsi qu’à l’exploration et à l’identité sexuelles de l’adolescent. Ils signalent que « deux adolescents pourraient faire grandir une relation d’amour et de respect en se servant de photos érotiques d’eux-mêmes se livrant à une activité sexuelle » (par. 109). Ils concluent donc que les effets néfastes de la criminalisation de ce matériel sur le droit à la liberté d’expression l’emportent sur les effets bénéfiques minimales qu’elle pourrait avoir sur la prévention du préjudice causé aux enfants (*ibid.*).

B. *Conditions d’application de l’exception relative à l’usage personnel*

[18] Comme l’explique la Cour dans l’arrêt *Sharpe*, l’exception relative à l’usage personnel s’applique à trois conditions, et la preuve offerte doit permettre de conclure au respect de chacune d’elles : (1) l’enregistrement doit représenter une activité sexuelle légale, (2) les personnes qui y figurent doivent consentir à l’enregistrement et (3) l’enregistrement doit être conservé pour l’usage personnel.

[19] L’accusé doit établir la vraisemblance du respect de ces trois conditions pour que le moyen de défense soit soumis au jury (*Sharpe*, par. 116).

para. 116). Once this evidential burden is met, the Crown then bears the persuasive burden to disprove the defence beyond a reasonable doubt. Since all three elements are necessary for the defence to succeed, the Crown need only disprove one element beyond a reasonable doubt.

(1) Lawfulness

[20] First, the recorded sexual activity must be lawful. That is, the sexual activity cannot itself be a crime. Consent is a prerequisite to the lawfulness of the sexual activity. Children under the age of 12 cannot validly consent to sexual activity. At the time the offences are alleged to have been committed in this case, the circumstances under which young persons under the age of 14 could validly consent to sexual activity were restricted, depending upon the age of the other participants (*Criminal Code*, s. 150.1(1) and (2)). A young person under the age of 14 could not consent to sexual activity with another person unless that person was less than two years older. In addition, consent of young persons under 14 to sexual activity would not apply where the other participant was in a position of trust or authority towards them, where the relationship was one of dependency or where the relationship was exploitative (s. 150.1(2) (c) and (3)). These limits on consent had, and still have, broad application, including sexual touching and invitation, incitement or counselling to sexual touching, as well as other sexual offences.¹

[21] Young persons aged 14 to 17, inclusively, could at that time validly consent to sexual activity with partners of any age. However, as with younger children, the sexual activity would be unlawful where the relationship is based on exploitation, dependency, trust or authority (s. 153(1)). At any age, consent remains invalid if obtained by means of fraud, duress,

¹ These limits on consent applied to the following offences: s. 151 (sexual interference); s. 152 (invitation to sexual touching); s. 160(3) (bestiality in presence of or by child); s. 173(2) (exposure); ss. 271 to 273 (sexual assault).

Une fois qu'il s'est acquitté de sa charge de présentation, le ministère public doit s'acquitter de sa charge de persuasion pour réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense. Comme le respect des trois conditions est nécessaire à l'application du moyen de défense, le ministère public n'a qu'à réfuter le respect de l'une d'elles hors de tout doute raisonnable.

(1) Légalité

[20] Premièrement, l'activité sexuelle enregistrée doit être légale. En d'autres termes, elle ne peut constituer un crime en soi. Le consentement des intéressés est une condition préalable à sa légalité. Un enfant de moins de 12 ans ne peut valablement consentir à une activité sexuelle. Au moment où les infractions auraient été commises en l'espèce, les circonstances dans lesquelles un adolescent de moins de 14 ans pouvait valablement consentir à une activité sexuelle étaient restreintes et dépendaient de l'âge des autres participants (*Code criminel*, par. 150.1(1) et (2)). Un adolescent de moins de 14 ans ne pouvait consentir à une activité sexuelle que si son partenaire était de moins de deux ans son aîné. En outre, il ne pouvait consentir à une activité sexuelle lorsque son partenaire était une personne en situation d'autorité ou de confiance, lorsque la relation était une relation de dépendance ou lorsqu'il s'agissait d'une relation d'exploitation (al. 150.1(2)c) et par. 150.1(3)). Ces conditions s'appliquaient — et s'appliquent toujours — de manière générale, y compris aux contacts sexuels et au fait d'inviter, d'inciter ou d'engager à des contacts sexuels, ainsi qu'à d'autres infractions d'ordre sexuel¹.

[21] L'adolescent âgé de 14 à 17 ans inclusivement pouvait alors consentir valablement à des actes sexuels avec un partenaire de n'importe quel âge. Cependant, comme pour les enfants plus jeunes, l'activité sexuelle était illégale lorsque la relation reposait sur l'exploitation, la dépendance, la confiance ou l'autorité (par. 153(1)). À n'importe quel

¹ Ces conditions du consentement s'appliquaient aux infractions suivantes : art. 151 (contacts sexuels); art. 152 (incitation à des contacts sexuels); par. 160(3) (bestialité en présence d'un enfant ou incitation de celui-ci); par. 173(2) (exhibitionnisme); art. 271 à 273 (agression sexuelle).

or abuse of authority, among other things (*Criminal Code*, ss. 265(3) and 273.1).

[22] In 2008, Parliament amended the *Criminal Code* to effectively raise the age of consent from 14 to 16 years (S.C. 2008, c. 6). Young persons aged 14 and 15 may now only consent to sexual activity with another person where they are either close in age to that person or married to that person (s. 150.1(2.1)).

[23] In the context of a child pornography prosecution, these legislative limits on minors' consent restrict the circumstances in which the underlying sexual activity will be lawful. In so doing, they restrict the circumstances in which a person charged under s. 163.1 can rely on the private use exception as a defence. Thus, subject to those exceptions explicitly permitted in the *Code*, the consent of a person under the age of 14 (now 16) would not be valid and the defence would not be available. Nor will the private use exception apply where the Crown proves beyond a reasonable doubt that the relationship between those involved is tainted by exploitation, dependency, or abuse of authority or of a position of trust, as those offences are described in s. 153(1). Of course, the exception does not apply to any activities that are themselves offences, regardless of consent, such as incest (s. 155).

[24] In summary, the private use exception can never be available as a defence to child pornography involving children under the age of 12. For young persons aged 12 or 13, the circumstances where the exception may be available are defined narrowly by the *Criminal Code*. Otherwise, at the time of the alleged offences in this case, the private use exception was only available where the young person involved in the sexual activity was between 14 and 17 years of age, inclusively; today, this is restricted to those aged 16 or 17 years.

âge, le consentement demeure non valable lorsqu'il est obtenu notamment par la fraude, la contrainte ou l'abus de pouvoir (*Code criminel*, par. 265(3) et art. 273.1).

[22] En 2008, le législateur a modifié le *Code criminel* pour faire passer l'âge du consentement de 14 à 16 ans (L.C. 2008, c. 6). Désormais, un adolescent âgé de 14 ou 15 ans ne peut consentir à un acte sexuel que si son partenaire a à peu près le même âge que lui ou que s'il est marié avec lui (par. 150.1(2.1)).

[23] Dans le contexte d'une poursuite pour pornographie juvénile, les conditions d'origine législative applicables au consentement des mineurs délimitent les circonstances dans lesquelles l'activité sexuelle en cause est légale. Elles circonscrivent par le fait même les circonstances dans lesquelles une personne accusée en vertu de l'art. 163.1 peut invoquer en défense l'exception relative à l'usage personnel. Par conséquent, sous réserve des exceptions expressément prévues dans le *Code*, le consentement d'une personne de moins de 14 ans (16 ans, désormais) n'est pas valide, et le moyen de défense ne peut être invoqué. L'exception relative à l'usage personnel n'est pas opposable non plus lorsque le ministère public établit hors de tout doute raisonnable que la relation entre les personnes en cause est empreinte d'exploitation, de dépendance, d'abus de pouvoir ou d'abus de confiance, d'où les infractions prévues au par. 153(1). Bien entendu, l'exception ne s'applique pas à l'acte qui constitue en soi une infraction, qu'il y ait ou non consentement, tel l'inceste (art. 155).

[24] En résumé, l'exception relative à l'usage personnel ne peut jamais être opposée à une accusation de pornographie juvénile lorsque les victimes sont des enfants âgés de moins de 12 ans. Pour ce qui concerne les adolescents de 12 ou de 13 ans, le *Code criminel* circonscrit étroitement les circonstances dans lesquelles l'exception peut être invoquée. Ainsi, au moment où les infractions auraient été commises en l'espèce, l'exception relative à l'usage personnel ne pouvait être soulevée que lorsque l'adolescent qui avait pris part à l'activité sexuelle était âgé de 14 à 17 ans inclusivement; aujourd'hui, il doit s'agir d'un adolescent de 16 ou de 17 ans.

(2) Consent to Recording

[25] Second, all participants must consent to the recording of the lawful sexual activity. Particularly in the digital age, the recording itself can create a risk of harm, quite separate from the underlying sexual activity. The consent requirement protects an individual's privacy by ensuring only consensual sexual expression falls within the exception to the prohibition on making or possessing child pornography.

(3) Privacy

[26] Third, as this Court held in *Sharpe*, “[t]he recording must be kept in strict privacy by the person in possession, and intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted therein” (para. 116; see also para. 118). The moment such privacy is breached, the recording falls outside the ambit of the private use exception. This ensures that cases such as *R. v. L.W.* (2006), 208 O.A.C. 42, where the accused distributed consensually made images of himself and his 15-year-old girlfriend after their relationship ended, would not fall under the private use exception.

[27] Although it does not arise on the facts of this case, the trial judge and two interveners addressed the question of what happens when a participant in a recording under the private use exception demands that the recording be returned or destroyed. The trial judge concluded that once a recording is created, a participant retains the ability to demand its return or destruction, on the basis that effective control by each participant is a necessary element that must be established for a recording to be privately held. In his view, effective control is lost “where the owners of private use materials are unable to demand the return of the private use materials or their destruction” (para. 186; see also paras. 187 and 271-74).

(2) Consentement à l'enregistrement

[25] Deuxièmement, tous les participants doivent consentir à l'enregistrement de l'activité sexuelle légale. L'enregistrement peut en soi, surtout à l'ère numérique, créer un risque de préjudice tout à fait distinct par rapport à l'activité sexuelle représentée. La condition du consentement protège le droit individuel à la vie privée en faisant en sorte que seule l'expression sexuelle consensuelle bénéficie de l'exception à l'interdiction de produire de la pornographie juvénile ou d'en posséder.

(3) Caractère privé

[26] Troisièmement, dans l'arrêt *Sharpe*, la Cour statue que « [l']enregistrement doit être conservé strictement en privé par la personne qui l'a en sa possession et être destiné exclusivement à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées » (par. 116; voir aussi par. 118). Dès qu'il y a atteinte à ce caractère privé, l'enregistrement cesse de bénéficier de l'exception relative à l'usage personnel. Cela fait en sorte que l'exception ne peut être invoquée dans une affaire comme *R. c. L.W.* (2006), 208 O.A.C. 42, où l'accusé avait distribué des images — créées de façon consensuelle — de lui-même et sa petite amie de 15 ans après leur rupture.

[27] Même si la question ne se posait pas en l'espèce, le juge du procès et deux parties intervenantes se sont interrogés sur ce qu'il advient lorsqu'une personne exige qu'un enregistrement auquel elle a pris part et qui bénéficie de l'exception lui soit rendu ou soit détruit. Le juge conclut qu'une fois l'enregistrement créé, il demeure possible au participant d'exiger sa remise ou sa destruction, étant entendu que le pouvoir de chacun des participants de décider du sort de l'enregistrement constitue un élément dont la preuve est nécessaire pour qu'il s'agisse de matériel conservé en privé. À son avis, ce pouvoir disparaît [TRADUCTION] « lorsque les propriétaires du matériel destiné à l'usage personnel ne peuvent en exiger la remise ou la destruction » (par. 186; voir aussi par. 187 et 271-274).

[28] The intervener the Attorney General of Ontario argued that *Sharpe* implicitly requires that a child must have either ongoing access or *de facto* control over the material, so as to destroy or direct the destruction of the material in circumstances where the child comes to regret his or her participation in its creation (factum, at paras. 20-25). The intervener the Canadian Civil Liberties Association submitted that the privacy branch “implicitly enables an owner to unilaterally demand that a recording be destroyed” (factum, at para. 18).

[29] *Sharpe* did not include any reference to ongoing control, or to the right to the return or destruction of the recording, in the exception that the Court “read in” so that the legislation would strike an acceptable constitutional balance. This Court recognized an exception only for recordings of lawful sexual activity that are “privately created” and “kept in strict privacy . . . and intended . . . for private use by the creator and the persons depicted therein” (paras. 76 and 116). However, the exception relates not only to consent to the creation of the recording, but also to the ongoing nature of the possession. This imports notions of privacy and control in the creation, use, and ongoing possession of the recording.

[30] It may well be that the right of a young person who participates in the recording to demand the return or destruction of the recording is also implicit in *Sharpe*’s weighing of the harm of child pornography against the values of self-expression and self-actualization (paras. 102-10). In my view, the balance struck between the right of free expression and preventing harm to children in *Sharpe* suggests that young persons who participate in a sexual recording caught by the private use exception retain the ability to ensure its return or destruction. This understanding of the exception would provide protection for young persons who may suffer anxiety or distress from the knowledge that another person possesses such material and could unlawfully share it. It would serve to address circumstances in which the risk of harm outweighs the expressive value of

[28] L’intervenant le procureur général de l’Ontario soutient que l’arrêt *Sharpe* exige implicitement que l’enfant ait soit un accès continu au matériel, soit un pouvoir de fait sur celui-ci, de sorte qu’il puisse détruire le matériel ou exiger qu’on le détruise s’il vient à regretter d’avoir pris part à sa création (mémoire, par. 20-25). L’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles fait valoir que la condition de la destination à l’usage personnel [TRADUCTION] « permet implicitement au propriétaire de l’enregistrement d’en exiger la destruction » (mémoire, par. 18).

[29] Dans l’arrêt *Sharpe*, la Cour ne fait pas mention d’un accès continu ou d’un droit à la remise ou à la destruction de l’enregistrement lorsqu’elle interprète largement la disposition en cause et formule l’exception de manière à établir un équilibre constitutionnel acceptable. La Cour y reconnaît une exception, mais seulement au bénéfice de l’enregistrement d’activités sexuelles légales qui est « créé en privé », « conservé strictement en privé » et « destiné [. . .] à l’usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées » (par. 76 et 116). Toutefois, l’exception ne dépend pas seulement du consentement à la création de l’enregistrement, mais aussi du caractère continu de sa possession. Dès lors, les notions de caractère privé et de pouvoir valent pour la création de l’enregistrement, son utilisation et sa possession continue.

[30] Le droit de l’adolescent qui a participé à l’enregistrement d’en exiger la remise ou la destruction peut fort bien découler implicitement de la mise en balance, dans l’arrêt *Sharpe*, du préjudice causé par la pornographie juvénile et des valeurs que sont l’épanouissement personnel et la réalisation de soi (par. 102-110). À mon sens, il appert de l’équilibre établi par la Cour dans cet arrêt entre le droit à la liberté d’expression et la prévention de l’infliction d’un préjudice aux enfants que l’adolescent qui prend part à un enregistrement d’ébats sexuels qui bénéficie de l’exception relative à l’usage personnel conserve le pouvoir d’exiger la remise de l’enregistrement ou sa destruction. Cette interprétation de l’exception est de nature à protéger l’adolescent susceptible de vivre de l’anxiété ou de la détresse en apprenant qu’un tiers est en

the recording, contrary to the principles articulated in *Sharpe*. However, since the question of a right to access or destruction is not relevant on the facts of these appeals, I would not make any final pronouncement about it.

C. *What Is the Role of Exploitation in the Private Use Exception?*

[31] In the present case, the Court of Appeal found that *Sharpe* mandates an additional element to the private use exception: the absence of factual exploitation. With respect, this interpretation of *Sharpe* is incorrect. While alleged exploitation plays an important role in determining whether the private use exception is an available defence to child pornography charges, this consideration is already captured as a part of the *Sharpe* analysis. As I explain below, there is no need to add another layer of exploitation inquiry to the existing test.

[32] The Crown advanced a modified version of this argument in oral submissions before this Court. In its view, exploitation must be considered directly when assessing whether there was consent to the recording. As I will explain, this issue may arise in another case; however, it does not arise in this case, and the common law of consent was not fully argued in the courts below or in written submissions to this Court.

(1) Exploitation Would Render the Consensual Sexual Activity Unlawful

[33] As noted above, sexual activity is unlawful in the absence of consent. Where an accused faces prosecution for making or possessing child pornography, the absence of consent precludes the availability

possession du matériel et pourrait le partager illégalement. Elle permet de remédier aux situations où le risque de préjudice l'emporte sur la valeur expressive de l'enregistrement contrairement aux principes dégagés dans l'arrêt *Sharpe*. Cependant, puisque la question du droit à l'accès ou à la destruction ne se pose pas en l'espèce, je m'abstiens de me prononcer de manière définitive sur ce point.

C. *Quelle est l'incidence de l'exploitation sur l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel?*

[31] Dans la présente affaire, la Cour d'appel conclut que l'arrêt *Sharpe* prescrit une condition supplémentaire pour l'application de l'exception relative à l'usage personnel : l'absence d'exploitation de fait. Sauf le respect qui lui est dû, son interprétation de l'arrêt *Sharpe* est erronée. Bien qu'une allégation d'exploitation importe grandement lorsqu'il s'agit de déterminer si l'exception relative à l'usage personnel constitue un moyen de défense opposable à une accusation de pornographie juvénile, l'analyse de la Cour dans l'arrêt *Sharpe* en tient déjà compte. Comme je l'explique ci-après, il n'est pas nécessaire d'y ajouter une étape supplémentaire liée à l'exploitation.

[32] Le ministère public a fait valoir une version modifiée de cet argument en plaidoirie devant notre Cour. Ainsi, l'exploitation doit selon lui être examinée directement pour se prononcer sur le consentement à l'enregistrement. Comme je l'explique plus loin, ce pourrait être le cas dans une autre affaire, mais pas en l'espèce, et les règles de common law en matière de consentement n'ont pas été plaidées à fond devant les juridictions inférieures, ni développées dans les observations écrites adressées à la Cour.

(1) L'exploitation rendrait illégale l'activité sexuelle consensuelle

[33] Rappelons que l'absence de consentement rend l'activité sexuelle illégale. Lorsqu'un accusé est poursuivi pour production ou possession de pornographie juvénile, l'absence de consentement

of the private use exception as a defence. However, even if the young person consents to the sexual activity, it may nonetheless be unlawful in certain circumstances. As noted above, a child under 12 can never validly consent, and the validity of the consent of a young person between the ages of 12 and 15, inclusively, is now limited to those close in age or to spouses.

[34] Section 153 of the *Code* addresses sexual exploitation of a young person 16 or 17 years of age. (Today, 14- and 15-year-olds are similarly protected under s. 150.1(2.1)(a).) At the time of the alleged offences in this case, s. 153 covered persons between the ages of 14 and 17, inclusively. Section 153 would thus have applied to K and D. This section criminalizes a broad range of sexual activities and communications arising from certain types of relationships with young persons:

153. (1) Every person commits an offence who is in a position of trust or authority towards a young person, who is a person with whom the young person is in a relationship of dependency or who is in a relationship with a young person that is exploitative of the young person, and who

(a) for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of the young person; or

(b) for a sexual purpose, invites, counsels or incites a young person to touch, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, the body of any person, including the body of the person who so invites, counsels or incites and the body of the young person.

[35] Thus, the private use exception will not be available where the Crown can prove beyond a reasonable doubt that the sexual conduct depicted (even if consensual) occurred in the course of one of the relationships described in this provision. Where this section is engaged, the consent of the young person to the sexual activity cannot render it lawful.

l'empêche d'invoquer en défense l'exception relative à l'usage personnel. Cependant, même lorsque l'adolescent y consent, l'activité sexuelle peut quand même être illégale. Comme je l'indique précédemment, un enfant de moins de 12 ans ne peut jamais donner un consentement valable, et un adolescent âgé de 12 à 15 ans inclusivement ne peut aujourd'hui donner un tel consentement que si son partenaire a à peu près le même âge ou qu'il est marié avec lui.

[34] L'article 153 du *Code* porte sur l'exploitation sexuelle d'un adolescent de 16 ou de 17 ans. (Aujourd'hui, les adolescents de 14 et 15 ans bénéficient d'une protection semblable à l'al. 150.1(2.1)a.) Au moment où les infractions auraient été commises en l'espèce, l'art. 153 s'appliquait aux personnes âgées de 14 à 17 ans inclusivement et se serait donc appliqué à K et à D. Il criminalise un large éventail d'activités et de communications à caractère sexuel auxquelles donnent lieu certaines relations avec un adolescent :

153. (1) Commet une infraction toute personne qui est en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent, à l'égard de laquelle l'adolescent est en situation de dépendance ou qui est dans une relation où elle exploite l'adolescent et qui, selon le cas :

a) à des fins d'ordre sexuel, touche, directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps de l'adolescent;

b) à des fins d'ordre sexuel, invite, engage ou incite un adolescent à la toucher, à se toucher ou à toucher un tiers, directement ou indirectement, avec une partie du corps ou avec un objet.

[35] Dès lors, l'exception relative à l'usage personnel ne peut être invoquée lorsque le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que les actes sexuels représentés (même s'ils sont consensuels) sont survenus dans le cadre de l'une ou l'autre des relations que vise la disposition. Et lorsque les conditions de perpétration de l'infraction sont réunies, le consentement de l'adolescent ne peut rendre l'activité sexuelle légale.

[36] Where an accused raises the private use exception and the Crown seeks to challenge the lawfulness of the sexual activity on the basis of exploitation, a trial judge must look beyond whether or not consent was given and holistically examine the nature and circumstances of the relationship between the young person and the accused. Section 153(1.2) provides a non-exhaustive list of indicia from which a trial judge may infer that the relationship between the accused and a young person is exploitative:

- (a) the age of the young person;
- (b) the age difference between the person and the young person;
- (c) the evolution of the relationship; and
- (d) the degree of control or influence by the person over the young person.

It is not necessary that the person accused of making or possessing child pornography be charged separately under s. 153(1) in order for a judge to undertake this inquiry. The lawfulness of the sexual activity is independently assessed as part of the defence.

- (2) Is There a Separate and Additional Requirement That the Judge Find the Absence of Exploitation?

[37] The parties agree that exploitation must be considered in order to determine whether or not the recorded sexual activity is lawful. However, throughout these proceedings the Crown argued that, in addition to the three elements identified above, *Sharpe* requires a further inquiry into whether factual exploitation occurred as a prerequisite to the availability of the private use exception. The trial judge rejected this argument, finding that this Court did not mandate an additional exploitation analysis in *Sharpe*.

[38] At the Court of Appeal, the majority and dissent diverged on whether or not an additional exploitation analysis is required, with the majority

[36] Lorsque l'accusé invoque l'exception relative à l'usage personnel et que le ministère public cherche à contester la légalité de l'activité sexuelle en alléguant l'exploitation, le juge du procès doit s'attacher non seulement au consentement, mais aussi, de manière globale, à la nature de la relation entre l'adolescent et l'accusé, ainsi qu'aux circonstances qui l'entourent. Le paragraphe 153(1.2) fait état de manière non exhaustive d'éléments à partir desquels le juge du procès peut déduire l'existence d'une relation où l'accusé exploite l'adolescent :

- a) l'âge de l'adolescent;
- b) la différence d'âge entre la personne et l'adolescent;
- c) l'évolution de leur relation;
- d) l'emprise ou l'influence de la personne sur l'adolescent.

Point n'est besoin que la personne accusée de production ou de possession de pornographie juvénile fasse l'objet d'une accusation distincte fondée sur le par. 153(1) pour que le juge se livre à pareil examen. La légalité de l'activité sexuelle est appréciée de façon indépendante dans le cadre de l'examen des moyens de défense.

- (2) Une autre condition distincte veut-elle que le juge conclue à l'absence d'exploitation?

[37] Les parties conviennent que l'exploitation doit d'abord être exclue pour que l'activité sexuelle enregistrée soit jugée légale. Cependant, tout au long de l'instance, le ministère public a fait valoir que, selon l'arrêt *Sharpe*, aux trois conditions d'application de l'exception relative à l'usage personnel énoncées précédemment s'ajoute l'obligation de se demander s'il y a eu exploitation de fait. Le juge du procès a rejeté la thèse et estimé que l'arrêt *Sharpe* ne permet pas de conclure à cette exigence supplémentaire.

[38] En Cour d'appel, les juges majoritaires et le juge dissident diffèrent d'opinion quant à savoir si ce supplément d'analyse s'impose ou non. Les

concluding that the private use exception was only available where the absence of factual exploitation or abuse is established, separately from the inquiries into lawfulness and consent to recording. The Court of Appeal had based this conclusion on this Court's statement, at para. 116 of *Sharpe*, that the sexual activity "must not be unlawful, thus ensuring the consent of all parties, and precluding the exploitation or abuse of children".

[39] To the extent they relied upon para. 116 of *Sharpe* to suggest that factual exploitation is an additional requirement of the private use exception, the Court of Appeal majority misreads *Sharpe*. The Supreme Court's summary of the exception, at para. 128 of *Sharpe*, contains no such separate requirement. The relevant part of para. 116 reads as follows:

The second category would protect auto-depictions, such as photographs taken by a child or adolescent of him- or herself alone, kept in strict privacy and intended for personal use only. It would also extend to protect the recording of lawful sexual activity, provided certain conditions were met. The person possessing the recording must have personally recorded or participated in the sexual activity in question. That activity must not be unlawful, thus ensuring the consent of all parties, and precluding the exploitation or abuse of children. All parties must also have consented to the creation of the record. The recording must be kept in strict privacy by the person in possession, and intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted therein. [Emphasis added.]

[40] Paragraph 116 situates exploitation firmly within the lawfulness analysis, which is one of the three elements required for the defence to succeed.

[41] This does not mean that exploitation is not an important part of the inquiry. Indeed, where there are indicia of exploitation, the Crown will

premiers concluent que l'exception ne peut être invoquée que lorsque l'absence d'exploitation ou de maltraitance est établie, indépendamment de la légalité des actes et du consentement à leur enregistrement. La Cour d'appel fonde sa conclusion sur le par. 116 de l'arrêt *Sharpe*, où la Cour dit que l'activité sexuelle « ne doit pas être illégale, ce qui a pour effet de garantir que toutes les parties ont consenti et d'empêcher que des enfants soient exploités ou maltraités ».

[39] Dans la mesure où ils s'appuient sur le par. 116 de l'arrêt *Sharpe* pour prétendre que l'absence d'exploitation de fait constitue une condition supplémentaire de l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel, les juges majoritaires de la Cour d'appel interprètent mal l'arrêt. Le résumé de la Cour portant sur l'exception et figurant au par. 128 de l'arrêt *Sharpe* ne fait pas état d'une telle exigence distincte. Voici l'extrait pertinent du par. 116 :

La seconde catégorie protégerait la représentation d'une personne par elle-même, comme la photo qu'un enfant ou un adolescent a prise de lui-même seul, qu'il conserve strictement en privé et qui est destinée à son seul usage personnel. Elle irait jusqu'à protéger l'enregistrement d'une activité sexuelle légale, pourvu que certaines conditions soient remplies. La personne qui a en sa possession l'enregistrement doit avoir enregistré personnellement l'activité sexuelle en question ou y avoir participé. Cette activité ne doit pas être illégale, ce qui a pour effet de garantir que toutes les parties ont consenti et d'empêcher que des enfants soient exploités ou maltraités. Il faut aussi que toutes les parties aient consenti à la création de l'enregistrement. L'enregistrement doit être conservé strictement en privé par la personne qui l'a en sa possession et être destiné exclusivement à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées. [Je souligne.]

[40] Il appert du par. 116 que l'absence d'exploitation s'inscrit nettement dans l'analyse de la légalité, laquelle constitue l'une des trois conditions de l'opposabilité du moyen de défense.

[41] L'absence d'exploitation demeure néanmoins un élément important de l'analyse. En fait, lorsqu'il existe des indices d'exploitation, le ministère public

likely raise these facts in order to prove, on the basis of s. 153, that the activity was unlawful beyond a reasonable doubt.

[42] Faced with such evidence, a trial judge must be alive to Parliament's direction in s. 153 that consent not be taken merely at face value where a young person is concerned. Properly interpreted and applied, exploitation must be determined by looking at the relationship between the complainant and the accused, and the entire context of their interactions.

[43] This does not mean that "factual exploitation", divorced from any of the three prongs set out in *Sharpe*, is a separate part of the private use exception. I agree with the appellants that this proposed additional step is redundant. It is not required by this Court's decision in *Sharpe*, nor is it required to ensure that those who exploit young people do not benefit from the private use exception. The inquiry into lawfulness of the underlying sexual activity already permits a robust analysis of exploitation.

(3) Is There a Requirement to Assess Exploitation in Relation to Consent to Recording?

[44] In oral submissions before this Court, the Crown modified the position it took before the courts below. The Crown argued that exploitation must also be considered when determining whether or not the complainant consented to the recording. In other words, the court should examine how exploitation may influence a young person's consent to being recorded, separately and apart from the question of consent to the underlying sexual activity. Although the *Criminal Code* restricts consent to sexual activity in circumstances such as incapacity, coercion and abuse of authority, no such protections apply to the consent to record.

[45] The Crown anchored this view in what it sees as the limited scope of s. 153, which it argues may not cover situations where no sexual touching

les invoquera vraisemblablement afin de prouver hors de tout doute raisonnable que l'activité était illégale au regard de l'art. 153.

[42] Saisi d'une telle preuve, le juge du procès doit être conscient de la mise en garde contenue à l'art. 153, à savoir que le consentement d'un adolescent est sujet à caution. Suivant une interprétation et une application correctes de la notion, l'existence ou l'inexistence de quelque exploitation est établie à partir d'un examen de la relation entre le plaignant et l'accusé et du contexte global de leurs interactions.

[43] Pour autant, l'absence d'« exploitation de fait », indépendamment de l'une ou l'autre des trois conditions énoncées dans *Sharpe*, ne constitue pas une condition distincte de l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel. Je conviens avec les appelants de la redondance de l'étape supplémentaire proposée. La Cour ne l'exige pas dans l'arrêt *Sharpe* et elle ne s'impose pas non plus pour mettre l'exception hors de portée de ceux qui exploitent des adolescents. L'examen de la légalité de l'activité sexuelle représentée permet déjà de se pencher sérieusement sur la présence ou l'absence d'exploitation.

(3) Faut-il considérer l'exploitation en liaison avec le consentement à l'enregistrement?

[44] Dans sa plaidoirie devant la Cour, le ministre public a modifié la thèse qu'il avait défendue devant les tribunaux inférieurs. Selon lui, il faut en outre aborder la question de l'exploitation au moment de déterminer si le plaignant a consenti ou non à l'enregistrement. Autrement dit, le tribunal devrait se demander si l'exploitation a pu influencer de quelque manière le consentement de l'adolescent à l'enregistrement, et ce, indépendamment du consentement à l'activité sexuelle représentée. Le *Code criminel* tient pour nul le consentement à une activité sexuelle en cas, par exemple, d'incapacité, de contrainte ou d'abus de pouvoir, mais cette protection ne vaut pas à l'égard du consentement à l'enregistrement.

[45] Le ministère public fonde sa prétention sur la portée limitée qu'il prête à l'art. 153, lequel pourrait ne pas s'appliquer lorsqu'il n'y a aucun

occurs or where the touching is not invited, counselled or incited. The only example the Crown could suggest was that of nude posing by a young person aged 16 or 17, which could occur in the context of an exploitative relationship but nonetheless fall outside the ambit of s. 153.² In the Crown's view, only an additional exploitation analysis with respect to consent to the recording itself could properly capture recordings that are beyond the scope of s. 153.

[46] The concerns raised by the Crown's example can only arise where the subject of the recording does not involve any touching or invitation to touching that would be caught by s. 153. As the Attorney General of Ontario submitted in these proceedings, it is quite possible that s. 153 could apply to the example of the still photos of nude posing. The language in s. 153 is broad and captures any invitation to sexual touching of others or oneself. It is not clear that there would be many instances where a still photograph is taken by the dominant person in the context of an exploitative relationship that did not involve any invitation to sexual touching. In such circumstances, consent to the sexual activity and to the act of recording will often be intertwined, and thus captured by s. 153.

[47] This is not to say that where the recording is concerned the young person's consent is necessarily a simple question of yes or no. Should a case arise in which no underlying sexual activity exists that could be caught by the *Criminal Code*'s provisions related to sexual exploitation, it may be that an exploitative relationship would be relevant to the common law rules of consent in the context of consent to recording.

[48] However, this is not the case to decide whether an exploitative relationship can vitiate consent to the

contact sexuel ou que personne n'invite, n'engage ou n'incite un adolescent à des contacts sexuels. Le seul exemple qu'il a pu donner est le cas d'un adolescent de 16 ou de 17 ans qui poserait nu dans le cadre d'une relation d'exploitation, une situation susceptible d'échapper à l'application de l'art. 153². Selon le ministère public, seul un supplément d'analyse du consentement à l'enregistrement, axé sur l'exploitation, pourrait faire en sorte que l'enregistrement qui déborde le cadre de l'art. 153 tombe néanmoins sous le coup de la loi.

[46] Or, l'exemple n'étaye le point de vue du ministère public que lorsque l'objet de l'enregistrement ne comporte pas de contacts sexuels ou d'incitation à des contacts sexuels qui tomberaient sous le coup de l'art. 153. Comme le procureur général de l'Ontario le fait valoir en l'espèce, il est fort possible que l'art. 153 s'applique au cas d'un adolescent qui pose nu comme dans l'exemple avancé. Le libellé de cette disposition est général et vise toute personne qui incite un adolescent à des contacts sexuels, que l'adolescent soit appelé à toucher l'accusé ou un tiers, ou à se toucher lui-même. Il est difficile de dire si la situation où la personne dominante prend une photo de la personne dominée dans le contexte d'une relation d'exploitation sans qu'il n'y ait incitation à des contacts sexuels est susceptible de se présenter souvent. Dans un tel cas, le consentement à l'activité sexuelle et le consentement à l'enregistrement s'entremêlent souvent, de sorte que l'art. 153 s'applique.

[47] Cependant, le consentement d'un adolescent à l'enregistrement ne tient pas nécessairement à un simple oui ou non. Lorsqu'aucune activité sexuelle sous-jacente n'est susceptible de tomber sous le coup des dispositions du *Code criminel* relatives à l'exploitation sexuelle, l'existence d'une relation d'exploitation pourrait se révéler pertinente pour l'application des règles de la common law au consentement à l'enregistrement.

[48] Or, nous ne sommes pas appelés en l'espèce à décider si une relation d'exploitation peut vicier le

² Similar considerations would apply to the operation of the s. 152 invitation to sexual touching provision for those under the age of 16.

² Il en irait de même pour l'application de l'art. 152, qui porte sur l'incitation de jeunes de moins de 16 ans à des contacts sexuels.

recording. Circumstances where the exploitation is not captured in the lawfulness analysis are not likely to arise frequently — and they do not arise in this case. The extent to which an exploitative relationship may vitiate consent generally under the common law was not clearly developed in the courts below or in the factum of the Crown. I think it best to leave this question about the common law principles of consent to a case with a proper record and argument. The implications may be far reaching.

[49] In short, any exploitation in the relationship between K and D and the appellants in this case is properly considered in the lawfulness analysis with respect to s. 153 of the *Criminal Code*.

(4) Is Mutuality of Benefit a Prerequisite to Availability of the Private Use Exception?

[50] The Crown argues that *Sharpe* also requires that there be a “mutuality of benefit” among all individuals captured by the recording (transcript, at p. 53). In support of this argument, the Crown cites this Court’s discussion in *Sharpe* of the significance that recordings of sexual activity may have for “adolescent self-fulfilment, self-actualization and sexual exploration and identity” (para. 109). In the Crown’s view, such expressive values can only be achieved where all individuals depicted, including any minors, actually derive a proven benefit from the recording. Such a requirement is characterized as a necessary bulwark against exploitation.

[51] The Alberta Court of Appeal agreed, concluding that a “[p]rerequisite to the availability of the private use defence is evidence that the parties intended the pornographic material for the private use of [the complainant] as well as that of the appellant, sometimes called a mutuality of benefit” (para. 13, citing *Cockell*, at para. 36).

consentement à l’enregistrement. Les cas où l’analyse de la légalité ne tiendra pas compte de l’exploitation seront vraisemblablement peu nombreux, et la Cour n’est pas saisie de l’un d’eux en l’espèce. Ni les tribunaux inférieurs, ni le ministère public dans son mémoire ne font clairement état de la mesure dans laquelle une relation d’exploitation peut, en common law, vicier le consentement de manière générale. Je crois qu’il vaudra mieux que la Cour se prononce sur les principes de common law applicables au consentement dans une affaire ultérieure où le dossier et les arguments seront suffisamment étoffés, car la décision pourrait avoir de grandes répercussions.

[49] En bref, toute forme d’exploitation présente dans la relation entre K et D et les appelants en l’espèce est dûment prise en compte dans l’analyse relative à la légalité pour ce qui concerne l’application de l’art. 153 du *Code criminel*.

(4) L’existence d’avantages mutuels constitue-t-elle une condition d’applicabilité de l’exception relative à l’usage personnel?

[50] Le ministère public soutient que l’arrêt *Sharpe* exige en outre l’existence d’[TRADUCTION] « avantages mutuels » pour toutes les personnes représentées dans l’enregistrement (transcription, p. 53). Il invoque à l’appui la reconnaissance par la Cour de l’importance que l’enregistrement d’une activité sexuelle peut avoir pour « l’épanouissement personnel, la réalisation de soi ainsi que l’exploration et l’identité sexuelles de l’adolescent » (par. 109). À son avis, de telles valeurs expressives ne peuvent exister que si toutes les personnes représentées, y compris les mineurs, tirent un avantage avéré de l’enregistrement. Il tient cette exigence pour un rempart nécessaire contre l’exploitation.

[51] La Cour d’appel de l’Alberta lui donne raison et conclut que, [TRADUCTION] « [p]our pouvoir invoquer la défense relative à l’usage personnel, il faut prouver que les parties ont voulu que le matériel pornographique soit réservé à l’usage personnel [du plaignant] et de l’appelant, ce qu’on appelle parfois des avantages mutuels » (par. 13, citant *Cockell*, par. 36).

[52] I cannot accede to this interpretation of this Court's decision in *Sharpe*. *Sharpe* does not refer to mutuality of benefit as a standalone requirement for the private use exception. Rather, *Sharpe* says that the material must be "intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted" (para. 116). I do not read this as establishing "mutuality of benefit" as a requirement for the private use exception. It simply establishes that private use is limited to use by the creator and the persons depicted, and nobody else. This requirement leaves the determination regarding possible benefits to the consenting individuals. Adding a "mutuality of benefit" requirement to the analysis would unnecessarily complicate the private use exception test while providing little benefit.

[53] To conclude, the private use exception established in *Sharpe* is available only where (1) the sexual activity is lawful, (2) all participants consented to the recording, and (3) the recording is created and retained strictly for the private use of those involved. In determining the lawfulness of the sexual activity, the sexual activity recorded cannot be considered in isolation. Where the Crown seeks to rely on s. 153 to negate the legality of the sexual activity depicted, the judge must also determine whether it occurred in the context of an exploitative relationship. If so, the sexual activity is not lawful, and the private use exception does not apply.

IV. Application to This Case

[54] The trial judge found that the sexual activity in this case was lawful. In so doing, he relied on an apparent concession by the Crown regarding lawfulness. This concession arose in the context of the Crown advancing an erroneous legal framework for analyzing the private use exception, both at trial and on appeal. Of course, a trial judge is not bound by concessions of law if those concessions are erroneous (*R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R.

[52] Je ne peux souscrire à cette interprétation de l'arrêt *Sharpe*, où la Cour n'affirme pas que l'existence d'avantages mutuels constitue une condition, indépendante, de l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel. Elle dit plutôt que le matériel en cause doit être « destiné exclusivement à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées » (par. 116). À mon avis, ce passage ne permet pas de conclure que l'existence d'« avantages mutuels » constitue une condition de l'applicabilité de l'exception. Il établit simplement que l'usage personnel s'entend uniquement de l'usage par l'auteur du matériel et les personnes qui sont représentées, personne d'autre. Il appartient donc aux personnes consentantes de déterminer les avantages possibles. L'ajout de l'existence d'« avantages mutuels » aux conditions d'application de l'exception relative à l'usage personnel compliquerait inutilement la démarche et ne présenterait guère d'avantages.

[53] Pour conclure, l'exception relative à l'usage personnel reconnue dans l'arrêt *Sharpe* ne s'applique que si les conditions suivantes sont respectées : (1) l'activité sexuelle est légale, (2) tous les participants ont consenti à l'enregistrement et (3) l'enregistrement est créé et conservé strictement pour l'usage personnel des personnes en cause. On ne peut se prononcer sur la légalité de l'activité sexuelle enregistrée en la considérant isolément. Lorsque le ministère public invoque l'art. 153 pour contester la légalité de l'activité sexuelle représentée, le tribunal doit également se demander si celle-ci a eu lieu dans le contexte d'une relation d'exploitation. Dans l'affirmative, l'activité sexuelle n'est pas légale et l'exception relative à l'usage personnel ne s'applique pas.

IV. Application à l'espèce

[54] Le juge du procès conclut que l'activité sexuelle considérée est légale. Ce faisant, il se fonde sur un aveu apparent du ministère public sur ce point. L'aveu est intervenu lorsque le ministère public a fait valoir — tant au procès qu'en appel — un cadre juridique erroné pour l'analyse que commande l'exception relative à l'usage personnel. Le juge n'est certes pas lié par un aveu sur une question de droit lorsque cet aveu est infondé (*R. c. Pickton*, 2010 CSC 32,

198, at para. 27; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at paras. 62-64; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 45). However, while the Crown's position was wrong in law, the fact that exploitation was advanced for consideration at trial (albeit as a separate element in the *Sharpe* test) overcomes any prejudice to the appellants resulting from the erroneous legal position taken by the Crown. That is, despite how the Crown framed the legal test in this case, it is clear the Crown took the position that the private use exception was not available because of an exploitative relationship between the two appellants and K and D. In determining whether the private use exception was available as a defence, the trial judge was required, in these circumstances, to consider whether that relationship was exploitative within the meaning of s. 153.

[55] Reviewing the trial judge's findings, it is apparent that he did not turn his mind to whether or not the broader relationship was one of exploitation within the meaning of s. 153. Where the trial judge did consider evidence that would be relevant to exploitation, he did so in isolation, looking at the factors one at a time. For example, he identified the age of the complainants and the substantial difference in age between them and the appellants, but found this was an insufficient basis for concluding that this difference was "intrinsicly exploitive or abusive" (para. 226). However, he did not assess this age difference in light of other aspects of the relationship, such as the impact of the complainants' addictions, their need for shelter, or their past and ongoing experiences with homelessness and prostitution. In short, he did not consider the specific factors in light of the broader context or whether they cumulatively resulted in an exploitative relationship.

[56] The trial judge's analysis focused primarily on the voluntariness of particular *activities*, instead of on the nature of the *relationship* between the parties. While the voluntariness of sexual activities is an important aspect of lawfulness, it does not end the inquiry. The trial judge was also required to holistically assess the nature and circumstances of the relationship to determine whether the sexual activity was rendered unlawful under s. 153. By failing

[2010] 2 R.C.S. 198, par. 27; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 62-64; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 45). Cependant, même si la position du ministère public était erronée en droit, le fait que l'éventualité d'une exploitation a été invoquée au procès (quoiqu'à titre d'élément distinct du critère de l'arrêt *Sharpe*) l'emporte sur tout préjudice susceptible d'avoir été causé aux appelants par cette position juridique erronée. Autrement dit, malgré sa formulation du critère juridique applicable en l'espèce, le ministère public estimait clairement que l'exception relative à l'usage personnel ne s'appliquait pas à cause de la relation d'exploitation qui existait entre les deux appelants et K et D. Pour déterminer si l'exception pouvait être opposée en défense, le juge du procès était donc tenu de se demander s'il y avait bel et bien exploitation au sens de l'art. 153.

[55] Il ressort de ses conclusions que le juge du procès ne s'est pas demandé si la relation générale en était une d'exploitation au sens de l'art. 153. Lorsqu'il se penche sur des éléments de preuve pertinents pour statuer sur l'exploitation, il le fait en vase clos, les examinant un à la fois. À titre d'exemple, il relève l'âge des plaignantes et la grande différence d'âge entre elles et les appelants, mais il conclut que ces éléments ne permettent pas de conclure à une [TRADUCTION] « forme intrinsèque d'exploitation ou d'abus » (par. 226). Cependant, il ne considère pas l'écart à la lumière d'autres aspects de la relation, tels l'impact des dépendances des plaignantes, leur besoin d'un toit ou leurs expériences passées et actuelles de vagabondage et de prostitution. En bref, il omet d'examiner les éléments en cause à la lumière du contexte global ou de la question de savoir si, cumulativement, ces éléments donnent lieu à une relation d'exploitation.

[56] L'analyse du juge du procès s'attache surtout au caractère volontaire de la participation à certaines *activités*, plutôt qu'à la nature de la *relation* entre les parties. Bien que le caractère volontaire d'une activité sexuelle compte pour beaucoup dans sa légalité, il ne suffit pas. Le juge devait aussi examiner globalement la nature de la relation et les circonstances qui l'entouraient pour déterminer si l'activité sexuelle était légale ou non au regard de

to consider whether the underlying relationship between the complainants and the appellants was exploitative, the trial judge erred in law.

[57] Thus, while the Court of Appeal erred in law in its approach to the case, I am nonetheless of the view that the trial judge erred by failing to consider whether the sexual activity was unlawful by virtue of s. 153 of the *Code*. Given the trial judge's findings of fact, however, I am not persuaded that Mr. Barabash and Mr. Rollison would have been found guilty but for the trial judge's error in law (*Criminal Code*, s. 686(4)(b)(ii)). I therefore would not uphold the Court of Appeal's decision to enter convictions. This is especially true since the trial judge's legal error was induced in part by an erroneous Crown concession at trial.

[58] The acquittals should be restored unless the Crown shows that the trial judge's legal error has a material bearing on the acquittals (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374). The appellants submit that regardless of this legal error the trial judge's factual findings would inevitably have led him to find no exploitation in this case and that therefore the acquittals should be restored. With respect, I cannot agree.

[59] For example, the trial judge found that both K and D may have been under the influence of drugs and alcohol at the time the recorded sexual activities occurred, but that they were nevertheless aware of and consented to their nudity, the sexual activities in which they engaged, and the recording of those activities. He found that the complainants were not coerced and that they did not exchange sex or nude posing for drugs. On the contrary, he found that they "initiate[d] and direct[ed] many of the activities" and "willingly consented to and participated in the making of the recordings" (para. 100).

l'art. 153. Son omission de se demander si la relation sous-jacente entre les plaignantes et les appelants en est une d'exploitation constitue une erreur de droit.

[57] En conséquence, même si la Cour d'appel a commis une erreur de droit dans sa démarche, j'estime que le juge du procès a eu tort de ne pas se demander si l'activité sexuelle était légale ou non au regard de l'art. 153 du *Code*. Vu ses conclusions de fait, je ne suis toutefois pas convaincue que MM. Barabash et Rollison auraient été déclarés coupables n'eût été l'erreur de droit (*Code criminel*, sous-al. 686(4)(b)(ii)). Je suis donc d'avis de ne pas confirmer les déclarations de culpabilité de la Cour d'appel, d'autant plus que l'erreur résulte en partie de l'aveu erroné du ministère public au procès.

[58] Il y a lieu de rétablir les acquittements à moins que le ministère public n'établisse que l'erreur de droit du juge du procès a eu une incidence significative sur ceux-ci (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 374). Les appelants estiment que, indépendamment de cette erreur de droit, les conclusions de fait du juge du procès l'auraient nécessairement amené à conclure à l'absence d'exploitation en l'espèce, de sorte que les acquittements doivent être rétablis. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord.

[59] À titre d'exemple, le juge conclut que K et D ont pu être intoxiquées par la drogue ou l'alcool lorsque se sont déroulées les activités sexuelles enregistrées, mais qu'elles ont néanmoins été conscientes de leur nudité, des activités sexuelles auxquelles elles se sont livrées et de l'enregistrement de celles-ci, et y ont consenti. Selon lui, les plaignantes n'ont fait l'objet d'aucune contrainte et elles n'ont pas fourni de services sexuels ou posé nues contre de la drogue. Au contraire, elles ont [TRADUCTION] « initié et dirigé bon nombre des activités », ainsi que « consenti et participé de leur plein gré à la production des enregistrements » (par. 100).

[60] The judge also accepted that K believed she would have a better prospect of sharing drugs if she engaged in sexual activities with Mr. Barabash and Mr. Rollison. Indeed, he referred to K's testimony that while "no formal exchange arrangement existed", drugs would be provided and used "[w]hen she engaged in sex with Barabash and Rollison" (para. 37). K further indicated she may have engaged in sexual activities with the intention of obtaining drugs. However, the judge did not consider the implications of this conclusion on the question of whether the relationships between the complainants and the appellants were exploitative. He also did not consider whether the complainants' willingness to participate in sexual activities was influenced by any dependence on Mr. Barabash for shelter or drugs. Fundamentally, the trial judge failed to consider the extent to which the appellants — two older men — may have exercised control over two vulnerable, deeply troubled and runaway girls.

[61] Thus, the trial judge's factual findings do not adequately establish whether the appellants were in positions of trust or authority towards the complainants, whether the complainants were dependent upon them, or whether the relationships were exploitative of K and D, as required by s. 153.

[62] As a result, I am satisfied that the trial judge's error had a material bearing on the acquittals. The trial judge's failure to properly address whether the sexual activity was lawful within the meaning of s. 153 as part of the private use exception analysis requires a new trial.

V. Remedy

[63] I would allow the appeals and direct that a new trial be held.

Appeals allowed and new trial ordered.

[60] Le juge reconnaît par ailleurs que K a cru qu'elle avait plus de chances de partager de la drogue si elle se livrait à des activités sexuelles avec MM. Barabash et Rollison. Il renvoie en effet au témoignage de K selon lequel, malgré [TRADUCTION] « l'absence d'un accord d'échange explicite », « [l]e fait de se livrer à des activités sexuelles avec MM. Barabash et Rollison » lui permettait d'obtenir et de consommer de la drogue (par. 37). K a également affirmé qu'elle avait pu se livrer aux activités sexuelles dans l'intention d'obtenir de la drogue. Le juge n'examine toutefois pas l'incidence de cette conclusion sur la question de savoir si la relation entre les plaignantes et les appelants était une relation d'exploitation. Il ne se demande pas non plus si la volonté des plaignantes de participer à des activités sexuelles était influencée par le fait qu'elles dépendaient de M. Barabash pour se loger ou obtenir de la drogue. Essentiellement, le juge du procès omet de se demander dans quelle mesure les appelants — deux hommes plus âgés — ont pu exercer un pouvoir sur deux fugueuses vulnérables et profondément perturbées.

[61] En conséquence, les conclusions de fait tirées en première instance ne permettent pas de bien établir, comme l'exige l'art. 153, si les appelants ont été en situation de confiance ou d'autorité à l'égard des plaignantes, si ces dernières ont été en situation de dépendance vis-à-vis d'eux ou si K et D ont été exploitées dans le cadre de la relation.

[62] Je suis donc convaincue que l'erreur du juge du procès a eu une incidence significative sur les acquittements. L'omission de bien se demander si l'activité sexuelle était légale ou non au regard de l'art. 153 dans le cadre de l'analyse relative à l'exception relative à l'usage personnel commande la tenue d'un nouveau procès.

V. Réparation

[63] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvois accueillis et nouveau procès ordonné.

Solicitors for the appellant Donald Jerry Barabash: Royal Teskey, Edmonton.

Solicitors for the appellant Shane Gordon Rollison: Legal Aid Alberta, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Davis, Toronto.

Solicitors for the interveners Beyond Borders and the Canadian Centre for Child Protection Inc.: David Matas, Winnipeg; Canadian Centre for Child Protection Inc., Winnipeg.

Procureurs de l'appelant Donald Jerry Barabash : Royal Teskey, Edmonton.

Procureurs de l'appelant Shane Gordon Rollison : Legal Aid Alberta, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Davis, Toronto.

Procureurs des intervenants Au-delà des frontières et le Centre canadien de protection de l'enfance inc. : David Matas, Winnipeg; Centre canadien de protection de l'enfance inc., Winnipeg.