

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ryan Jarvis *Respondent*

and

Attorney General of British Columbia, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Privacy Commissioner of Canada, Canadian Civil Liberties Association, Ontario College of Teachers, Information and Privacy Commissioner of Ontario, Women’s Legal Education and Action Fund Inc. and Criminal Lawyers’ Association (Ontario)
Interveners

INDEXED AS: R. v. JARVIS

2019 SCC 10

File No.: 37833.

2018: April 20; 2019: February 14.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Voyeurism — Elements of the offence — Circumstances that give rise to reasonable expectation of privacy — Accused teacher using concealed camera to make surreptitious video recordings of female high school students engaging in ordinary school-related activities in common areas of school — Most video recordings focusing on faces, upper bodies and breasts of students — Students not aware of recording — Accused charged with voyeurism — Whether students recorded by accused were in circumstances giving rise to reasonable expectation of privacy — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 162(1).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Ryan Jarvis *Intimé*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique, Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, Association canadienne des libertés civiles, Ordre des enseignantes et des enseignants de l’Ontario, Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario, Fonds d’action et d’éducation juridique pour les femmes inc. et Criminal Lawyers’ Association (Ontario)
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. JARVIS

2019 CSC 10

N° du greffe : 37833.

2018 : 20 avril; 2019 : 14 février.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Droit criminel — Voyeurisme — Éléments de l’infraction — Circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée — Utilisation par un enseignant d’une caméra dissimulée pour enregistrer subrepticement sur vidéo des élèves de sexe féminin d’une école secondaire alors qu’elles participaient à des activités scolaires courantes dans les zones communes de l’école — Gros plan de la plupart des vidéos sur le visage, le haut du corps et les seins des élèves — Enregistrements faits à l’insu des élèves — Enseignant accusé de voyeurisme — Les élèves filmées par l’accusé se trouvaient-elles dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 162(1).

The accused was an English teacher at a high school. He used a camera concealed inside a pen to make surreptitious video recordings of female students while they were engaged in ordinary school-related activities in common areas of the school. Most of the videos focused on the faces, upper bodies and breasts of female students. The students were not aware that they were being recorded by the accused, nor did they consent to the recordings. A school board policy in effect at the relevant time prohibited the type of conduct engaged in by the accused.

The accused was charged with voyeurism under s. 162(1)(c) of the *Criminal Code*. That offence is committed where a person surreptitiously observes or makes a visual recording of another person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if the observation or recording is done for a sexual purpose. At trial, the accused admitted he had surreptitiously made the video recordings. As a result, only two questions remained: whether the students the accused had recorded were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, and whether the accused made the recordings for a sexual purpose. While the trial judge answered the first question in the affirmative, he acquitted the accused because he was not satisfied that the recordings were made for a sexual purpose. The Court of Appeal unanimously concluded that the trial judge had erred in law in failing to find that the accused made the recordings for a sexual purpose. Nevertheless, a majority of the Court of Appeal upheld the accused's acquittal on the basis that the trial judge had also erred in finding that the students were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy. The Crown appeals to the Court as of right on the issue of whether the students recorded by the accused were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy.

Held: The appeal should be allowed and a conviction entered.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Martin J.J.: The students recorded by the accused were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code*.

Circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal*

L'accusé enseignait l'anglais à une école secondaire. Il s'est servi d'une caméra dissimulée à l'intérieur d'un stylo pour produire des enregistrements vidéo subreptices d'élèves de sexe féminin alors qu'elles participaient à des activités scolaires courantes dans les zones communes de l'école. La plupart des vidéos mettaient à l'avant-plan le visage, le haut du corps et les seins des élèves de sexe féminin. Les élèves ne savaient pas que l'accusé les filmait et elles n'avaient pas non plus consenti à l'être. Une politique du conseil scolaire en vigueur à l'époque pertinente interdisait le comportement auquel se livrait l'accusé.

L'accusé a été inculpé de voyeurisme en vertu de l'al. 162(1)c) du *Code criminel*. Commet cette infraction quiconque, subrepticement, observe une personne — ou produit un enregistrement visuel d'une personne — se trouvant dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, et le fait dans un but sexuel. Au procès, l'accusé a admis avoir produit subrepticement les enregistrements vidéo. Il ne restait donc plus que deux questions en litige : les élèves filmées par l'accusé se trouvaient-elles dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, et l'accusé a-t-il produit les enregistrements dans un but sexuel? Bien que le juge du procès ait répondu par l'affirmative à la première question, il a acquitté l'accusé parce qu'il n'était pas convaincu que les enregistrements avaient été produits dans un but sexuel. La Cour d'appel a unanimement estimé que le juge du procès avait commis une erreur de droit en ne concluant pas que l'accusé avait produit les enregistrements dans un but sexuel. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont néanmoins confirmé l'acquiescement de l'accusé au motif que le juge du procès avait aussi eu tort de conclure que les élèves se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Le ministère public se pourvoit maintenant de plein droit devant la Cour sur la question de savoir si les élèves filmées par l'accusé se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et une déclaration de culpabilité est inscrite.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Martin : Les élèves filmées par l'accusé se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l'application du par. 162(1) du *Code criminel*.

Les circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour

Code are circumstances in which a person would reasonably expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred. The inquiry should take into account the entire context in which the impugned observation or recording took place. Relevant considerations may include (1) the location the person was in when she was observed or recorded, (2) the nature of the impugned conduct (whether it consisted of observation or recording), (3) awareness of or consent to potential observation or recording, (4) the manner in which the observation or recording was done, (5) the subject matter or content of the observation or recording, (6) any rules, regulations or policies that governed the observation or recording in question, (7) the relationship between the person who was observed or recorded and the person who did the observing or recording, (8) the purpose for which the observation or recording was done, and (9) the personal attributes of the person who was observed or recorded. This list of considerations is not exhaustive and not every consideration will be relevant in every case.

The fact that it is an element of the offence in s. 162(1)(c) that observation or recording be done for a sexual purpose does not make it inappropriate to consider the purpose of the observation or recording in assessing whether it was done in breach of a reasonable expectation of privacy. In some cases, observation or recording may not breach expectations of privacy despite having a sexual purpose. In other cases, observation or recording may be an obvious breach of privacy regardless of its purpose and it can ground a conviction under s. 162(1) if the other elements of the offence are made out. Similarly, although the surreptitiousness of the observation or recording is an element of the offence in s. 162(1), this does not mean that it can never be considered in assessing whether the person who was observed or recorded had a reasonable expectation of privacy.

“Privacy”, as ordinarily understood, is not an all-or-nothing concept, and being in a public or semi-public space does not automatically negate all expectations of privacy with respect to observation or recording. Rather, whether observation or recording would generally be regarded as an invasion of privacy depends on a variety of factors, which may include a person’s location, the form of the alleged invasion of privacy, the nature of the observation or recording, the activity in which a person is engaged when observed or recorded and the part of a

l’application du par. 162(1) du *Code criminel* sont celles où une personne s’attendrait raisonnablement à ne pas faire l’objet du type d’observation ou d’enregistrement qui est effectivement survenu. L’examen de cette question devrait tenir compte de l’ensemble du contexte dans lequel l’observation ou l’enregistrement dénoncé a eu lieu. Les facteurs pertinents comprennent : (1) l’endroit où se trouvait la personne lorsqu’elle a été observée ou filmée, (2) la nature de la conduite reprochée (s’il s’agissait d’une observation ou d’un enregistrement), (3) la connaissance ou le consentement de la personne observée ou filmée, (4) la manière dont l’observation ou l’enregistrement a été fait, (5) l’objet ou le contenu de l’observation ou de l’enregistrement, (6) l’existence de règles, règlements ou politiques qui régissaient l’observation ou l’enregistrement en question, (7) la relation entre la personne qui a fait l’objet de l’observation ou de l’enregistrement et celle qui l’a observée ou filmée, (8) l’objectif pour lequel l’observation ou l’enregistrement a été fait et (9) les attributs personnels de la personne observée ou filmée. Cette liste de facteurs n’est pas exhaustive et ce ne sont pas tous les facteurs qui sont pertinents dans tous les cas.

Ce n’est pas parce qu’un élément constitutif de l’infraction prévue à l’al. 162(1)c requiert que l’observation ou l’enregistrement soit fait dans un but sexuel qu’il est inapproprié d’examiner l’objectif de l’observation ou de l’enregistrement pour établir s’il y a eu violation d’une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Dans certains cas, une observation ou un enregistrement ne viole peut-être pas les attentes en matière de vie privée malgré son but sexuel. Dans d’autres cas, peu importe son but, une observation ou un enregistrement peut donner lieu à une atteinte évidente à la vie privée et fonder une déclaration de culpabilité au titre du par. 162(1) si les autres éléments constitutifs de l’infraction sont établis. De même, bien que le caractère subreptice d’une observation ou d’un enregistrement soit un élément constitutif de l’infraction visée au par. 162(1), cela ne veut pas dire qu’on ne peut jamais en tenir compte pour décider si la personne observée ou filmée avait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée.

Le concept de « vie privée », selon le sens qui y est habituellement donné, n’est pas absolu, et le fait de se trouver dans un lieu public ou semi-public n’entraîne pas automatiquement une renonciation à toute attente de protection en la matière au chapitre de l’observation ou de l’enregistrement. La question de savoir si une observation ou un enregistrement serait généralement considéré comme une intrusion dans la vie privée dépend plutôt d’un ensemble de facteurs, qui peuvent comprendre le lieu où se trouve la personne, la forme que prend l’intrusion

person's body that is the focus of the recording. The fact that a variety of factors may influence whether a person would expect not to be observed or recorded is also consistent with Parliament's choice to express the element of the offence by reference to the "circumstances" that give rise to a reasonable expectation of privacy. Had Parliament intended to limit the types of circumstances that can be considered, it would have done so expressly.

The immediate statutory context of the words "circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy" lends further support to the view that this element of the offence is not governed solely or primarily by a person's physical location and does not limit the commission of the offence to traditionally private spaces. Paragraph (a) of s. 162(1) expressly circumscribes the scope of the prohibited observation or recording by reference to location and it would be incongruous with that paragraph to read the requirement that the person who is observed or recorded be in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy as also being governed by location. Furthermore, the inclusion of paras. (b) and (c) in s. 162(1) indicates that Parliament understood that a person could have a reasonable expectation of privacy somewhere other than in a place where nudity or explicit sexual activity can reasonably be expected or is in fact taking place.

Parliament's object in enacting the voyeurism offence was to protect individuals' privacy and sexual integrity, particularly from new threats posed by the abuse of evolving technologies. Reading the expression "circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy" narrowly would undermine Parliament's intention that the offence prohibit surreptitious observation or visual recording that amounts to sexual exploitation or that represents the most egregious breaches of privacy.

The jurisprudence pertaining to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is also instructive in interpreting s. 162(1). Parliament must be understood as having chosen the words "reasonable expectation of

reprochée dans la vie privée, la nature de l'observation ou de l'enregistrement, l'activité à laquelle participe la personne observée ou filmée et la partie du corps de la personne qui est mise à l'avant-plan dans l'enregistrement. Le fait que divers facteurs peuvent influencer sur la question de savoir si une personne s'attendrait ou non à être observée ou filmée concorde aussi avec le choix du législateur d'exprimer l'élément constitutif de l'infraction par renvoi aux « circonstances » pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Si le législateur avait eu l'intention de limiter les types de circonstances que le tribunal peut prendre en compte pour décider si l'attente pouvait raisonnablement exister, il l'aurait fait en termes exprès.

Le contexte législatif immédiat des mots « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » renforce l'opinion selon laquelle cet élément de l'infraction n'est pas régi uniquement ou principalement par l'endroit où la personne se trouve et ne limite pas la perpétration de l'infraction aux espaces traditionnellement privés. L'alinéa a) du par. 162(1) circonscrit expressément la portée de l'observation ou de l'enregistrement interdit en renvoyant à un lieu et il serait donc incompatible avec cet alinéa d'interpréter l'exigence que la personne observée ou filmée se trouve dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée comme comportant aussi une exigence de lieu. De plus, l'insertion des al. b) et c) au par. 162(1) indique que, dans l'esprit du législateur, une personne peut avoir une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans des lieux autres que ceux où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'elle puisse être nue ou se livrer à une activité sexuelle explicite, ainsi que dans les lieux où une personne est nue ou se livre à des activités sexuelles explicites.

L'objectif qu'avait le législateur en créant l'infraction de voyeurisme était de protéger la vie privée et l'intégrité sexuelle des personnes, surtout à l'encontre des nouvelles menaces découlant de l'utilisation abusive des technologies en évolution. Interpréter de façon étroite l'expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » contrecarrait l'intention du législateur, qui voulait que l'infraction interdise l'observation ou l'enregistrement visuel subreptice qui est assimilable à de l'exploitation sexuelle ou qui représente l'atteinte la plus extrême à la vie privée.

La jurisprudence relative à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* nous aide également à interpréter le par. 162(1). Il faut tenir pour acquis que le législateur a choisi l'expression « attente raisonnable de

privacy” in s. 162(1) purposefully and with the intention that the existing jurisprudence on this concept would inform the content and meaning of those words. In addition, the s. 8 case law represents a rich body of judicial thought on the meaning of privacy in our society. Far from being unmoored from our ordinary perceptions of when privacy can be expected, judgments about privacy expectations in the s. 8 context are informed by our fundamental shared ideals about privacy as well as our everyday experiences.

In this case, when the entire context is considered, there can be no doubt that the students’ circumstances give rise to a reasonable expectation that they would not be recorded in the manner they were. In particular, the subjects of the video recordings were teenage students at a high school. They were recorded by their teacher in breach of the relationship of trust that exists between teachers and students as well as in contravention of a formal school board policy that prohibited such recording. Significantly, the videos had as their predominant focus the bodies of students, particularly their breasts. In recording these videos, the accused acted contrary to the reasonable expectations of privacy that would be held by persons in the circumstances of the students when they were recorded.

Per Côté, Brown and Rowe JJ.: There is agreement that the students in this case were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code*.

However, s. 8 *Charter* jurisprudence should not inform the interpretation of s. 162(1). First, the conceptual framework for defining *Charter* rights should remain distinct from that used to define the scope of *Criminal Code* offences. To interpret the wording in s. 162(1) by reference to the s. 8 jurisprudence would put the judiciary in the position of creating new common law offences, despite their abolition by s. 9(a) of the *Criminal Code*. Section 8 *Charter* jurisprudence evolves but the meaning in s. 162(1) is intended to remain fixed as of the time of its enactment. Second, the purpose and function of s. 8 and s. 162(1) are fundamentally at odds. The power imbalance of the police as agents of the state vis-à-vis a citizen that is at the heart of the preoccupation under s. 8 is not present under s. 162(1), as that provision protects invasions of privacy perpetrated by one individual against another. Third, the interests protected by s. 8 of the *Charter* include

protection en matière de vie privée » au par. 162(1) à dessein et en comptant sur la jurisprudence existante relative à ce concept pour apporter un éclairage sur le contenu et le sens de ces mots. En outre, la jurisprudence relative à l’art. 8 forme un riche corpus de raisonnements judiciaires sur le sens de la vie privée dans notre société. Loin d’être sans lien avec notre perception habituelle des circonstances pour lesquelles on peut s’attendre à une protection de la vie privée, les jugements portant sur les attentes de protection en matière de vie privée dans le contexte de l’art. 8 reposent sur nos idéaux fondamentaux communs en la matière ainsi que sur nos expériences de tous les jours.

En l’espèce, lorsqu’on tient compte de l’ensemble du contexte, il ne fait aucun doute que les élèves se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles elles s’attendraient de façon raisonnable à ne pas être filmées de la façon dont elles l’ont été. Plus précisément, les sujets des enregistrements vidéo étaient des élèves adolescentes d’une école secondaire. Elles ont été filmées par leur enseignant en violation de la relation de confiance qui unit les enseignants aux élèves ainsi que d’une politique officielle du conseil scolaire qui interdisait de tels enregistrements. Fait important, les vidéos avaient pour thème principal ou mettaient à l’avant-plan le corps d’élèves, tout particulièrement leurs seins. En enregistrant ces vidéos, l’accusé n’a pas respecté les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée de quiconque se trouvant dans la situation des élèves lorsqu’elles ont été filmées.

Les juges Côté, Brown et Rowe : Il y a accord pour dire que les élèves en l’espèce se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) du *Code criminel*.

Il ne convient toutefois pas de tenir compte de la jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte* pour interpréter le par. 162(1). Premièrement, le cadre conceptuel servant à définir les droits protégés par la *Charte* devrait demeurer distinct de celui auquel on recourt pour définir la portée des infractions prévues au *Code criminel*. Si on interprétait le libellé du par. 162(1) en renvoyant à la jurisprudence relative à l’art. 8, le pouvoir judiciaire aurait la possibilité de créer de nouvelles infractions en common law même si elles ont été abolies par l’al. 9a) du *Code criminel*. La jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte* évolue alors que le sens du par. 162(1) est censé rester figé au jour de l’adoption de cette disposition. Deuxièmement, l’objet et la fonction de l’art. 8 de la *Charte* et ceux du par. 162(1) du *Code criminel* sont fondamentalement incompatibles. L’inégalité de pouvoir entre le citoyen et les policiers qui agissent à titre de mandataires de l’État, laquelle est au

personal privacy, territorial privacy and informational privacy, whereas the reasonable expectation of privacy under s. 162(1) relates only to the protection of one's physical image. Finally, *Charter* values are a legitimate interpretive aid only in cases of ambiguity, and in this case, s. 162(1) is not legally ambiguous.

A multi-factored test to decide whether there is a reasonable expectation of privacy in the context of s. 162(1) should not be adopted. The offence of voyeurism is an extension of the criminal law to protect well-established interests of privacy, autonomy and sexual integrity in light of threats posed by new technologies that encroach upon them. Because voyeurism is a sexual offence, a reasonable expectation of privacy in the context of s. 162(1) should be interpreted in light of the harms contemplated in related provisions in the scheme for sexual offences in Part V of the *Criminal Code*. In the context of the voyeurism offence, "privacy" should be interpreted with regard to personal autonomy and sexual integrity.

An individual's privacy interest under s. 162(1) can only be infringed if they are recorded or observed in a way that both causes them to lose control over their image and also infringes their sexual integrity. This conjunctive test accords with what Parliament sought to protect by creating the offence. The ability to maintain control over what personal visual information is shared, and with whom, is a facet of privacy linked to personal autonomy. While the surreptitiousness of the observation or recording may signal circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, the two elements remain distinct. The surreptitiousness of the observation or recording improperly removes the individual's ability to maintain control over how they are observed, and, because of its permanence, a recording compounds the denial of the subject's autonomy by giving the voyeur repeated access to the observations.

Whether the observation or recording is sexual in nature such that it infringes the sexual integrity of the subject

cœur des préoccupations qui sous-tendent l'art. 8 de la *Charte*, n'existe pas dans le cas du par. 162(1) du *Code criminel*, car cette disposition assure une protection contre les atteintes d'une personne à la vie privée d'une autre. Troisièmement, les droits protégés par l'art. 8 de la *Charte* comprennent les aspects du droit à la vie privée qui ont trait à la personne, aux lieux et à l'information, alors que l'attente raisonnable de protection en matière de vie privée visée au par. 162(1) ne concerne que la protection de l'image physique de la personne. Enfin, les valeurs de la *Charte* constituent un outil d'interprétation légitime seulement en cas d'ambiguïté, et en l'espèce, le par. 162(1) n'est pas ambigu sur le plan juridique.

Il ne convient pas d'adopter un critère multifactoriel pour décider s'il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans le contexte du par. 162(1). L'infraction de voyeurisme constitue une extension du droit criminel visant à protéger les droits bien établis à la vie privée, à l'autonomie et à l'intégrité sexuelle compte tenu des menaces posées par les nouvelles technologies qui empiètent sur ces droits. Puisque le voyeurisme est une infraction d'ordre sexuel, il y a lieu d'interpréter l'attente raisonnable de protection en matière de vie privée à la lumière des préjudices évoqués dans les dispositions connexes du régime des infractions sexuelles à la partie V du *Code criminel*. Dans le contexte de l'infraction de voyeurisme, il y a lieu d'interpréter la « vie privée » eu égard à l'autonomie personnelle et à l'intégrité sexuelle.

Il ne peut y avoir atteinte au droit à la vie privée d'une personne au sens du par. 162(1) que si cette personne est enregistrée ou observée d'une manière qui lui fait perdre le contrôle de son image et porte atteinte à son intégrité sexuelle. Ce test en deux étapes s'accorde avec ce que le législateur cherchait à protéger en créant l'infraction. La capacité de garder l'emprise sur les renseignements visuels personnels qui peuvent être communiqués et des personnes à qui ils le sont constitue un volet de la vie privée lié à l'autonomie personnelle. S'il est vrai que le caractère subreptice de l'observation ou de l'enregistrement peut indiquer la présence de circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, les deux éléments demeurent distincts. Le caractère subreptice de l'observation ou de l'enregistrement retire abusivement à la personne la faculté de conserver l'emprise sur la façon dont elle est observée et, en raison de son caractère permanent, il exacerbe la négation de l'autonomie du sujet en donnant au voyeur un accès répété aux observations.

Le point de savoir si l'observation ou l'enregistrement est de nature sexuelle et porte de ce fait atteinte à

should be decided on an objective standard and considered in light of all the circumstances. While the intent of the perpetrator may be relevant, it is not determinative. The sexual purpose inquiry under para. (c) of s. 162(1) is distinct from the determination of a violation of sexual integrity under the reasonable expectation of privacy analysis. An observation or recording will be done for a sexual purpose where the subject of the observation or recording is reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation in the observer. An interpretation of sexual purpose that includes sexual gratification is consistent with the interpretation of the same phrase in other sections of the *Criminal Code*.

In this case, the students had a reasonable expectation of privacy regarding how their bodies would be observed in the classrooms and hallways of their school. The visual information was subject to their limitation and control, and the technology used by the accused allowed him to take videos of the clothed breasts of his students — for extended periods of time — in angles and in proximity that went beyond the access that the students allowed in this setting, thus infringing their autonomy. The recordings were also objectively sexual in nature. The focus of the recordings was on the young women’s intimate body parts, at close range. In addition, and while not determinative, the recordings were made for a sexual purpose. The combination of these factors leads to the conclusion that by surreptitiously recording images of their breasts, the accused infringed the sexual integrity of the students.

Cases Cited

By Wagner C.J.

Referred to: *R. v. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Srivastava v. Hindu Mission of Canada (Québec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R.

l’intégrité sexuelle du sujet doit être tranché en fonction d’une norme objective et examiné à la lumière de toutes les circonstances. L’intention de l’auteur peut être pertinente, mais elle n’est pas déterminante. L’examen du but sexuel au sens de l’al. c) du par. 162(1) se distingue de la détermination d’une atteinte à l’intégrité sexuelle au regard de l’analyse de l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Une observation ou un enregistrement est fait dans un but sexuel lorsque son objet est raisonnablement perçu comme visant à stimuler sexuellement l’observateur. Considérer que le but sexuel englobe la gratification sexuelle est compatible avec l’interprétation de la même expression dans d’autres articles du *Code criminel*.

Dans la présente affaire, les élèves avaient une attente raisonnable de protection en matière de vie privée en ce qui concerne la façon dont leur corps serait observé dans les salles de classe et les corridors de leur école. Elles limitaient les renseignements visuels les concernant et exerçaient un contrôle sur ces renseignements, et la technologie à laquelle a recouru l’accusé lui permettait de faire de longues vidéos des seins couverts de ses élèves dans des angles et avec une proximité qui allaient au-delà de ce qu’auraient autorisé les élèves dans cet environnement, portant ainsi atteinte à leur autonomie. Les enregistrements étaient objectivement de nature sexuelle. Ils mettaient à l’avant-plan, à bout portant, les parties intimes des jeunes femmes. De plus, bien que cela ne soit pas déterminant, les enregistrements ont été faits dans un but sexuel. La combinaison de ces facteurs mène à la conclusion qu’en enregistrant subrepticement des images des seins des élèves, l’accusé a porté atteinte à leur intégrité sexuelle.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

Arrêts mentionnés : *R. c. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Srivastava c. Hindu Mission of Canada (Québec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S.

668; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *R. v. Sandhu*, 2018 ABQB 112, 404 C.R.R. (2d) 216; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678; *R. v. Taylor*, 2015 ONCJ 449; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567; *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171; *Toronto Star Newspaper Ltd. v. Ontario*, 2012 ONCJ 27, 255 C.R.R. (2d) 207.

By Rowe J.

Referred to: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Sharpe v. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *University Health Network v. Ontario (Minister of Finance)* (2001), 208 D.L.R. (4th) 459; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *R. v. Drapeau* (1995), 96 C.C.C. (3d) 554; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. V. (K.B.)*, [1993] 2 S.C.R. 857; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. A.G.*, 2000 SCC 17, [2000] 1 S.C.R. 439; *R. v. Larue*, 2003 SCC 22, [2003] 1 S.C.R. 277; *R. v. Lutoslawski*, 2010 SCC 49, [2010] 3 S.C.R. 60; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Hewlett*, 2002 ABCA 179, 167 C.C.C. (3d) 425; *R. v. L.A.C.*, 2005 ABPC 217, 386 A.R. 102; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; *R. v. Morrissey*, 2011 ABCA 150; *R. v. Colley*, 2009 BCCA 289, 273 B.C.A.C. 107; *R. v. M.B.*, 2014 QCCA 1643.

668; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *R. c. Sandhu*, 2018 ABQB 112, 404 C.R.R. (2d) 216; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678; *R. c. Taylor*, 2015 ONCJ 449; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567; *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171; *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario*, 2012 ONCJ 27, 255 C.R.R. (2d) 207.

Citée par le juge Rowe

Arrêts mentionnés : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Sharpe c. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *University Health Network c. Ontario (Minister of Finance)* (2001), 208 D.L.R. (4th) 459; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *R. c. Drapeau* (1995), 96 C.C.C. (3d) 554; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. V. (K.B.)*, [1993] 2 R.C.S. 857; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. A.G.*, 2000 CSC 17, [2000] 1 R.C.S. 439; *R. c. Larue*, 2003 CSC 22, [2003] 1 R.C.S. 277; *R. c. Lutoslawski*, 2010 CSC 49, [2010] 3 R.C.S. 60; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Hewlett*, 2002 ABCA 179, 167 C.C.C. (3d) 425; *R. c. L.A.C.*, 2005 ABPC 217, 386 A.R. 102; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; *R. c. Morrissey*, 2011 ABCA 150; *R. c. Colley*, 2009 BCCA 289, 273 B.C.A.C. 107; *R. c. M.B.*, 2014 QCCA 1643.

Statutes and Regulations Cited

- An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32, preamble.
- Bill C-2, *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, 1st Sess., 38th Parl., 2004-2005 (assented to July 20, 2005).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2).
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, Parts V, XI, ss. 9(a), 151, 152, 153, 153.1, 162, 162.1(1), 177, 276.3, 278.1, 278.5, 430, 486, 486.4, 486.5.
- Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, s. 110.

Authors Cited

- Canada. Department of Justice. *Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper*. Ottawa, 2002.
- Canada. Department of Justice. *Voyeurism As A Criminal Offence: Summary of the Submissions*, October 28, 2002 (online: <http://www.justice.gc.ca/eng/cons/voy/final.html>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC10_1_eng.pdf).
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 138, No. 46, 2nd Sess., 37th Parl., January 27, 2003, p. 2692.
- Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. *Bill C-2: An Act to Amend the Criminal Code (Protection of Children and Other Vulnerable Persons) and the Canada Evidence Act*, Legislative Summary LS-480E, by Robin MacKay, Law and Government Division, October 13, 2004, revised June 16, 2005.
- Craig, Elaine. *Troubling Sex: Towards a Legal Theory of Sexual Integrity*. Vancouver/Toronto: UBC Press, 2012.
- Gavison, Ruth. "Privacy and the Limits of the Law" (1980), 89 *Yale L.J.* 421.
- Gavison, Ruth. "Feminism and the Public/Private Distinction" (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 1.
- Jones, Brock. "Jarvis: Surely Schoolchildren Have A Reasonable Expectation of Privacy Against Videotaping for a Sexual Purpose?" (2017), 41 *C.R.* (7th) 71.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Parker, Richard B. "A Definition of Privacy" (1974), 27 *Rutgers L. Rev.* 275.
- Paton-Simpson, Elizabeth. "Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places" (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).
- Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, parties V, XI, art. 9(a), 151, 152, 153, 153.1, 162, 162.1(1), 177, 276.3, 278.1, 278.5, 430, 486, 486.4, 486.5.
- Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32, préambule.
- Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, art. 110.
- Projet de loi C-2, *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, 1^{re} sess., 38^e lég., 2004-2005 (sanctionnée le 20 juillet 2005).

Doctrine et autres documents cités

- Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d'information et de recherche parlementaires. *Projet de loi C-2 : Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*. Résumé législatif LS-480F, par Robin MacKay, Division du droit et du gouvernement, 13 octobre 2004, révisé le 16 juin 2005.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, n°46, 2^e sess., 37^e lég., 27 janvier 2003, p. 2692.
- Canada. Ministère de la Justice. *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Document de Consultation*. Ottawa, 2002.
- Canada. Ministère de la Justice. *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Résumé des commentaires*, 28 octobre 2002 (en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/cons/voy/final.html>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC10_1_fra.pdf).
- Craig, Elaine. *Troubling Sex : Towards a Legal Theory of Sexual Integrity*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2012.
- Gavison, Ruth. « Privacy and the Limits of the Law » (1980), 89 *Yale L.J.* 421.
- Gavison, Ruth. « Feminism and the Public/Private Distinction » (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 1.
- Jones, Brock. « Jarvis : Surely Schoolchildren Have A Reasonable Expectation of Privacy Against Videotaping for a Sexual Purpose? » (2017), 41 *C.R.* (7th) 71.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1, 2nd ed., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1986.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1985.
- Parker, Richard B. « A Definition of Privacy » (1974), 27 *Rutgers L. Rev.* 275.
- Paton-Simpson, Elizabeth. « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated October 2018, release 31).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. Atheneum: New York, 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, Watt and Huscroft JJ.A.), 2017 ONCA 778, 139 O.R. (3d) 754, 41 C.R. (7th) 36, 356 C.C.C. (3d) 1, 396 C.R.R. (2d) 348, [2017] O.J. No. 5261 (QL), 2017 CarswellOnt 15528 (WL Can.), affirming a decision of Goodman J., 2015 ONSC 6813, 345 C.R.R. (2d) 103, 25 C.R. (7th) 330, [2015] O.J. No. 5847 (QL), 2015 CarswellOnt 17226 (WL Can.). Appeal allowed.

Christine Bartlett-Hughes and Jennifer Epstein, for the appellant.

Zachary Kerbel, Saman Wickramasinghe and Jennifer Micallef, for the respondent.

Written submissions only by *Lara Vizsolyi*, for the intervener Attorney General of British Columbia.

Jane Bailey and David Fewer, for the intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Written submissions only by *Regan Morris and James Nowlan*, for the intervener Privacy Commissioner of Canada.

Jonathan C. Lisus and Zain Naqi, for the intervener Canadian Civil Liberties Association.

Caroline R. Zayid, Adam Goldenberg and Caroline H. Humphrey, for the intervener Ontario College of Teachers.

Stephen McCammon, for the intervener Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated October 2018, release 31).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman, Watt et Huscroft), 2017 ONCA 778, 139 O.R. (3d) 754, 41 C.R. (7th) 36, 356 C.C.C. (3d) 1, 396 C.R.R. (2d) 348, [2017] O.J. No. 5261 (QL), 2017 CarswellOnt 15528 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Goodman, 2015 ONSC 6813, 345 C.R.R. (2d) 103, 25 C.R. (7th) 330, [2015] O.J. No. 5847 (QL), 2015 CarswellOnt 17226 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Christine Bartlett-Hughes et Jennifer Epstein, pour l'appelante.

Zachary Kerbel, Saman Wickramasinghe et Jennifer Micallef, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *Lara Vizsolyi*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jane Bailey et David Fewer, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Argumentation écrite seulement par *Regan Morris et James Nowlan*, pour l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

Jonathan C. Lisus et Zain Naqi, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Caroline R. Zayid, Adam Goldenberg et Caroline H. Humphrey, pour l'intervenant l'Ordre des enseignantes et des enseignants de l'Ontario.

Stephen McCammon, pour l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Gillian Hnatiw, Karen Segal and Alex Fidler-Wener, for the intervener Women’s Legal Education and Action Fund Inc.

Matthew Gourlay and Kate Robertson, for the intervener Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Martin J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

[1] In 2005, Parliament enacted a new criminal offence called voyeurism in s. 162(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. This offence is committed when a person surreptitiously observes or makes a visual recording of another person who is in “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy”, if the observation or recording is done in one of the three situations described in paras. (a) through (c) of s. 162(1). Section 162(1)(c), in particular, applies when the observation or recording is done for a sexual purpose.

[2] Mr. Ryan Jarvis, the respondent in this appeal, was charged with voyeurism contrary to s. 162(1)(c) of the *Criminal Code* after he used a camera concealed inside a pen to make video recordings of female students at the high school where he was a teacher. Mr. Jarvis recorded students while they were engaged in ordinary school-related activities in common areas of the school, including classrooms and hallways. Most of the videos focused on the faces and upper bodies of female students, particularly their chests. The students did not know that they were being recorded.

[3] Mr. Jarvis was acquitted at trial because the trial judge was not satisfied beyond a reasonable doubt that he had made the recordings for a sexual purpose. The acquittal was upheld by a majority of the Ontario Court of Appeal. While the Court of Appeal was of

Gillian Hnatiw, Karen Segal et Alex Fidler-Wener, pour l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridique pour les femmes inc.

Matthew Gourlay et Kate Robertson, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Martin rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Aperçu

[1] En 2005, le législateur a créé une nouvelle infraction criminelle au par. 162(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le voyeurisme. Cette infraction est commise par quiconque, subrepticement, observe une personne — ou produit un enregistrement visuel d’une personne — se trouvant dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée », si l’observation ou l’enregistrement se fait dans l’un des trois cas décrits aux al. a) à c) du par. 162(1). Plus particulièrement, l’al. 162(1)c) s’applique lorsque l’observation ou l’enregistrement est fait dans un but sexuel.

[2] M. Ryan Jarvis, qui a qualité d’intimé dans ce pourvoi, a été accusé de voyeurisme en application de l’al. 162(1)c) du *Code criminel* à la suite de son utilisation d’une caméra dissimulée à l’intérieur d’un stylo pour produire des enregistrements vidéo d’élèves de sexe féminin à l’école secondaire où il était enseignant. M. Jarvis a filmé des élèves alors qu’elles participaient à des activités scolaires courantes dans les zones communes de l’école, y compris les salles de classe et les corridors. La plupart des vidéos mettent à l’avant-plan le visage et le haut du corps des élèves, tout particulièrement leur poitrine. Les élèves ne savaient pas qu’elles étaient filmées.

[3] M. Jarvis a été acquitté au procès parce que le juge n’était pas convaincu hors de tout doute raisonnable qu’il avait produit les enregistrements dans un but sexuel. L’acquittement de M. Jarvis a été confirmé à la majorité par la Cour d’appel de l’Ontario. Les

the unanimous opinion that Mr. Jarvis *had* made the videos for a sexual purpose, the majority held that the students recorded by him were not in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, as required for a conviction under s. 162(1). A dissenting judge was satisfied that the students recorded by Mr. Jarvis were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy and would have entered a conviction on that basis.

[4] The Crown now appeals to this Court as of right. The only issue in the appeal is whether the Court of Appeal erred in finding that the students recorded by Mr. Jarvis were not in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code*.

[5] In my view, circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code* are circumstances in which a person would reasonably expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred. To determine whether a person had a reasonable expectation of privacy in this sense, a court must consider the entire context in which the observation or recording took place. The list of considerations that may be relevant to this inquiry is not closed. However, in any given case, these considerations may include the location where the observation or recording occurred; the nature of the impugned conduct, that is, whether it consisted of observation or recording; the awareness or consent of the person who was observed or recorded; the manner in which the observation or recording was done; the subject matter or content of the observation or recording; any rules, regulations or policies that governed the observation or recording in question; the relationship between the parties; the purpose for which the observation or recording was done; and the personal attributes of the person who was observed or recorded.

juges de la Cour d'appel étaient unanimement d'avis que M. Jarvis *avait* produit les enregistrements dans un but sexuel, mais les juges majoritaires ont conclu que les élèves filmées par lui ne se trouvaient pas dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, condition nécessaire au prononcé d'une déclaration de culpabilité au titre du par. 162(1). Le juge dissident a estimé que les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, et il aurait inscrit une déclaration de culpabilité pour ce motif.

[4] Le ministère public se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour. La seule question en litige en l'espèce est de savoir si la Cour d'appel a fait erreur en concluant que les élèves filmées par M. Jarvis ne se trouvaient pas dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l'application du par. 162(1) du *Code criminel*.

[5] À mon avis, les circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l'application du par. 162(1) du *Code criminel* sont celles où une personne s'attendrait raisonnablement à ne pas faire l'objet du type d'observation ou d'enregistrement qui est effectivement survenu. Pour établir s'il existe une telle attente, la cour saisie de la question doit examiner l'ensemble du contexte dans lequel l'observation ou l'enregistrement a eu lieu. La liste des facteurs qui peuvent être pertinents pour cet examen n'est pas exhaustive, mais ils pourraient comprendre les suivants dans un cas donné : l'endroit où a eu lieu l'observation ou l'enregistrement; la nature de la conduite reprochée, c'est-à-dire s'il s'agissait d'une observation ou d'un enregistrement; la connaissance ou le consentement, le cas échéant, de la personne observée ou filmée; la manière dont l'observation ou l'enregistrement a été fait; le sujet ou la teneur de l'observation ou de l'enregistrement; l'existence de règles, de règlements ou de politiques qui régissaient l'observation ou l'enregistrement en question; la relation entre les parties; le but dans lequel a été fait l'observation ou l'enregistrement; et les attributs personnels de la personne observée ou filmée.

[6] As I will explain, there can be no doubt in the case at bar that the students recorded by Mr. Jarvis were in circumstances in which they would reasonably have expected not to be the subject of videos predominantly focused on their bodies, particularly their breasts — and *a fortiori* not to be the subject of such videos recorded for a sexual purpose by a teacher. I therefore conclude that the students recorded by Mr. Jarvis were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code*. I would allow the appeal and enter a conviction.

II. Background

[7] At the times relevant to the charge in the case at bar, Mr. Jarvis was an English teacher at a high school in London, Ontario. In June 2011, a fellow teacher informed the principal of the school that he believed Mr. Jarvis was surreptitiously recording female students at the school using a camera hidden inside a pen. The principal became concerned for the safety of the students. The following day, the principal twice observed Mr. Jarvis standing near a female student while holding up a pen that emitted a red light from the top, non-writing end. On the second occasion, the principal secured the pen from Mr. Jarvis and gave it to the police.

[8] The pen seized from Mr. Jarvis performs a number of functions. It can be used to write. It is also outfitted with a camera that can be used to record videos with audio. The pen does not have a screen on which the user can see what is being or has been recorded. The camera does not have the ability to zoom in and out while recording. Videos recorded with the camera can be downloaded to a computer for viewing and editing. In these reasons, I will refer to this device as a “pen camera”.

[9] The electronic contents of the pen camera, which were eventually entered into evidence,

[6] Comme je l’expliquerai, il n’y a aucun doute en l’espèce que les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient dans des circonstances où elles s’attendraient raisonnablement à ne pas faire l’objet de vidéos mettant principalement à l’avant-plan leur corps, tout particulièrement leurs seins, et, à plus forte raison, de ne pas apparaître sur de tels enregistrements produits par un enseignant dans un but sexuel. En conséquence, je conclus que les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) du *Code criminel*. J’accueillerais le pourvoi et inscrirais une déclaration de culpabilité.

II. Contexte

[7] Aux moments visés par l’accusation portée dans l’affaire qui nous occupe, M. Jarvis enseignait l’anglais à une école secondaire de London (Ontario). En juin 2011, un collègue enseignant a informé le directeur de l’école qu’il croyait que M. Jarvis filmait subrepticement des élèves de sexe féminin à l’école au moyen d’une caméra dissimulée dans un stylo. Le directeur a commencé à craindre pour la sécurité des élèves. Le lendemain, le directeur a vu à deux reprises M. Jarvis debout près d’une élève de sexe féminin, tenant un stylo qui émettait une lumière rouge à partir de l’extrémité qui ne sert pas à l’écriture. À la deuxième occasion, le directeur a saisi le stylo des mains de M. Jarvis et l’a remis à la police.

[8] Le stylo saisi des mains de M. Jarvis a plusieurs fonctions. On peut l’utiliser pour écrire, mais il est aussi muni d’une caméra qui peut servir à enregistrer des vidéos sonores. Le stylo n’a pas d’écran sur lequel son détenteur peut voir ce qu’il enregistre ou a enregistré. La caméra n’a pas la capacité de faire des zooms avant et arrière pendant l’enregistrement. Les vidéos produites au moyen de la caméra peuvent être téléchargées sur un ordinateur pour visionnement et modification. Ici, j’emploierai le terme « stylo caméra » pour désigner l’objet en question.

[9] Le contenu électronique du stylo caméra, lequel a par la suite été produit en preuve, consistait

consisted of 35 video files: 17 “active” videos, 2 deleted videos and 16 recovered video files (2 of which could not be played). Mr. Jarvis admitted that he had recorded all of these videos using the pen camera between January 2010 and June 2011, while teaching at the high school.

[10] The videos recorded by Mr. Jarvis range in length from a few seconds to several minutes. They were shot in locations in and around the school, including hallways, classrooms, the cafeteria and the school grounds. Most of the videos focus on female students at the school. At the time the videos were recorded, these students ranged in age from 14 to 18 years old. The videos show them engaged in common school activities. The videos have an audio component and, in some of them, Mr. Jarvis can be heard speaking with students on various topics. Students wearing low-cut or close-fitting tops make up the vast majority of subjects. It is also striking that a number of the videos are shot from above or beside female students who are seated in classrooms or computer labs, or who are in the hallways of the school, at angles that capture more of their breasts than would be visible if the students were recorded head on.

[11] None of the students were aware that they were being recorded, and none of them consented to being recorded. Nor did Mr. Jarvis have the school’s permission to video or audio record students. Indeed, a school board policy in effect at the time Mr. Jarvis made the videos prohibited his conduct in making the videos in the manner that he did: Agreed Statement of Facts, A.R., vol. 1, at p. 147.

[12] The police identified 27 of the individuals in the videos as female students at the high school and charged Mr. Jarvis with 27 counts of voyeurism contrary to s. 162(1)(c) of the *Criminal Code*. At the commencement of the trial, those charges were replaced with one global charge under s. 162(1)(c).

en 35 fichiers vidéo : 17 vidéos « actives », 2 vidéos supprimées et 16 fichiers vidéo récupérés (dont 2 ne peuvent être visionnés). M. Jarvis a admis avoir enregistré toutes ces vidéos au moyen du stylo caméra entre janvier 2010 et juin 2011, pendant qu’il enseignait à l’école secondaire.

[10] La durée des vidéos enregistrées par M. Jarvis varie de quelques secondes à plusieurs minutes. Elles ont été produites dans des endroits situés à l’intérieur et autour de l’école, notamment les corridors, les salles de classe, la cafétéria et le terrain de l’école. La plupart de ces vidéos mettent à l’avant-plan des élèves de sexe féminin à l’école, âgées de 14 à 18 ans au moment où ces vidéos ont été enregistrées. Les élèves participaient à des activités scolaires courantes. Les vidéos sont sonores et, dans certaines d’entre elles, on peut entendre M. Jarvis discuter avec les élèves de divers sujets. Les élèves portant des décolletés plongeants ou des hauts moulants constituaient la vaste majorité des personnes filmées. Il est aussi frappant de constater que plusieurs de ces vidéos d’élèves de sexe féminin ont été prises de haut ou de côté, pendant que ces dernières étaient en salle de classe, dans le laboratoire informatique ainsi que dans les couloirs de l’école, à des angles qui permettaient de capter une plus grande partie des seins des élèves que si les prises de vue avaient été plus directes.

[11] Aucune des élèves ne savait qu’elle était filmée et aucune n’a consenti à l’être. M. Jarvis n’avait pas non plus la permission de l’école de produire des enregistrements visuels ou sonores des élèves. En fait, une politique du conseil scolaire qui était en vigueur lorsque M. Jarvis a fait les enregistrements interdisait de produire de telles vidéos : Exposé conjoint des faits, d.a., vol. 1, p. 147.

[12] La police a identifié 27 des personnes figurant dans les vidéos comme étant des élèves de sexe féminin de l’école secondaire et a déposé, en vertu de l’al. 162(1)c) du *Code criminel*, 27 chefs d’accusation de voyeurisme à l’encontre de M. Jarvis. À l’ouverture du procès, ces accusations ont été regroupées et remplacées par une accusation globale fondée sur l’al. 162(1)c).

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice (Goodman J.), 2015 ONSC 6813, 345 C.R.R. (2d) 103*

[13] The evidence at trial consisted of the videos recovered from the pen camera,¹ an agreed statement of facts and a photo exhibit entered on consent. In the agreed statement of facts, Mr. Jarvis admitted that he had recorded the videos recovered from the pen camera and that he had done so surreptitiously. In light of those admissions, there remained only two questions at trial: first, whether the Crown had established that the students Mr. Jarvis recorded were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy; and second, whether the Crown had proven that Mr. Jarvis made the recordings for a sexual purpose.

[14] The trial judge answered the first question in the affirmative. He concluded that, in the context of the offence in s. 162(1), whether a person who is observed or recorded is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy does not depend solely on the physical location where the observation or recording occurs. Location is only one circumstance to be considered. In the case at bar, although the students captured in the videos had a lower and different expectation of privacy at the school than they would have had at home, they nonetheless had a reasonable expectation that they would not be surreptitiously recorded by Mr. Jarvis.

[15] However, the trial judge was not satisfied that Mr. Jarvis had made the recordings for a sexual purpose. Based on his review of the videos, he determined that Mr. Jarvis had positioned the pen camera

¹ Mr. Jarvis' application to have the videos excluded from evidence on the basis of ss. 8 and 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was denied by the trial judge. That ruling was upheld by the Court of Appeal and is not at issue in this Court.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Goodman), 2015 ONSC 6813, 345 C.R.R. (2d) 103*

[13] Au procès, on a produit en preuve les vidéos récupérées à partir du stylo caméra¹, un exposé conjoint des faits et une série de photographies produites sur consentement. Dans l'exposé conjoint des faits, M. Jarvis admet qu'il a enregistré subrepticement les vidéos récupérées dans le stylo caméra. Compte tenu de ces aveux, il ne restait plus que deux questions en litige au procès. Premièrement, le ministère public a-t-il établi que les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée? Deuxièmement, le ministère public a-t-il prouvé que M. Jarvis avait produit les enregistrements dans un but sexuel?

[14] Le juge du procès a répondu par l'affirmative à la première question. Il a conclu que, dans le contexte de l'infraction prévue au par. 162(1), on ne peut répondre uniquement en fonction de l'endroit physique où survient l'observation ou l'enregistrement à la question de savoir si une personne est observée ou fait l'objet d'un enregistrement dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Le lieu n'est que l'une des circonstances à prendre en considération. En l'espèce, même si les élèves filmées dans les vidéos à l'école avaient une attente de protection en matière de vie privée plus faible que si elles s'étaient trouvées à leur domicile, elles s'attendaient, de façon raisonnable, à ne pas faire l'objet d'un enregistrement subreptice de la part de M. Jarvis.

[15] Le juge du procès n'était toutefois pas convaincu que M. Jarvis avait produit les enregistrements dans un but sexuel. Se fondant sur son examen des vidéos, il a conclu que M. Jarvis avait

¹ Le juge du procès a rejeté la demande que M. Jarvis a présentée, sur le fondement de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour faire exclure les vidéos de la preuve. Cette décision interlocutoire, confirmée par la Cour d'appel, n'est pas en litige devant notre Cour.

to focus “for the most part, on the female students’ faces, bodies and cleavage or breasts, and on several occasions, exclusively so”: para. 72. However, in the trial judge’s view, although the “most likely” conclusion based on the evidence was that Mr. Jarvis had recorded the students for a sexual purpose, “there may be other inferences to be drawn”: para. 77. He acquitted Mr. Jarvis.

B. *Court of Appeal for Ontario (Feldman J.A., Watt J.A. Concurring; Huscroft J.A. Dissenting), 2017 ONCA 778, 139 O.R. (3d) 754*

[16] On the Crown’s appeal from the acquittal, the Court of Appeal for Ontario was unanimously of the view that the trial judge had erred in law in failing to find that Mr. Jarvis had made the recordings at issue for a sexual purpose. According to the Court of Appeal, this was an “overwhelming case of videos focused on young women’s breasts and cleavage”, and no inference other than that the videos had been made for a sexual purpose was available on the record: paras. 53-54.

[17] Nevertheless, a majority of the Court of Appeal upheld Mr. Jarvis’ acquittal on the basis that the trial judge had also erred in finding that the students recorded by Mr. Jarvis were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy when they were recorded. The majority was of the view that a person typically expects privacy when she is in a place where she can exclude others and feel confident that she is not being observed. The majority did accept that a person could arguably retain a limited expectation of privacy in a public place in certain circumstances. However, in the majority’s opinion, no such reasonable expectations could have arisen in the case at bar because the students recorded by Mr. Jarvis were engaged in normal school activities and interactions in common areas of the school where they would expect that others could see them and where they knew they would be recorded by the school’s security cameras.

placé le stylo caméra de façon à mettre à l’avant-plan [TRADUCTION] « surtout, voire à plusieurs reprises exclusivement, le visage, le corps et le décolleté ou les seins des élèves de sexe féminin » : par. 72. Cependant, même s’il était « très probable », au vu de la preuve dont il disposait, que M. Jarvis ait filmé les élèves dans un but sexuel, il était d’avis que « d’autres inférences pouvaient être tirées » : par. 77. Il a acquitté M. Jarvis.

B. *Cour d’appel de l’Ontario (la juge Feldman, avec l’accord du juge Watt, le juge Huscroft étant dissident), 2017 ONCA 778, 139 O.R. (3d) 754*

[16] La Cour d’appel de l’Ontario, auprès de laquelle le ministère public a interjeté appel de l’acquittement, a unanimement estimé que le juge du procès avait commis une erreur de droit en ne concluant pas que M. Jarvis avait produit les enregistrements en cause dans un but sexuel. Selon la Cour d’appel, il s’agissait d’un [TRADUCTION] « cas flagrant de vidéos mettant à l’avant-plan les seins et le décolleté de jeunes femmes », et la seule inférence pouvant être tirée du dossier était que les vidéos avaient été produites dans un but sexuel : par. 53-54.

[17] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont néanmoins confirmé l’acquittement de M. Jarvis au motif que le juge du procès avait aussi eu tort de conclure que les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient, lors des enregistrements, dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Ils se sont dits d’avis qu’une personne s’attend habituellement au respect de sa vie privée lorsqu’elle se trouve dans un endroit où elle peut exclure d’autres personnes et avoir la certitude de ne pas être observée. Les juges majoritaires ont reconnu qu’une personne pouvait avoir une attente restreinte de protection en matière de vie privée lorsqu’elle se trouve dans un lieu public dans certaines circonstances, mais, selon eux, une telle attente n’aurait pas pu exister en l’espèce parce que les élèves filmées par M. Jarvis se livraient à des activités scolaires courantes, se trouvaient dans des zones communes de l’école, zones dans lesquelles elles devaient s’attendre à être vues par d’autres personnes et où elles savaient qu’elles seraient filmées par les caméras de sécurité de l’école.

[18] Huscroft J.A. dissented. In his view, whether a person is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, within the meaning of s. 162(1), should not depend solely on a person's location and ability to exclude others from that location. He stated that, to ascertain whether a person is in circumstances that give rise to reasonable expectation of privacy, a court must determine whether the person's interest in privacy should be given priority over competing interests. In the case at bar, according to Huscroft J.A., the students recorded by Mr. Jarvis should be found to have had a reasonable expectation of privacy because their interest in privacy was entitled to priority over the interests "of anyone who would seek to compromise their personal and sexual integrity while they are at school": para. 133. He would have allowed the Crown's appeal on this basis.

[19] The Crown now appeals to this Court as of right on the issue of whether the majority of the Court of Appeal erred in finding that the students recorded by Mr. Jarvis were not in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy.

IV. Analysis

[20] This appeal requires the Court to consider, for the first time, the elements of the offence created by s. 162(1) of the *Criminal Code*. That provision reads as follows:

Voyeurism

162 (1) Every one commits an offence who, surreptitiously, observes — including by mechanical or electronic means — or makes a visual recording of a person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if

- (a) the person is in a place in which a person can reasonably be expected to be nude, to expose his or her

[18] Dissident, le juge Huscroft a exprimé l'avis selon lequel la réponse à la question de savoir si une personne se trouve dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée au sens du par. 162(1) ne devrait pas dépendre uniquement du lieu où elle est ou de sa capacité à en exclure d'autres personnes. Le juge Huscroft a dit que, pour savoir si une personne se trouvait dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, la cour saisie de la question doit déterminer si le droit de cette personne au respect de sa vie privée devrait avoir préséance sur des droits concurrents. En l'espèce, selon le juge Huscroft, il convient de conclure que les élèves filmées par M. Jarvis avaient une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, car leur droit à cet égard doit avoir préséance sur les droits [TRADUCTION] « de quiconque cherchant à compromettre leur intégrité personnelle et sexuelle pendant qu'elles sont à l'école » : par. 133. Le juge Huscroft aurait accueilli pour ce motif l'appel du ministère public.

[19] Ce dernier se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour sur la question de savoir si les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en concluant que les élèves filmées par M. Jarvis ne se trouvaient pas dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée.

IV. Analyse

[20] En l'espèce, la Cour doit examiner pour la première fois les éléments constitutifs de l'infraction créée au par. 162(1) du *Code criminel*. Cette disposition est libellée comme suit :

Voyeurisme

162 (1) Commet une infraction quiconque, subrepticement, observe, notamment par des moyens mécaniques ou électroniques, une personne — ou produit un enregistrement visuel d'une personne — se trouvant dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, dans l'un des cas suivants :

- a) la personne est dans un lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue, expose ses

genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity;

(b) the person is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts, or is engaged in explicit sexual activity, and the observation or recording is done for the purpose of observing or recording a person in such a state or engaged in such an activity; or

(c) the observation or recording is done for a sexual purpose.

seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite;

b) la personne est nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite, et l'observation ou l'enregistrement est fait dans le dessein d'ainsi observer ou enregistrer une personne;

c) l'observation ou l'enregistrement est fait dans un but sexuel.

[21] Mr. Jarvis is charged with committing the offence of voyeurism contrary to s. 162(1)(c) of the *Criminal Code*. That offence is committed where a person surreptitiously observes or makes a visual recording of another person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if the observation or recording is done for a sexual purpose: see *R. v. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69, at para. 75. A “visual recording” is defined, for the purposes of s. 162, as including “a photographic, film or video recording made by any means”: *Criminal Code*, s. 162(2).

[21] M. Jarvis est accusé d'avoir commis l'infraction de voyeurisme visée à l'al. 162(1)c) du *Code criminel*. Commet cette infraction quiconque, subrepticement, observe une personne — ou produit un enregistrement visuel d'une personne — se trouvant dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, et le fait dans un but sexuel : voir *R. c. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69, par 75. L'« enregistrement visuel » au sens de l'art. 162 s'entend d'un « enregistrement photographique, filmé, vidéo ou autre, réalisé par tout moyen » : *Code criminel*, par. 162(2).

[22] It is no longer in dispute that Mr. Jarvis surreptitiously made video recordings of female students at the high school and that he did so for a sexual purpose. Thus, there remains a single question in this appeal: were the students recorded by Mr. Jarvis in “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy”?

[22] Il est maintenant admis que M. Jarvis a subrepticement produit des enregistrements vidéo d'élèves de sexe féminin à l'école secondaire et qu'il l'a fait dans un but sexuel. En conséquence, il ne reste qu'une seule question en litige dans ce pourvoi : les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient-elles dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée »?

[23] In order to answer this question, I will first consider what it means for a person who is observed or recorded to be in “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” as that expression is used in s. 162(1) of the *Criminal Code*. I will then consider the facts of the case at bar to determine whether the Crown has proven this element of the offence beyond a reasonable doubt.

[23] Pour répondre à cette question, j'examinerai d'abord ce que peuvent constituer pour une personne observée ou filmée des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » au sens où cette expression est employée au par. 162(1) du *Code criminel*. J'analyserai ensuite les faits de la présente affaire pour juger si le ministère public a établi hors de tout doute raisonnable cet élément constitutif de l'infraction.

A. *When Is a Person Who Is Observed or Recorded in “Circumstances That Give Rise to a Reasonable Expectation of Privacy” for the Purposes of Section 162(1) of the Criminal Code?*

[24] What does it mean, in the context of s. 162(1) of the *Criminal Code*, for a person who is observed or recorded to be in “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy”? The parties agree that this question of statutory interpretation must be answered by reading the words of s. 162(1) “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. The parties disagree, however, on the interpretation that results from this approach.

(1) Positions of the Parties

[25] In his factum in this Court, Mr. Jarvis argued that this interpretive approach leads to the conclusion that circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) are circumstances in which a person has a reasonable expectation that she, or a part of her body, will not be observed by others. On this understanding of s. 162(1), the offence of voyeurism would be committed when the person who is observed or recorded is in a place where she does not expect to be observed by others (such as when she is alone in her own home) or when the observation or recording is of a part of a person’s body that she does not expect to be observed by others (such as a part covered by a skirt). In oral argument, counsel for Mr. Jarvis qualified this proposed interpretation somewhat by submitting that a person may also have a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) when she expects to be observed by certain other persons but *not* by the person doing the observation or recording at issue.

A. *Quand peut-on considérer qu’une personne filmée ou observée se trouve dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » pour l’application du par. 162(1) du Code criminel?*

[24] Qu’entend-on par l’observation ou l’enregistrement d’une personne se trouvant dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » dans le contexte du par. 162(1) du *Code criminel*? Les parties conviennent qu’il faut, pour répondre à cette question d’interprétation législative, lire les termes du par. 162(1) « “dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur” » : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. Toutefois, les parties ne s’entendent pas sur l’interprétation découlant de cette démarche.

(1) Les thèses des parties

[25] Dans le mémoire qu’il a présenté à notre Cour, M. Jarvis prétend que cette démarche interprétative mène à la conclusion que des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) sont celles où il est raisonnable pour une personne de s’attendre à ce que son corps ou une partie de son corps ne soit pas observé par autrui. Selon cette conception du par. 162(1), l’infraction de voyeurisme serait commise lorsque la personne observée ou filmée se trouve dans un endroit où elle ne s’attend pas à être vue par autrui (lorsqu’elle est, par exemple, seule à son domicile) ou lorsque l’observation ou l’enregistrement vise une partie de son corps qui ne devrait normalement pas être vue par autrui (telle une partie dissimulée par une jupe). Durant sa plaidoirie, l’avocat de M. Jarvis a expliqué cette interprétation en affirmant qu’une personne peut aussi avoir une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) lorsqu’elle s’attend à être observée par certaines autres personnes, mais *pas* par la personne qui l’observe ou produit l’enregistrement en cause.

[26] According to Mr. Jarvis, the circumstances relevant to whether a reasonable expectation of privacy arises in a particular context may include the physical features of the space in which a person is located and the degree of control the person has over who may obtain visual access to her in the space. However, considerations such as the nature of the impugned conduct, that is, whether it consists of recording as opposed to mere observation, the “sexual nature” of the parts of a person’s body that are being observed or recorded, and the relationship between the observer and the observed person are never relevant to the inquiry: R.F., at para. 19. Applying this approach to the case at bar, Mr. Jarvis submits that because the students recorded by him were in common areas of the school where they knew they could be observed by others, they could not have had a reasonable expectation of privacy and the offence in s. 162(1) is not made out.

[27] The Crown, by contrast, argues that the majority of the Court of Appeal erred by adopting an unduly narrow, location-based understanding of privacy. The Crown submits that whether a reasonable expectation of privacy arises in a given situation should be determined on the basis of the totality of the circumstances, with location being only one factor to be considered. In light of the full constellation of circumstances in the case at bar — including the fact that the impugned conduct consisted of visual recording and not merely observation, the nature of the recordings made, the trust relationship between Mr. Jarvis and the students, and the existence of a school board policy that prohibited Mr. Jarvis from recording students in the manner he did — it must be concluded that the students filmed by Mr. Jarvis had a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1).

[26] Selon M. Jarvis, les circonstances qui sont pertinentes pour déterminer s’il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans un contexte particulier peuvent comprendre les caractéristiques physiques de l’endroit où la personne se trouve et le degré de contrôle qu’elle a sur l’identité des personnes qui peuvent obtenir un accès visuel à elle à cet endroit. Par contre, d’autres facteurs comme la nature de la conduite reprochée, c’est-à-dire s’il s’agit d’un enregistrement au lieu d’une simple observation, le « caractère sexuel » des parties du corps de la personne qui sont observées ou qui font l’objet d’un enregistrement, ou encore la relation entre la personne qui observe et la personne observée, ne sont jamais pertinents pour l’analyse : m.i., par. 19. Appliquant cette démarche à la présente affaire, M. Jarvis soutient que les élèves qu’il a filmées ne pouvaient pas avoir d’attente raisonnable de protection en matière de vie privée, car elles se trouvaient dans des zones communes de l’école où elles savaient qu’elles pouvaient être observées par d’autres personnes. La perpétration de l’infraction prévue au par. 162(1) n’est donc pas établie.

[27] Pour sa part, le ministère public prétend que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commis une erreur en adoptant une interprétation de la protection en matière de vie privée indûment étroite et tributaire d’un lieu. Il fait valoir que la question de savoir s’il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée devrait être tranchée en fonction de l’ensemble des circonstances et que le lieu est seulement l’un des facteurs à prendre en considération. À la lumière de toutes les circonstances de l’espèce — notamment le fait que le comportement reproché consistait en un enregistrement visuel et non en une simple observation, la nature des enregistrements produits, la relation de confiance qui existait entre M. Jarvis et les élèves ainsi que l’existence d’une politique du conseil scolaire qui interdisait à M. Jarvis de filmer des élèves comme il l’a fait — force est de conclure que les élèves filmées par M. Jarvis avaient une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1).

(2) Meaning of the Expression “Circumstances that Give Rise to a Reasonable Expectation of Privacy” in Section 162(1)

[28] In my view, circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) are circumstances in which a person would reasonably expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred. The inquiry into whether a person who was observed or recorded was in such circumstances should take into account the entire context in which the impugned observation or recording took place.

[29] The following non-exhaustive list of considerations may assist a court in determining whether a person who was observed or recorded was in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy:

(1) The location the person was in when she was observed or recorded. The fact that the location was one from which the person had sought to exclude all others, in which she felt confident that she was not being observed, or in which she expected to be observed only by a select group of people may inform whether there was a reasonable expectation of privacy in a particular case.

(2) The nature of the impugned conduct, that is, whether it consisted of observation or recording. Given that recording is more intrusive on privacy than mere observation, a person’s expectation regarding whether she will be observed may reasonably be different than her expectation regarding whether she will be recorded in any particular situation. The heightened impact of recording on privacy has been recognized by this Court in other contexts, as will be discussed further at para. 62 of these reasons.

(3) Awareness of or consent to potential observation or recording. I will discuss further

(2) Le sens de l’expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » employée au par. 162(1)

[28] À mon avis, les circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) sont celles où une personne s’attendrait raisonnablement à ne pas faire l’objet du type d’observation ou d’enregistrement qui est effectivement survenu. Pour savoir si une personne observée ou filmée se trouvait en pareilles circonstances, la cour saisie de la question devrait tenir compte de l’ensemble du contexte dans lequel l’observation ou l’enregistrement dénoncé a eu lieu.

[29] La liste non exhaustive suivante de facteurs peut aider le tribunal à décider si la personne observée ou filmée se trouvait dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée :

(1) L’endroit où se trouvait la personne lorsqu’elle a été observée ou filmée. Pour déterminer s’il existe une attente raisonnable en matière de vie privée dans une affaire donnée, on peut notamment se demander s’il s’agissait d’un lieu d’où cette personne avait cherché à exclure toutes les autres personnes, où elle était persuadée qu’elle n’était pas observée ou dans lequel elle s’attendait à n’être observée que par un groupe déterminé de personnes.

(2) La nature de la conduite reprochée, c’est-à-dire s’il s’agissait d’une observation ou d’un enregistrement. Puisqu’un enregistrement porte plus gravement atteinte à la vie privée qu’une simple observation, les attentes d’une personne peuvent, de façon raisonnable, être différentes selon que cette dernière sait qu’elle sera observée ou qu’elle fera l’objet d’un enregistrement. Notre Cour a déjà reconnu les répercussions plus grandes de l’enregistrement sur la vie privée dans d’autres contextes, comme je l’expliquerai davantage au par. 62 des présents motifs.

(3) La connaissance ou le consentement de la personne observée ou filmée. Au paragraphe 33

how awareness of observation or recording may inform the reasonable expectation of privacy inquiry at para. 33 of these reasons.

(4) The manner in which the observation or recording was done. Relevant considerations may include whether the observation or recording was fleeting or sustained, whether it was aided or enhanced by technology and, if so, what type of technology was used. The potential impact of evolving technologies on privacy has been recognized by the courts, as I will discuss further at para. 63 of these reasons.

(5) The subject matter or content of the observation or recording. Relevant considerations may include whether the observation or recording targeted a specific person or persons, what activity the person who was observed or recorded was engaged in at the relevant time, and whether the focus of the observation or recording was on intimate parts of a person's body. This Court has recognized, in other contexts, that the nature and quality of the information at issue are relevant to assessing reasonable expectations of privacy in that information. As I will discuss further at paras. 65-67 of these reasons, this principle is relevant in the present context as well.

(6) Any rules, regulations or policies that governed the observation or recording in question. However, formal rules, regulations or policies will not necessarily be determinative, and the weight they are to be accorded will vary with the context.

(7) The relationship between the person who was observed or recorded and the person who did the observing or recording. Relevant considerations may include whether the relationship was one of trust or authority and whether the observation or recording constituted a breach or

des présents motifs, j'explique plus en détail l'incidence que peut avoir la connaissance de l'observation ou de l'enregistrement sur l'attente raisonnable de protection en matière privée.

(4) La manière dont l'observation ou l'enregistrement a été fait. Parmi les caractéristiques pertinentes, mentionnons la question de savoir s'il s'agissait d'une observation ou d'un enregistrement ponctuel ou continu, ou si l'observation ou l'enregistrement a été facilité ou affiné par un recours à la technologie; dans l'affirmative, le type de technologie utilisé. Comme je l'explique plus en détail aux par. 63 des présents motifs, les tribunaux ont déjà reconnu l'incidence que peuvent avoir les technologies en évolution sur la vie privée.

(5) L'objet ou le contenu de l'observation ou de l'enregistrement. Parmi les facteurs pertinents à cet égard, mentionnons le point de savoir si l'observation ou l'enregistrement visait une ou des personnes en particulier, l'activité à laquelle s'adonnait alors la personne qui a été l'objet de l'observation ou de l'enregistrement et la question de savoir si l'observation ou l'enregistrement mettait à l'avant-plan des parties intimes du corps de la personne visée. Notre Cour a reconnu dans d'autres contextes que la nature et la qualité des renseignements en cause sont utiles pour établir les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée à l'égard de ces renseignements. Comme je l'explique plus à fond aux par. 65-67 des présents motifs, ces indications sont pertinentes aussi dans le contexte qui nous occupe.

(6) L'existence de règles, règlements ou politiques qui régissaient l'observation ou l'enregistrement en question. Cependant, les règles, règlements ou politiques officiels ne sont pas nécessairement déterminants et le poids qu'il convient de leur accorder varie selon le contexte.

(7) La relation entre la personne qui a fait l'objet de l'observation ou de l'enregistrement et celle qui l'a observée ou filmée. Parmi les facteurs pertinents à cet égard, mentionnons l'élément de savoir s'il s'agissait d'une relation de confiance ou d'autorité, et si l'observation ou

abuse of the trust or authority that characterized the relationship. This circumstance is relevant because it would be reasonable for a person to expect that another person who is in a position of trust or authority toward her will not abuse this position by engaging in unconsented, unauthorized, unwanted or otherwise inappropriate observation or recording.

(8) The purpose for which the observation or recording was done. I will explain why this may be a relevant consideration at paras. 31-32 of these reasons.

(9) The personal attributes of the person who was observed or recorded. Considerations such as whether the person was a child or a young person may be relevant in some contexts.

[30] I emphasize that the list of considerations that can reasonably inform the inquiry into whether a person who was observed or recorded had a reasonable expectation of privacy is not exhaustive. Nor will every consideration listed above be relevant in every case. For example, recordings made using a camera hidden inside a washroom will breach reasonable expectations of privacy regardless of the purpose for which they are made, the age of the person recorded, or the relationship between the person recorded and the person who did the recording. In another context, however, these latter considerations may play a more significant role. The inquiry is a contextual one, and the question in each case is whether there was a reasonable expectation of privacy in the totality of the circumstances.

[31] I pause here to note that there is nothing incongruous about considering the purpose of observation or recording in determining whether it was done in breach of a reasonable expectation of privacy. This Court has recognized, in other contexts, that a person's reasonable expectation of privacy with respect to information about the person will vary depending on the purpose for which the information is collected: see *R. v. Dymont*, [1988] 2

l'enregistrement constituait un abus de confiance ou de pouvoir qui caractérisait la relation. C'est une circonstance pertinente parce qu'il serait raisonnable pour une personne de s'attendre à ce qu'une autre personne en situation de confiance ou d'autorité n'abuse pas de cette situation pour se livrer à une observation ou à un enregistrement non consensuel, non autorisé ou autrement inapproprié.

(8) L'objectif pour lequel l'observation ou l'enregistrement a été fait. J'explique aux par. 31-32 des présents motifs pourquoi ce facteur peut s'avérer pertinent.

(9) Les attributs personnels de la personne observée ou filmée. Des considérations comme celle de savoir si la personne était un enfant ou une jeune personne peuvent être pertinentes dans certains contextes.

[30] Je souligne que la liste des facteurs susceptibles de nous aider raisonnablement à établir si une personne observée ou filmée avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée n'est pas exhaustive. Ce ne sont pas non plus tous les facteurs susmentionnés qui sont pertinents dans tous les cas. À titre d'exemple, des enregistrements faits au moyen d'une caméra cachée dans une salle de bain frustreront les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée, peu importe le but dans lequel ils ont été faits, l'âge de la personne filmée et la relation entre cette dernière et l'auteur de l'enregistrement. Dans un autre contexte, toutefois, ces dernières considérations pourraient jouer un rôle accru. L'analyse est contextuelle et la question qu'il faut se poser dans chaque cas est de savoir s'il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans l'ensemble des circonstances.

[31] J'ouvre ici une parenthèse pour souligner qu'il n'y a rien d'incongru à tenir compte du but dans lequel une observation ou un enregistrement a été fait pour décider si cette observation ou cet enregistrement a été fait en violation d'une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Dans d'autres contextes, notre Cour a reconnu que l'attente raisonnable que peut avoir une personne à la protection de sa vie privée pour ce qui est des

S.C.R. 417, at pp. 429-32, per La Forest J.; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 75. This conclusion also flows from a common sense understanding of privacy expectations. For example, if a patient disrobes to allow a physician to view her breasts or other sexualized parts of her body for the purpose of receiving a medical diagnosis, the patient cannot complain that the physician has breached any reasonably held expectation of privacy by performing the diagnostic procedure. However, if the diagnostic procedure turns out to be a pretext on which the physician relies in order to view the patient for a non-medical purpose — whether sexual or otherwise — the patient’s privacy will undeniably be violated.

[32] The fact that it is an element of the offence in s. 162(1)(c) that observation or recording be done for a sexual purpose does not make it inappropriate to consider the purpose of the observation or recording in assessing whether it was done in breach of a reasonable expectation of privacy, as required by s. 162(1). In the context of this latter inquiry, purpose is only one non-determinative factor to be taken into account along with other relevant circumstances. By contrast, sexual purpose, as an element of the offence in s. 162(1)(c), must be established beyond a reasonable doubt for the offence to be proven. In some cases, depending on the entire context, observation or recording may not breach expectations of privacy despite having a sexual purpose. In such cases, the offence in s. 162(1) will not be made out. In other cases, observation or recording may be an obvious breach of privacy regardless of its purpose, and it can ground a conviction under s. 162(1) if the other elements of the offence are made out.

[33] Similarly, although the surreptitiousness of the observation or recording is an element of the offence in s. 162(1), this does not mean that it can never be considered in assessing whether the person

renseignements la concernant varie selon l’objectif dans lequel ils ont été recueillis : voir *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 429-432, le juge La Forest; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 75. Cette conclusion découle également d’une conception des attentes en matière de vie privée fondée sur le bon sens. À titre d’exemple, la patiente qui se dévêt pour permettre à un médecin d’observer ses seins ou d’autres parties sexualisées de son corps en vue d’obtenir un diagnostic médical ne peut se plaindre que le médecin qui a suivi la procédure dans ce but a violé toute attente raisonnable au respect de la vie privée. Toutefois, si la procédure de diagnostic s’est avérée être un prétexte invoqué par le médecin pour observer la patiente dans un but non médical — que ce but soit de nature sexuelle ou non —, il ne fait aucun doute que la patiente aura été victime d’une atteinte à sa vie privée.

[32] Ce n’est pas parce qu’un élément constitutif de l’infraction prévue à l’al. 162(1)c requiert que l’observation ou l’enregistrement soit fait dans un but sexuel qu’il est inapproprié d’examiner l’objectif de l’observation ou de l’enregistrement pour établir s’il y a eu violation d’une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, comme l’exige le par. 162(1). Dans le cadre de ce dernier examen, l’objectif n’est qu’un facteur non déterminant dont il faut tenir compte avec les autres circonstances pertinentes. À l’inverse, l’élément constitutif de l’infraction prévue à l’al. 162(1)c que représente le but sexuel doit être établi hors de tout doute raisonnable pour que l’existence de l’infraction soit prouvée. Dans certains cas, selon le contexte global, une observation ou un enregistrement ne viole peut-être pas les attentes au respect de la vie privée malgré son but sexuel. Dans de tels cas, la perpétration de l’infraction visée au par. 162(1) ne sera pas démontrée. Dans d’autres cas, peu importe son but, une observation ou un enregistrement peut donner lieu à une atteinte évidente à la vie privée et fonder une déclaration de culpabilité au titre du par. 162(1) si les autres éléments constitutifs de l’infraction sont établis.

[33] De même, bien que le caractère subreptice d’une observation ou d’un enregistrement soit un élément constitutif de l’infraction visée au par. 162(1), cela ne veut pas dire qu’on ne peut jamais en tenir

who was observed or recorded had a reasonable expectation of privacy. For example, the fact that a person chose to be secretive about recording another person in a particular situation may support the conclusion that the recording was contrary to the norms regarding privacy and visual recording that exist in that context. However, as with the purpose of the observation or recording, surreptitiousness will only ever be one consideration, among many, to be taken into account in assessing reasonable expectations of privacy; it cannot be allowed to overwhelm the reasonable expectation of privacy analysis. It is possible under s. 162(1) for observation or recording to be done surreptitiously but not in breach of a reasonable expectation of privacy. Conversely, observation or recording that is done openly may breach reasonable expectations of privacy, though because it is not surreptitious, it will not constitute an offence under s. 162(1).

[34] As I will now explain, the above interpretation of the requirement in s. 162(1) that a person who is observed or recorded be in “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” is the interpretation that best accords with the language, context and purpose of that provision.

(3) This Interpretation of the Expression “Circumstances That Give Rise to a Reasonable Expectation of Privacy” Best Accords With the Language, Context and Purpose of Section 162(1)

(a) *Opening Words of Section 162(1)*

[35] I will begin by considering the words chosen by Parliament to express the element of s. 162(1) with which we are concerned in this appeal and the “ordinary” or “natural” meaning that appears when these words are read in their immediate context: see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 30. In my view, the ordinary and grammatical sense of the words “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy”,

compte pour décider si la personne observée ou filmée avait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. À titre d'exemple, le fait qu'une personne ait choisi de filmer secrètement une autre personne peut appuyer la conclusion selon laquelle l'enregistrement était contraire aux normes relatives à la vie privée et aux enregistrements visuels qui existent dans ce contexte. Cependant, tout comme dans le cas du but de l'observation ou de l'enregistrement, le caractère subreptice ne sera jamais plus qu'un des facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer le caractère raisonnable des attentes de protection en matière de vie privée; il ne peut supplanter l'analyse en question. D'après le par. 162(1), il se peut qu'une observation ou un enregistrement soit fait subrepticement mais qu'il ne contrevienne pas aux attentes raisonnables de protection en matière de vie privée. À l'inverse, une observation ou un enregistrement qui est fait ouvertement peut violer des attentes raisonnables en la matière, bien qu'il ne constitue pas une infraction visée par le par. 162(1) puisqu'il n'a pas été fait subrepticement.

[34] Comme je l'expliquerai, l'interprétation susmentionnée de l'exigence du par. 162(1) que la personne observée ou filmée se trouve dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » est celle qui s'harmonise le mieux avec le libellé, le contexte et l'objet de cette disposition.

(3) Cette interprétation de l'expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » s'harmonise le mieux avec le libellé, le contexte et l'objet du par. 162(1)

a) *La disposition liminaire du par. 162(1)*

[35] J'examinerai d'abord les mots choisis par le législateur pour exprimer l'élément du par. 162(1) qui nous intéresse en l'espèce ainsi que le sens « ordinaire » ou « naturel » qui se dégage de la disposition lorsque ces mots sont lus dans leur contexte immédiat : voir R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 30. À mon avis, le sens ordinaire et grammatical de l'expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente

when read in the context of the opening words of s. 162(1), is consistent with the understanding of this element that I have set out above, for a number of reasons.

[36] The concept of “privacy” defies easy definition, and I do not propose to offer a comprehensive definition here. However, in a general sense and as ordinarily used, the word “privacy” includes the concept of freedom from unwanted scrutiny, intrusion or attention. Section 162(1) is specifically directed at two types of attention: observation and visual recording. The opening words of s. 162(1) therefore suggest that the “reasonable expectation of privacy” with which the provision is concerned is an expectation that one will not be observed or visually recorded.

[37] One question raised by the present appeal is whether a person can ever retain such an expectation when she knows she can be observed by others or when she is in a place from which she cannot exclude others — what may be described as a “public” place. In my view, on an ordinary understanding of the concept of privacy, this question must be answered in the affirmative. I readily accept that expectations of privacy with respect to observation or recording will generally be at their highest when a person is in a traditionally “private” place from which she has chosen to exclude all others. For example, a person alone at home, or in a washroom with the door closed, would typically expect near absolute privacy — and certainly would expect not to be observed or recorded without her knowledge. But a person does not lose all expectations of privacy, as that concept is ordinarily understood, simply because she is in a place where she knows she can be observed by others or from which she cannot exclude others.

[38] In my view, a typical or ordinary understanding of the concept of privacy recognizes that a person

raisonnable de protection en matière de vie privée », lue dans le contexte de la disposition liminaire du par. 162(1), est compatible avec l’interprétation de cet élément que j’ai donnée précédemment, et ce, pour plusieurs raisons.

[36] Le concept de « vie privée » n’est pas facile à définir et je n’en proposerai pas une définition exhaustive ici. Cependant, selon son sens général et l’usage qui en est habituellement fait, le terme « vie privée » s’entend de la liberté de ne pas être soumis à un examen, une intrusion ou une attention non désirés. Le paragraphe 162(1) cible expressément deux types d’attention : l’observation et l’enregistrement visuel. La disposition liminaire du par. 162(1) tend donc à indiquer que l’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » visée par la disposition est de ne pas faire l’objet d’une observation ou d’un enregistrement visuel.

[37] Une des questions que soulève ce pourvoi est de savoir si une personne peut avoir une telle attente lorsqu’elle sait qu’elle peut être observée par autrui ou lorsqu’elle se trouve dans un endroit d’où elle ne peut exclure qui que ce soit, soit un endroit que l’on pourrait appeler un lieu « public ». Me fondant sur le sens ordinaire donné au concept de protection en matière de vie privée, je suis d’avis qu’il faut répondre à cette question par l’affirmative. Je reconnais volontiers que les attentes de protection en matière de vie privée au chapitre de l’observation ou de l’enregistrement sont en général à leur paroxysme lorsqu’une personne se trouve dans un lieu traditionnellement « privé », duquel elle a choisi d’exclure toute autre personne. À titre d’exemple, une personne qui se trouve seule à son domicile, ou dans une salle de bains dont elle a fermé la porte, s’attendrait normalement à une protection quasi absolue de sa vie privée, et certainement pas à être observée ou filmée à son insu. Néanmoins, une personne ne renonce pas à toutes ses attentes de protection en matière de vie privée, selon le sens donné habituellement à ce concept, du simple fait qu’elle se trouve dans un endroit où elle sait que d’autres personnes peuvent l’observer ou duquel elle ne peut exclure qui que ce soit.

[38] Selon moi, l’interprétation habituelle ou ordinaire du concept de vie privée reconnaît qu’une

may be in circumstances where she can expect to be the subject of certain types of observation or recording but not to be the subject of other types. An obvious example is that of a person who chooses to disrobe and engage in sexual activity with another person and who necessarily expects to be observed by that other person while she is nude and engaging in that activity. Her privacy would nonetheless be violated if that other person, without her knowledge, video recorded the two of them engaging in the activity. And a couple who choose to film themselves engaged in sexual activity do not thereby waive their expectation that third parties will not secretly observe or record them engaging in that activity.

[39] Similarly, a woman changing in a communal women's change room at a public pool would expect to be observed incidentally in various states of undress by other users of the change room. However, there can be no debate that she would retain some expectation of privacy with respect to observation or recording. For one thing, she would expect to be observed *only* by the other women in the change room and not by the general public. She would also expect not to be photographed or video recorded while undressing, either by other change room users or by anyone else. If it turned out that a mirror in the change room was actually a one-way glass that allowed pool staff to view change room occupants or that someone had concealed a camera in a vent and was video recording persons while they were changing, surely this would be viewed as an invasion of "privacy", on any ordinary understanding of that word.

[40] One can think of other examples where a person would continue to expect some degree of privacy, as that concept is ordinarily understood, while knowing that she could be viewed or even recorded by others in a public place. For example, a person lying on a blanket in a public park would expect to be observed by other users of the park or to be captured incidentally in the background of other park-goers'

personne peut se trouver dans des circonstances où elle peut s'attendre à faire l'objet de certains types d'observations ou d'enregistrements, sans toutefois être visée par d'autres types d'observations ou d'enregistrements. Un exemple évident est celui d'une personne qui choisit de se dévêtir et de participer à des activités sexuelles avec une autre personne et qui s'attend nécessairement à ce que cette personne l'observe alors qu'elle est nue et se livre à ces activités. Il y aurait néanmoins atteinte à sa vie privée si l'autre personne produisait à son insu un enregistrement vidéo de l'activité à laquelle elles se livrent. De même, les membres d'un couple qui choisissent de filmer leurs activités sexuelles ne renoncent pas à leur attente à ne pas être observés ou filmés subrepticement par des tiers pendant ces activités.

[39] Dans le même ordre d'idée, une femme qui se change dans le vestiaire des femmes d'une piscine publique s'attend à être observée de façon incidente dans divers états de nudité par les autres utilisatrices du vestiaire. Il est toutefois indéniable qu'elle conserverait une certaine attente au respect de sa vie privée sur le plan de l'observation ou de l'enregistrement. Premièrement, elle s'attendrait à être observée *uniquement* par les autres femmes présentes dans le vestiaire et non par le grand public. Deuxièmement, elle s'attendrait à ne pas être photographiée ou à faire l'objet d'un enregistrement vidéo pendant qu'elle se dévêtait, que ce soit par les autres utilisatrices du vestiaire ou par qui que ce soit d'autre. Si un des miroirs du vestiaire était en fait une glace sans tain qui permettait au personnel de la piscine de voir les occupantes du vestiaire, ou que quelqu'un avait dissimulé une caméra dans une trappe d'aération et a produit un enregistrement vidéo des personnes qui se changeaient, cela serait sûrement perçu comme une intrusion dans la « vie privée », et ce, peu importe le sens ordinaire donné à ce terme.

[40] On peut songer à d'autres exemples où une personne continuerait de s'attendre à bénéficier d'un certain degré de protection en matière de vie privée, au sens généralement donné à ce concept, tout en sachant qu'elle peut être vue, ou même faire l'objet d'un enregistrement par d'autres dans un lieu public. À titre d'exemple, une femme étendue sur une couverture dans un parc public pourrait s'attendre à être

photographs, but would retain an expectation that no one would use a telephoto lens to take photos up her skirt (a hypothetical scenario discussed in *Rudiger*, at para. 91). The use of a cell phone to capture upskirt images of women on public transit, the use of a drone to take high-resolution photographs of unsuspecting sunbathers at a public swimming pool, and the surreptitious video recording of a woman breastfeeding in a quiet corner of a coffee shop would all raise similar privacy concerns.

[41] These examples illustrate that “privacy,” as ordinarily understood, is not an all-or-nothing concept. Furthermore, being in a public or semi-public space does not automatically negate all expectations of privacy with respect to observation or recording. Rather, these examples indicate that whether observation or recording would generally be regarded as an invasion of privacy depends on a variety of factors, which may include a person’s location; the form of the alleged invasion of privacy, that is, whether it involves observation or recording; the nature of the observation or recording; the activity in which a person is engaged when observed or recorded; and the part of a person’s body that is the focus of the recording.

[42] The fact that a variety of factors may influence whether a person would expect not to be observed or recorded is also consistent with Parliament’s choice to express the element of the offence in s. 162(1) with which we are concerned by reference to the “circumstances” that give rise to a reasonable expectation of privacy. The word “circumstances”, in the sense in which it is used in s. 162(1), connotes a range of factors or considerations — which are not limited to a person’s location or physical surroundings.

observée par les autres personnes présentes dans le parc, ou à apparaître de façon incidente à l’arrière-plan de photos prises par les autres personnes qui fréquentent le parc, mais elle s’attendrait toujours à ce que personne n’utilise de téléobjectif pour prendre des photos sous sa jupe (scénario hypothétique examiné dans *Rudiger*, par. 91). L’utilisation d’un téléphone cellulaire pour prendre des photos sous une jupe dans le transport en commun, l’utilisation d’un drone pour prendre des photos à haute définition de personnes qui se font bronzer autour d’une piscine publique alors qu’elles ne se doutent de rien, et une vidéo montrant subrepticement une femme qui allaite dans un coin tranquille d’un café susciteraient toutes des inquiétudes similaires en matière de protection de la vie privée.

[41] Il appert de ces exemples que le concept de « vie privée », selon le sens qui y est habituellement donné, n’est pas absolu. Qui plus est, le fait de se trouver dans un lieu public ou semi-public n’entraîne pas automatiquement une renonciation à toute attente de protection en la matière au chapitre de l’observation ou de l’enregistrement. En fait, ces exemples montrent plutôt que la question de savoir si une observation ou un enregistrement serait généralement considéré comme une intrusion dans la vie privée dépend d’un ensemble de facteurs, qui peuvent comprendre le lieu où se trouve la personne, la forme que prend l’intrusion reprochée dans la vie privée, c’est-à-dire s’il s’agit d’une observation ou d’un enregistrement, la nature de l’observation ou de l’enregistrement, l’activité à laquelle participe la personne observée ou filmée et la partie du corps de la personne qui est mise à l’avant-plan dans l’enregistrement.

[42] Le fait que divers facteurs peuvent influencer sur la question de savoir si une personne s’attendrait ou non à être observée ou filmée concorde aussi avec le choix du législateur d’exprimer l’élément constitutif de l’infraction prévue au par. 162(1) qui nous intéresse par renvoi aux « circonstances » pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Le mot « circonstances », au sens où il est utilisé au par. 162(1), dénote un éventail de facteurs ou de considérations qui débordent le lieu ou l’environnement physique dans lequel se trouve la personne en question.

[43] I recognize that expressing this element by reference to the circumstances in which a person is observed or recorded is also a way to make it clear that this element relates to privacy expectations that would reasonably arise from the context in which observation or recording takes place, not to the subjective, and potentially idiosyncratic, privacy expectations of the particular person who is observed or recorded. Nonetheless, had Parliament intended to limit the types of circumstances that can be considered in determining whether such an expectation may reasonably arise, it could have done so expressly in s. 162(1), for example by defining “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” as including only certain types of circumstances or by providing a list of circumstances or factors to be taken into account in determining whether such an expectation could reasonably arise. Indeed, if Parliament’s intention in using the phrase “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” was to limit the scope of the conduct prohibited by s. 162(1) to observing or recording a person who does not believe she can be observed, Parliament could have made this explicit, for example by prohibiting surreptitious recording or observation of “a person who does not believe he or she can be observed” where the elements in paras. (a), (b) or (c) of s. 162(1) are present. But Parliament did not do this; instead, it used the word “circumstances”, without limitation.

(b) *Statutory Context*

[44] The immediate statutory context of the words “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” lends further support to the view that this element is not governed solely or primarily by a person’s physical location and does not limit the commission of the offence to traditionally “private” spaces, such as bedrooms and bathrooms. Section 162(1) prohibits the surreptitious observation or recording of a person who is in “circumstances that give rise to a reasonable expectation of

[43] Je reconnais que le fait d’exprimer cet élément constitutif en renvoyant aux circonstances dans lesquelles se trouve la personne observée ou filmée constitue aussi un moyen de préciser que cet élément se rapporte aux attentes de protection en matière de vie privée qui découleraient raisonnablement du contexte dans lequel l’enregistrement ou l’observation se produit, et non aux attentes subjectives, et possiblement idiosyncrasiques, de la personne observée ou filmée. Cela dit, si le législateur avait eu l’intention de limiter les types de circonstances que le tribunal peut prendre en compte pour décider si l’attente pouvait raisonnablement exister, il aurait pu le faire en termes exprès au par. 162(1). Il aurait pu, par exemple, préciser que les « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » s’entendent uniquement de certains types de circonstances, ou en donnant une liste de circonstances ou de facteurs qui doivent être pris en compte pour déterminer si l’attente en question peut raisonnablement exister. En effet, si le législateur a utilisé l’expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » en vue de limiter la portée des comportements interdits par le par. 162(1) à l’observation ou à l’enregistrement d’une personne qui ne croit pas pouvoir être observée, le législateur aurait pu le dire explicitement, par exemple en interdisant l’enregistrement ou l’observation subreptice d’une « personne qui ne croit pas pouvoir être observée » lorsque les éléments prévus aux al. a), b) ou c) du par. 162(1) sont présents. Or, le législateur ne l’a pas fait; il a plutôt utilisé le terme « circonstances » sans restriction.

b) *Le contexte législatif*

[44] Le contexte législatif immédiat des mots « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » renforce l’opinion selon laquelle cet élément n’est pas régi uniquement ou principalement par l’endroit où la personne se trouve et ne limite pas la perpétration de l’infraction aux espaces traditionnellement « privés », comme les chambres à coucher et les salles de bain. Le paragraphe 162(1) interdit l’observation ou l’enregistrement subreptice d’une personne qui se trouve

privacy” in three situations, set out in paras. (a), (b) and (c) as follows:

(a) the person [who is observed or recorded] is in a place in which a person can reasonably be expected to be nude, to expose his or her genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity;

(b) the person [who is observed or recorded] is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts, or is engaged in explicit sexual activity, and the observation or recording is done for the purpose of observing or recording a person in such a state or engaged in such an activity; or

(c) the observation or recording is done for a sexual purpose.

[45] Notably, para. (a) expressly circumscribes the scope of the prohibited observation or recording by reference to location — that is, it prohibits observation or recording in *places* where nudity or sexual activity may reasonably be expected. It would therefore be incongruous with para. (a) to read the requirement that the person who is observed or recorded be in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy as *also* being governed by location, because this would mean that two separate elements of the offence in s. 162(1)(a) would both be concerned primarily with the location of the observation or recording.

[46] Furthermore, if the reference to “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” in s. 162(1) is understood as limiting the scope of the prohibited conduct to surreptitious observation or recording in traditionally “private” places, it is difficult to conceive of situations that would fall outside the scope of s. 162(1)(a) but within the scope of s. 162(1)(b) or (c). In other words, if a reasonable expectation of privacy can arise only in traditionally “private” or “quasi-private” places from which others can be excluded — such as a home, bathroom or change room — then a person who can reasonably expect privacy will almost always be in

dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » dans trois situations, lesquelles sont exposées en ces termes aux al. a), b), et c) :

a) la personne [qui est observée ou filmée] est dans un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite;

b) la personne [qui est observée ou filmée] est nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite, et l’observation ou l’enregistrement est fait dans le dessein d’ainsi observer ou enregistrer une personne;

c) l’observation ou l’enregistrement est fait dans un but sexuel.

[45] Il convient de souligner que l’al. a) circonscrit expressément la portée de l’observation ou de l’enregistrement interdit en renvoyant à un lieu. Ainsi, il interdit l’observation ou l’enregistrement dans les *lieux* où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue ou se livre à une activité sexuelle. Il serait donc incompatible avec l’al. a) d’interpréter l’exigence que la personne observée ou filmée se trouve dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée comme comportant *aussi* une exigence de lieu, parce que cela signifierait que deux éléments distincts de l’infraction prévue à l’al. 162(1)a) porteraient principalement sur le lieu de l’observation ou de l’enregistrement.

[46] En outre, si la mention des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » au par. 162(1) est interprétée comme limitant l’étendue des comportements interdits à l’observation ou à l’enregistrement subreptice dans des endroits traditionnellement « privés », il est difficile d’imaginer des situations qui ne relèvent pas de l’al. 162(1)a) mais des al. 162(1)b) ou c). En d’autres termes, si une attente raisonnable de protection en matière de vie privée peut uniquement exister dans des lieux traditionnellement « privés » ou « quasi-privés » desquels une personne peut exclure d’autres personnes — comme

a place where she can also reasonably be expected to be nude or partially nude — the type of place contemplated in para. (a) of s. 162(1). But the inclusion of paras. (b) and (c) in s. 162(1) indicates that Parliament understood that a person *could* have a reasonable expectation of privacy somewhere other than in a place where nudity or explicit sexual activity can reasonably be expected or is in fact taking place — otherwise, paras. (b) and (c) would have no application. A narrow reading of “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy”, then, would run contrary to the principle that a legislative provision should not be interpreted so as to render it, or parts of it, “mere surplusage”: *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28; see generally Sullivan, at p. 211.

[47] An argument that can be made against this line of reasoning is that there are locations from which a person can exclude others but where nudity or sexual activity would not reasonably be expected — for example, a private office in a workplace — and that it is observation and recording in places such as this with which paras. (b) and (c) of s. 162(1) are concerned. However, given the limited range of locations of this type and given that there is no reason to think that sexually exploitative observation or recording in such places poses a particular concern, it is difficult to accept that these paragraphs were enacted to protect against observation or recording of nudity or sexual activity, or observation or recording for a sexual purpose, specifically in such places. Rather, it is clear that s. 162(1) contemplates that, in some circumstances, a person may retain an expectation that she will not be observed or recorded even when she is not in an exclusively or traditionally “private” space.

un domicile, une salle de bains ou un vestiaire —, une personne qui peut raisonnablement s’attendre à la protection de sa vie privée sera presque toujours dans un lieu où elle peut raisonnablement s’attendre à être nue ou partiellement nue, soit le type d’endroit envisagé à l’al. 162(1)a). Toutefois, l’insertion des al. b) et c) au par. 162(1) indique que, dans l’esprit du législateur, une personne *peut* avoir une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans des lieux autres que ceux où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’elle puisse être nue ou se livrer à une activité sexuelle explicite, ainsi que dans les lieux où une personne est nue ou se livre à des activités sexuelles explicites. Sinon, les al. b) et c) n’auraient aucune application. Une interprétation étroite des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » irait alors à l’encontre du principe selon lequel une disposition législative, ou une partie de cette disposition, ne devrait jamais être interprétée de façon telle qu’elle devienne « superfétatoire » : *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28; voir, de façon générale, Sullivan, p. 211.

[47] On pourrait soutenir à l’encontre de ce raisonnement qu’il existe des lieux desquels une personne peut exclure d’autres personnes, mais où on ne s’attendrait pas raisonnablement à ce qu’il y ait de la nudité ou des activités sexuelles, comme un bureau privé dans un milieu de travail, et que c’est l’observation et l’enregistrement dans des endroits de ce genre qui sont visés par les al. 162(1)b) et c). Cependant, compte tenu de l’éventail limité des lieux de ce genre et du fait qu’il n’y a pas de raison de penser que l’existence d’observations ou d’enregistrements assimilables à de l’exploitation sexuelle dans des lieux de cette nature soit une source particulière de préoccupation, il est difficile d’admettre que ces alinéas ont été adoptés pour conférer une protection contre l’observation ou l’enregistrement de personnes nues ou d’activités sexuelles, ou l’observation ou l’enregistrement dans un but sexuel, surtout dans de tels lieux. En fait, il est évident que le par. 162(1) envisage la possibilité que, dans certaines circonstances, une personne peut toujours s’attendre à ne pas être observée ou filmée, même lorsqu’elle ne se trouve pas dans un espace exclusivement ou traditionnellement « privé ».

(c) *Purpose and Object of Section 162(1)*

[48] This understanding of when a reasonable expectation of privacy arises in this context also best accords with Parliament's object in enacting the offence in s. 162(1): to protect individuals' privacy and sexual integrity, particularly from new threats posed by the abuse of evolving technologies. As I will explain below, reading the expression "circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy" narrowly, as urged by Mr. Jarvis, would undermine Parliament's intention that s. 162(1) prohibit surreptitious observation or visual recording that amounts to sexual exploitation or that represents the most egregious breaches of privacy.

[49] Section 162(1) was introduced into the *Criminal Code* as part of Bill C-2, *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, 1st Sess., 38th Parl., 2004-2005 (assented to July 20, 2005). The legislative process leading to this enactment, as well as the language of Bill C-2 itself, confirm that the purpose of s. 162 is to protect individuals' privacy and sexual integrity. A 2002 consultation paper prepared by the federal government for the purpose of a public consultation on the introduction of a new voyeurism offence sheds light on the impetus for the legislative reform that eventually resulted in the enactment of s. 162 in 2005. The paper confirms that the reform was motivated by concerns about the potential for rapidly evolving technology to be abused for the secret viewing or recording of individuals for sexual purposes and in ways that involve a serious breach of privacy: Department of Justice, *Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper* (2002), at p. 1. At that time, there was no criminal offence that specifically addressed voyeurism or the distribution of voyeuristic materials. Although some instances of such behaviour could be caught incidentally by existing offences, the law could not deal with other instances of objectionable surreptitious recording. As an example of such behaviour, the paper referred to an incident where a person videotaped his consensual

c) *L'objet du par. 162(1)*

[48] Cette conception des circonstances dans lesquelles l'attente raisonnable de protection en matière de vie privée existe dans ce contexte est aussi celle qui s'accorde le mieux avec l'objectif qu'avait le législateur en créant l'infraction prévue au par. 162(1) : protéger la vie privée et l'intégrité sexuelle des personnes, surtout à l'encontre des nouvelles menaces découlant de l'utilisation abusive des technologies en évolution. Comme je l'expliquerai ci-dessous, interpréter de façon étroite l'expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » comme le demande avec insistance M. Jarvis contrecarrerait l'intention du législateur, qui voulait que le par. 162(1) interdise l'observation ou l'enregistrement visuel subreptice qui est assimilable à de l'exploitation sexuelle ou qui représente l'atteinte la plus extrême à la vie privée.

[49] Le paragraphe 162(1) a été intégré au *Code criminel* dans le cadre du projet de loi C-2, *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, 1^{re} sess., 38^e lég., 2004-2005 (sanctionnée le 20 juillet 2005). Le processus législatif conduisant à l'adoption de cette disposition ainsi que le texte du projet de loi C-2 lui-même confirment que l'objet de l'art. 162 est de protéger la vie privée et de l'intégrité sexuelle des personnes. Un document de consultation préparé en 2002 par le gouvernement fédéral en vue d'une consultation publique au sujet de l'introduction d'une nouvelle infraction de voyeurisme jette un éclairage sur ce qui est à l'origine de la réforme législative ayant finalement conduit à l'adoption de l'art. 162 en 2005. Le document confirme que la réforme était motivée par la crainte que les technologies en effervescence soient utilisées de façon abusive pour visionner ou filmer secrètement des personnes dans un but sexuel et de manière à porter grandement atteinte à la vie privée : Ministère de la Justice, *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Document de consultation* (2002), p. 1. Il n'existait alors aucune infraction criminelle visant expressément le voyeurisme ou la distribution de matériel issu du voyeurisme. Dans certains cas, de tels comportements pouvaient relever de façon incidente d'infractions existantes,

sex acts with a woman without her knowledge and the tapes were later shown at parties: pp. 5-6.

[50] The consultation paper explained that the harm that potential new voyeurism offences would address could be conceptualized in one of two ways: as “the breach of a right to privacy that citizens enjoy in a free and democratic society” or as the sexual exploitation of individuals: pp. 6-8. Sexual exploitation, it was suggested, would occur *either* when the observation or recording was done for a sexual purpose or when the observation or recording was of sexual subject matter, such as a person’s sexual organs or breasts. Two general versions of a voyeurism offence were therefore proposed: one concerned with observation or recording for a sexual purpose and the other with observation or recording for the purpose of capturing a person who was in a state of undress exposing sexualized parts of the body or who was engaged in sexual activity: pp. 8-10.

[51] According to a summary of the responses the government received to the consultation paper, the majority of respondents were in favour of conceptualizing voyeurism as *both* a sexual and a privacy-based offence: Department of Justice, *Voyeurism As A Criminal Offence: Summary of the Submissions*, October 28, 2002 (online). Indeed, the circumstances surrounding its enactment confirm that the voyeurism offence eventually incorporated into the *Criminal Code* was meant to deal with both of these related harms. The offence was enacted as part of Bill C-2, an overarching purpose of which was to “protect children and other vulnerable persons from sexual exploitation, violence, abuse and neglect”: Library of Parliament, Parliamentary Information and Research Service, *Bill C-2: An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, revised June 16, 2005, at p. 1, quoting Department of Justice, *Media*

mais le droit ne traitait pas des autres possibilités d’enregistrement subreptice répréhensible. À titre d’exemple d’un tel comportement, le document cite le cas où un individu enregistre sur vidéo ses actes sexuels consentis avec une femme à l’insu de cette dernière et l’enregistrement vidéo est par la suite projeté lors de fêtes : p. 6.

[50] Il est expliqué dans le document de consultation que le préjudice visé par d’éventuelles nouvelles infractions de voyeurisme pourrait, d’un point de vue conceptuel, être envisagé de deux façons : l’« atteinte à la vie privée, donc à un droit garanti aux citoyens dans le cadre d’une société libre et démocratique » ou l’exploitation sexuelle de personnes : p. 6-9. On laissait entendre qu’il y aurait exploitation sexuelle *soit* lorsque l’observation ou l’enregistrement serait fait dans un but sexuel, *soit* lorsque la cible de l’observation ou de l’enregistrement serait de nature sexuelle, comme les organes génitaux ou les seins d’une personne. En conséquence, deux versions générales de l’infraction de voyeurisme étaient proposées : une visant l’observation ou l’enregistrement d’une personne dans un but sexuel, et l’autre se rapportant à l’observation ou à l’enregistrement d’une personne dans le but de la filmer dévêtue lorsqu’elle expose des parties sexualisées de son corps ou se livre à une activité sexuelle : p. 8-10.

[51] Selon un résumé des réponses au document de consultation que le gouvernement a reçues, la majorité des répondants était favorable à la proposition de concevoir le voyeurisme comme étant *à la fois* une infraction d’ordre sexuel et une infraction liée au droit à la vie privée : ministère de la Justice, *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Résumé des commentaires*, 28 octobre 2002 (en ligne). Les circonstances entourant l’adoption de la disposition confirment d’ailleurs que l’infraction de voyeurisme subséquentement incorporée au *Code criminel* avait pour objet de cibler ces deux types de préjudices connexes. L’infraction a été adoptée dans le cadre du projet de loi C-2, dont l’un des objectifs primordiaux était de « protéger les enfants et d’autres personnes vulnérables contre l’exploitation sexuelle, la violence, la maltraitance et la négligence » : Bibliothèque du Parlement, Service d’information et de recherche parlementaires, *Projet de loi C-2 : Loi*

Advisory, Ottawa, October 8, 2004. And, in relevant part, the preamble to the Bill indicates that it was meant to address concerns raised by the fact that “continuing advancements in the development of new technologies, while having social and economic benefits, facilitate sexual exploitation and breaches of privacy”: *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32.

[52] The fact that an important aspect of the purpose of s. 162(1) is to protect individuals, especially vulnerable individuals, from sexual exploitation militates against the narrow reading of the phrase “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” urged by Mr. Jarvis, and the one adopted by the majority of the Court of Appeal. As I have explained above, concluding that a reasonable expectation of privacy can arise only when a person is in a traditionally private or quasi-private place from which she can exclude others would leave a vanishingly small role for para. (b) and entirely negate para. (c) of s. 162(1) — the paragraphs that are most explicitly concerned with behaviours that impact on sexual integrity. And if Mr. Jarvis’ reading of “reasonable expectation of privacy” — which makes no distinction between observation and recording — were accepted, s. 162 would fail to capture conduct such as the non-consensual recording of a sexual partner engaged in sexual activity and the subsequent distribution of the recording: see s. 162(1) and (4). Any person who allows her partner to *observe* her during sexual activity would, on Mr. Jarvis’ proposed interpretation, no longer hold a reasonable expectation of privacy against her partner’s surreptitious *recording* of the activity — conduct that not only has an obvious and profound impact on sexual integrity, but that is also the type of conduct that initially spurred the legislative reform leading to the enactment of s. 162: see *Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper*, at p. 6. Furthermore, understanding expectations of privacy as arising only in places from which one can exclude others would

modifiant le Code criminel (protection des enfants et d’autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada, révisé le 16 juin 2005, p. 1, citant un communiqué du ministère de la Justice, Ottawa, 8 octobre 2004. En outre, la section pertinente du préambule du projet de loi indique que celui-ci vise à répondre aux préoccupations soulevées par le fait que « le développement constant de nouvelles techniques, tout en apportant des avantages sociaux et économiques, facilite l’exploitation sexuelle et la violation de la vie privée » : *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d’autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32.

[52] Le fait qu’un important aspect de l’objectif du par. 162(1) est de protéger les personnes, et surtout les personnes vulnérables, de l’exploitation sexuelle milite à l’encontre de l’interprétation étroite de l’expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » privilégiée par M. Jarvis et de celle adoptée par les juges majoritaires de la Cour d’appel. Comme je l’ai expliqué précédemment, si on concluait qu’une attente raisonnable de protection en matière de vie privée peut uniquement exister lorsqu’une personne se trouve dans un lieu traditionnellement privé ou quasi-privé d’où elle peut exclure d’autres personnes, on ne laisserait qu’un rôle minime à l’al. b) et on évacuerait complètement l’al. c) du par. 162(1). Or, ce sont les alinéas du par. 162(1) qui traitent le plus explicitement des comportements ayant des répercussions sur l’intégrité sexuelle. Si on acceptait l’interprétation donnée par M. Jarvis à l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée », laquelle ne distingue pas l’observation de l’enregistrement, l’art. 162 ne s’appliquerait pas à des comportements comme l’enregistrement d’activités sexuelles sans le consentement du partenaire et la diffusion subséquente de l’enregistrement : voir les par. 162(1) et (4). Selon l’interprétation que propose M. Jarvis, toute personne qui permet à son partenaire de l’*observer* pendant leurs activités sexuelles ne s’attendrait plus raisonnablement au respect de sa vie privée à l’encontre des *enregistrements* de leur activité sexuelle effectués subrepticement par son partenaire, un comportement qui a non seulement des répercussions évidentes et profondes sur l’intégrité sexuelle,

undermine the protection that s. 162(1) affords to vulnerable members of society, including children, who are least likely to have absolute control over their surroundings in this sense but who are the persons Bill C-2 was principally concerned with protecting.

[53] I pause here to note that other aspects of the legislative history of s. 162(1) further support the interpretation of the expression “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” that I have set out above. For example, the 2002 consultation paper contemplated versions of a voyeurism offence that circumscribed the scope of the offence by reference to the place where observation or recording occurred. First, the paper referred to a 2000 Uniform Law Conference motion to create an offence that would prohibit surreptitious observation or recording for a sexual purpose “of another person in a dwelling house or business premises where there is an expectation of privacy”: p. 3 (emphasis added). Second, the paper proposed a general formulation of a voyeurism offence that would require the person being observed or recorded to be “in a place and in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy”: p. 9 (emphasis added). The fact that, by contrast, the opening words of s. 162(1), as enacted, do *not* make specific reference to the location of observation or recording indicates that Parliament did not intend these words to limit the commission of the offence to certain locations. The consultation paper, at p. 13, also discussed a public good defence (a version of which was eventually enacted in s. 162(6) of the *Criminal Code*) that could be relied on where video surveillance of public or private facilities fell afoul of the prohibition on voyeurism. This indicates that, even at that stage, it was contemplated that voyeurism could be committed in public or semi-public places — i.e., public or private facilities that were under video surveillance. And the acknowledgement in the consultation paper, at p. 11,

mais constitue aussi le type de conduite ayant inspiré au départ la réforme législative qui a conduit à l’adoption de l’art. 162 : voir *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Document de consultation*, p. 6. En outre, considérer qu’il n’y a attente de protection en matière de vie privée que dans les lieux d’où une personne peut en exclure d’autres amenuiserait la protection que confère le par. 162(1) aux membres vulnérables de la société, dont les enfants, qui sont les moins susceptibles d’avoir le contrôle absolu sur leur environnement, mais aussi la catégorie de personnes que le projet de loi C-2 avait principalement pour objet de protéger.

[53] J’ouvre ici une parenthèse pour faire remarquer que d’autres aspects de l’historique législatif du par. 162(1) renforcent le bien-fondé de l’interprétation susmentionnée de l’expression « dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée ». À titre d’exemple, le document de consultation de 2002 envisage des versions de l’infraction de voyeurisme qui circonscrivent la portée de l’infraction en renvoyant à l’endroit où l’observation ou l’enregistrement est survenu. Premièrement, le document cite une motion présentée en 2000 lors de la Conférence pour l’harmonisation des lois. Cette motion visait à créer une infraction interdisant l’observation ou l’enregistrement subreptice dans un but sexuel d’« une autre personne, dans une maison d’habitation ou un local commercial où l’on peut s’attendre à une certaine intimité » : p. 3 (je souligne). Deuxièmement, le document de consultation propose une formulation générale de l’infraction de voyeurisme qui nécessiterait que la personne observée ou filmée se trouve « dans un endroit et dans des circonstances lui permettant de bénéficier d’une expectative raisonnable de vie privée » : p. 10 (je souligne). Le fait qu’à l’opposé, la disposition liminaire du par. 162(1) qui a été adopté ne contient *aucune* mention expresse de l’endroit où l’observation ou l’enregistrement a lieu démontre que le législateur ne voulait pas que cette disposition limite la perpétration de l’infraction à certains endroits. Le document de consultation traite aussi, aux p. 14-15, de la question du moyen de défense de l’intérêt public (qui a ultérieurement fait l’objet du par. 162(6) du *Code criminel*) qui peut être invoqué lorsque les systèmes de surveillance vidéo

of the greater threat to privacy and sexual integrity posed by recording, as opposed to mere observation, supports the view that whether the behaviour in question is observation or recording is relevant to whether it breaches reasonable expectations of privacy.

(d) *Broader Legal Context*

[54] The interpretation of a statutory provision may be informed by the broader legal context. Because Parliament chose to describe the element of the offence with which we are concerned using the expression “reasonable expectation of privacy”, one aspect of the broader legal context is of particular importance in the case at bar: the jurisprudence interpreting the right to be secure against unreasonable search and seizure guaranteed in s. 8 of the *Charter*, along with closely related jurisprudence.

[55] The concept of “reasonable expectation of privacy” has played a central role in the jurisprudence on s. 8 of the *Charter* since this Court’s earliest decisions interpreting that provision: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Since that time, the concept has also been employed by courts, including this Court, in delineating the scope of privacy rights outside the context of s. 8 of the *Charter* and has been used in other provisions of the *Criminal Code*: see *Dagg*, at paras. 71-75, per La Forest J., dissenting but not on this point; *Srivastava v. Hindu Mission of Canada (Quebec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111 (C.A.), at paras. 68-69; *Criminal Code*, ss. 278.1 and 278.5.

[56] A legislature is presumed to have a mastery of existing law: *Sullivan*, at p. 205. When a legislature uses a common law term or concept in legislation,

d’immeubles publics ou privés enfreignent l’interdiction du voyeurisme. Cela indique que, même à ce stade-là, il était envisagé que l’infraction de voyeurisme puisse être commise dans des lieux publics ou semi-publics, à savoir des installations publiques ou privées faisant l’objet de surveillance vidéo. De plus, la reconnaissance, à la p. 12, que l’enregistrement présente une menace plus grande à la vie privée et à l’intégrité sexuelle que la simple observation appuie l’opinion selon laquelle il est utile de savoir si la conduite reprochée consiste en une observation ou un enregistrement pour juger si la conduite contrevient aux attentes raisonnables de protection en matière de vie privée.

d) *Le contexte juridique général*

[54] Le contexte juridique général peut nous aider à interpréter une disposition législative. Comme le législateur a choisi de décrire l’élément constitutif de l’infraction qui nous occupe en utilisant l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée », l’un des aspects du contexte juridique général revêt une importance particulière en l’espèce : la jurisprudence relative au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l’art. 8 de la *Charte* et la jurisprudence connexe.

[55] La notion d’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » occupe une place centrale dans la jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte* depuis les tout premiers arrêts où notre Cour a interprété cette disposition : voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Depuis ce temps, les tribunaux, y compris notre Cour, ont eu recours à cette notion pour délimiter l’étendue du droit à la vie privée à l’extérieur du contexte de l’art. 8 de la *Charte*, et elle a été employée dans d’autres dispositions du *Code criminel* : voir *Dagg*, par. 71-75, le juge La Forest, dissident, mais non sur ce point; *Srivastava c. Hindu Mission of Canada (Québec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111 (C.A.), par. 68-69; *Code criminel*, art. 278.1 et 278.5.

[56] Le législateur est présumé connaître parfaitement le droit existant : *Sullivan*, p. 205. Quand le législateur utilise dans une loi un terme ou concept

that term or concept is presumed to retain its common law meaning: Sullivan, at p. 543. Therefore, Parliament must be understood as having chosen the words “reasonable expectation of privacy” in s. 162(1) purposefully and with the intention that the existing jurisprudence on this concept would inform the content and meaning of these words in this section.

[57] Of course, the relevant differences between the context of s. 8 of the *Charter* and the context of the offence in s. 162(1) must be kept in mind. While one purpose of s. 162(1) of the *Criminal Code* is to protect individuals’ privacy interests from intrusions by other individuals, the purpose of s. 8 of the *Charter* is to protect individuals’ privacy interests from state intrusion: see *Hunter v. Southam*, at pp. 159-60; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 291. The s. 8 case law has developed in relation to this latter purpose. The “reasonable expectation of privacy” that is decisive in the s. 8 context is therefore an individual’s reasonable expectation of privacy vis-à-vis the state, or more specifically, vis-à-vis the instrumentality of the state that is said to have intruded on the individual’s privacy: see *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 44-49; *Plant*, at pp. 291-93; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at paras. 2-3 and 66-73; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, at paras. 40-41.

[58] However, the s. 8 jurisprudence recognizes that the inquiry into whether an individual has a reasonable expectation of privacy vis-à-vis the state with respect to a certain subject matter may be informed, in part, by considering the individual’s privacy expectations vis-à-vis other individuals: see *Duarte*, at p. 47; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at paras. 19-24 and 33-34; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paras. 32, 38-41 and 46-49. Thus, while the ultimate concern in the s. 8 context is whether there is a reasonable expectation of privacy vis-à-vis the state, the s. 8 case law contemplates that individuals may have reasonable expectations of privacy against other private individuals and that these expectations may be informed by some of the same circumstances that inform expectations of privacy in relation to state agents. This lends

issu de la common law, ce terme ou concept est présumé conserver le même sens qu’il a en common law : Sullivan, p. 543. Il faut donc tenir pour acquis que le législateur a choisi l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » au par. 162(1) à dessein et en comptant sur la jurisprudence existante relative à ce concept pour apporter un éclairage sur le contenu et le sens des mots employés à ce paragraphe.

[57] Bien entendu, il faut garder à l’esprit les différences pertinentes entre le contexte de l’art. 8 de la *Charte* et celui de l’infraction prévue au par. 162(1). Le paragraphe 162(1) du *Code criminel* a pour objectif de protéger le droit à la vie privée des personnes des intrusions d’autres personnes, alors que l’art. 8 de la *Charte* a pour objet de protéger le droit à la vie privée des particuliers contre l’ingérence de l’État : voir *Hunter c. Southam*, p. 159-160; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 291. La jurisprudence relative à l’art. 8 a été élaborée au regard de ce dernier objectif. L’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » qui est décisive dans le contexte de l’art. 8 est donc celle que peut avoir un particulier vis-à-vis l’État ou, plus précisément, vis-à-vis l’organe de l’État qui se serait immiscé dans la vie privée de ce particulier : voir *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 44-49; *Plant*, p. 291-293; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 2-3 et 66-73; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, par. 40-41.

[58] La jurisprudence relative à l’art. 8 reconnaît toutefois que, pour décider si un particulier a une attente raisonnable de protection en matière de vie privée vis-à-vis l’État quant à un certain objet, on peut notamment examiner les attentes en matière de vie privée de cet individu par rapport à d’autres personnes : voir *Duarte*, p. 47; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 19-24 et 33-34; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 32, 38-41 et 46-49. Ainsi, bien que l’enjeu fondamental dans le contexte de l’art. 8 soit l’existence d’une attente raisonnable de protection en matière de vie privée envers l’État, selon la jurisprudence relative à l’art. 8, des personnes peuvent également avoir de telles attentes à l’égard d’autres personnes, lesquelles attentes peuvent être dégagées de certaines des mêmes circonstances qui influent sur les attentes

support to the view that the jurisprudence on s. 8 of the *Charter* may be useful in resolving the question raised in the case at bar.

[59] The s. 8 jurisprudence is instructive in interpreting s. 162(1) of the *Criminal Code* for another reason besides the fact that s. 162(1) uses the phrase “reasonable expectation of privacy”. The express terms of s. 162(1), as well as its legislative history, demonstrate that this provision is concerned with protecting individuals’ privacy interests in specific contexts. Because this Court and other courts in Canada have most frequently had occasion to consider the concept of privacy in the context of s. 8 of the *Charter*, the s. 8 case law represents a rich body of judicial thought on the meaning of privacy in our society. And far from being unmoored from our ordinary perceptions of when privacy can be expected, as Mr. Jarvis suggests, judgments about privacy expectations in the s. 8 context are informed by our fundamental shared ideals about privacy as well as our everyday experiences.

[60] I therefore turn now to a number of principles established in the jurisprudence on s. 8 of the *Charter*, and the broader privacy jurisprudence, that I consider relevant to interpreting the meaning of “reasonable expectation of privacy” in s. 162(1) of the *Criminal Code*. The first of these principles is that determining whether a person can reasonably expect privacy in a particular situation requires a contextual assessment that takes into account the totality of the circumstances: see *Plant*, at p. 293; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at paras. 31 and 45; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, at para. 19; *Buhay*, at para. 18; *Tessling*, at para. 19. As I have explained above, the idea that a variety of circumstances may reasonably inform a person’s expectation of privacy is consistent with a common sense understanding of the concept of privacy. The fact that this is a well-established principle in our jurisprudence lends further support

de protection en matière de vie privée à l’endroit des agents de l’État. Cette approche tend à indiquer que la jurisprudence sur l’art. 8 de la *Charte* peut se révéler utile pour trancher la question soulevée en l’espèce.

[59] Mis à part le fait que l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » est utilisée au par. 162(1) du *Code criminel*, la jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte* nous aide à interpréter ce paragraphe. Le texte explicite et l’historique législatif du par. 162(1) démontrent que cette disposition vise la protection des droits à la vie privée des personnes dans des contextes précis. Comme notre Cour et d’autres tribunaux au Canada ont très souvent eu l’occasion d’analyser la notion de vie privée dans le contexte de l’art. 8 de la *Charte*, la jurisprudence relative à cet article forme un riche corpus de raisonnements judiciaires sur le sens de la vie privée dans notre société. Loin d’être sans lien avec notre perception habituelle des circonstances pour lesquelles on peut s’attendre à une protection de la vie privée, comme le soutient M. Jarvis, les jugements portant sur les attentes de protection en matière de vie privée dans le contexte de l’art. 8 reposent sur nos idéaux fondamentaux communs en la matière ainsi que sur nos expériences de tous les jours.

[60] Je me pencherai donc maintenant sur un certain nombre de principes établis dans la jurisprudence sur l’art. 8 de la *Charte* et la jurisprudence en général en matière de vie privée que je juge utiles pour interpréter la signification de l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » utilisée au par. 162(1) du *Code criminel*. Le premier de ces principes est que pour déterminer si une personne peut raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée dans une situation en particulier, il faut procéder à une évaluation contextuelle qui prend en compte l’ensemble des circonstances : voir *Plant*, p. 293; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 31 et 45; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, par. 19; *Buhay*, par. 18; *Tessling*, par. 19. Comme je l’ai expliqué précédemment, l’idée que diverses circonstances peuvent influencer raisonnablement sur l’attente d’une personne au respect de sa vie privée s’accorde avec une

to the view that Parliament intended it to apply in the s. 162(1) context.

[61] The second principle from the jurisprudence on s. 8 of the *Charter* and the broader privacy jurisprudence that is applicable in the s. 162(1) context is that privacy is not an “all-or-nothing” concept. In other words, simply because a person is in circumstances where she does not expect complete privacy does not mean that she waives all reasonable expectations of privacy: see *Duarte*; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 108; *Buhay*, at para. 22; see also *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at paras. 41-44; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at paras. 28-29 and 37-43; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at paras. 27 and 38 (“*Alberta v. UFCW, Local 401*”). Thus, the fact that a person knows she will be observed by others, including by strangers, does not in itself mean that she forfeits all reasonable expectations of privacy in relation to observation or visual recording.

[62] An example of this broader principle that is recognized in the jurisprudence is that the intrusion into our privacy that occurs when a person hears our words or observes us in passing is fundamentally different than the intrusion that occurs when the same person simultaneously makes a permanent recording of us and our activities: see *Duarte*, at p. 48; *Wong*, at pp. 44 and 48-53; see also *Alberta v. UFCW, Local 401*, at para. 27. A visual recording may be able to capture a level of detail that the human eye cannot. A visual recording can also capture this detail in a permanent form that can be accessed, edited, manipulated and studied by the person who created the recording and that can be shared with others: see *R. v. Sandhu*, 2018 ABQB 112, 404 C.R.R. (2d) 216, at para. 45; see also *Alberta v. UFCW, Local 41*, at para. 27. As this Court has recognized in the context

conception, fondée sur le bon sens, de la notion de vie privée. Le fait qu’il s’agit d’un principe bien établi dans notre jurisprudence vient étayer davantage le point de vue selon lequel le législateur avait l’intention de l’appliquer dans le contexte du par. 162(1).

[61] Le second principe qui se dégage de la jurisprudence sur l’art. 8 de la *Charte* et de la jurisprudence générale en matière de vie privée qui s’applique dans le contexte du par. 162(1) est que la vie privée n’est pas un concept de « tout ou rien ». Autrement dit, ce n’est pas simplement parce qu’une personne se trouve dans des circonstances où elle ne s’attend pas à une protection totale de sa vie privée qu’elle renonce à toute attente raisonnable à cet égard : voir *Duarte*; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 108; *Buhay*, par. 22; voir aussi *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 41-44; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 28-29 et 37-43; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 27 et 38 (« *Alberta c. TUAC, section locale 401* »). Ainsi, le fait qu’une personne sait qu’elle sera observée par d’autres, notamment par des étrangers, ne veut pas dire en soi qu’elle renonce à toute attente raisonnable de protection en matière de vie privée quant à l’observation ou à l’enregistrement visuel.

[62] Un exemple de ce principe général reconnu dans la jurisprudence est que l’intrusion dans notre vie privée qui se produit lorsque quelqu’un entend nos conversations ou nous observe en passant est fondamentalement différente de l’intrusion qui survient quand la même personne fait simultanément un enregistrement permanent de nous et de nos activités : voir *Duarte*, p. 48; *Wong*, p. 44 et 48-53; voir aussi *Alberta c. TUAC, section locale 401*, par. 27. Un enregistrement visuel peut capter un degré de détails supérieur à ce que peut voir un œil humain, mais aussi capter de tels détails sous une forme permanente à laquelle l’auteur de l’enregistrement a accès et qu’il peut modifier, manipuler, étudier et diffuser à d’autres personnes : voir *R. c. Sandhu*, 2018 ABQB 112, 404 C.R.R. (2d) 216, par. 45; voir aussi *Alberta c. TUAC, section locale 401*, par. 27.

of child pornography, where a photo or video represents sexual exploitation of a person, that person may be harmed for years following its creation by the knowledge that it “may still exist, and may at any moment be being watched and enjoyed by someone”: *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 92, per McLachlin C.J.; see also paras. 164, 189-90 and 241, per L’Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. This is not to say that any person who appears in any public place retains a reasonable expectation that she will not be recorded by anyone for any reason: some types of visual recording in public places are to be expected. Rather, it is to emphasize that there is a fundamental difference between mere observation and recording and that this difference is part of the context that must be considered in analyzing reasonable expectations of privacy.

[63] Relatedly, the privacy jurisprudence recognizes the potential threat to privacy occasioned by new and evolving technologies more generally and the need to consider the capabilities of a technology in assessing whether reasonable expectations of privacy were breached by its use: see *Wise*, at pp. 534-35; *Tessling*, at para. 16; see also *Alberta v. UFCW, Local 401*, at paras. 20 and 27. As Voith J. observed in *Rudiger*, even where a permanent recording is not made, technology may allow a person to see or hear more acutely, thereby transforming what is “reasonably expected and intended to be a private setting” into a setting that is not: para. 98, see generally paras. 93-98. While evolving technologies may make it easier, as a matter of fact, for state agents or private individuals to glean, store and disseminate information about us, this does not necessarily mean that our reasonable expectations of privacy will correspondingly shrink.

Comme la Cour l’a reconnu dans le contexte de la pornographie juvénile, lorsqu’une photographie ou une vidéo révèle l’exploitation sexuelle d’une personne, la victime peut subir un préjudice qui durera des années après la création de l’enregistrement parce qu’elle vit en sachant que l’enregistrement « existe peut-être encore et qu’à tout moment quelqu’un peut être en train de regarder ce matériel et d’en tirer du plaisir » : *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 92, la juge en chef McLachlin, voir aussi les par. 164, 189-190 et 241, les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache. Cela ne signifie pas que quiconque apparaît dans un espace public s’attend toujours raisonnablement à ne pas être enregistré par qui que ce soit pour aucune raison : on doit s’attendre à certains types d’enregistrement visuel dans un lieu public. Il convient plutôt de souligner qu’il y a une différence fondamentale entre une simple observation et un enregistrement, et que cette différence fait partie du contexte dont il faut tenir compte pour analyser les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée.

[63] Dans le même ordre d’idée, la jurisprudence relative à la protection de la vie privée reconnaît la menace que peuvent représenter de façon générale les nouvelles technologies en évolution pour la vie privée et le besoin de tenir compte de la capacité de la technologie pour examiner si les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée ont été frustrées par le recours à cette technologie : voir *Wise*, p. 534-535; *Tessling*, par. 16; voir aussi *Alberta c. TUAC, section locale 401*, par. 20 et 27. Comme le juge Voith l’a fait remarquer dans l’arrêt *Rudiger*, même si un enregistrement permanent n’est pas produit, la technologie peut permettre à une personne de voir ou d’entendre certaines choses avec plus de précision, transformant ainsi ce qui est [TRADUCTION] « raisonnablement attendu comme étant un cadre privé et destiné à l’être » en un cadre qui ne l’est pas : par. 98, voir, de façon générale, les par. 93-98. Certes, les technologies en évolution peuvent faciliter dans les faits la tâche des agents de l’État ou des particuliers qui veulent recueillir, conserver et diffuser des renseignements sur nous, mais cela ne signifie pas nécessairement que nos attentes raisonnables de protection en matière de vie privée vont diminuer au même rythme que cette évolution.

[64] The next principle established by the jurisprudence on s. 8 of the *Charter* that is instructive in the case at bar is that the concept of privacy encompasses a number of related types of privacy interests. These include not only territorial privacy interests — “involving varying expectations of privacy in the places we occupy” (*R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 19) — but, significant to the case at bar, personal and informational privacy interests: *Dyment*, at p. 428, per La Forest J.; *Tessling*, at paras. 20-24.

[65] As this Court has recognized, our society places a high value on personal privacy — that is, privacy with respect to our bodies, including visual access to our bodies: see *Tessling*, at para. 21; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at para. 32; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at paras. 83, 89-90, 98-99 and 106. While all aspects of privacy — both from the state and from other individuals — serve to foster the values of dignity, integrity and autonomy in our society, the connection between personal privacy and human dignity is especially palpable: see *Dyment*, at pp. 427-29, per La Forest J.

[66] In considering the concept of informational privacy, this Court has accepted that individuals have a valid claim “to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”: *Tessling*, at para. 23, quoting A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7; see also *Dyment*, at p. 429, per La Forest J.; *Alberta v. UFCW, Local 401*, at para. 21. The safeguarding of information about oneself, which is also closely tied to the dignity and integrity of the individual, is of paramount importance in modern society: *Dyment*, at p. 429. When a court is considering whether there is a reasonable expectation of privacy in information, the nature and quality of the information at issue are relevant: see *Plant*, at p. 293; *Tessling*, at paras. 59-62; *R. v. Gomboc*, at paras. 27-40.

[67] Section 162(1)(a) implicates territorial privacy, as it is concerned with protecting privacy in

[64] Le prochain principe établi par la jurisprudence sur l’art. 8 de la *Charte* qui est instructif dans la présente affaire veut que le concept de vie privée englobe de nombreux droits connexes à cet égard. Ceux-ci comprennent non seulement le droit à la vie privée en ce qui a trait aux lieux — « qui suscite diverses attentes en matière de vie privée dans les lieux dans lesquels nous nous trouvons » (*R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, par. 19) —, mais, ce qui est important en l’espèce, également en ce qui a trait à la personne et à l’information : *Dyment*, p. 428, le juge La Forest; *Tessling*, par. 20-24.

[65] Comme l’a reconnu la Cour, notre société accorde une grande valeur à la vie privée pour ce qui est de la personne, c’est-à-dire à l’égard de notre corps, notamment l’accès visuel à celui-ci : voir *Tessling*, par. 21; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 32; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 83, 89-90, 98-99 et 106. Tous les aspects de la protection de la vie privée — vis-à-vis tant de l’État que d’autres particuliers — servent à véhiculer les valeurs de dignité, d’intégrité et d’autonomie dans notre société, mais le lien entre la vie privée de la personne et la dignité humaine est particulièrement tangible : voir *Dyment*, p. 427-429, le juge La Forest.

[66] En examinant la notion de droit au respect du caractère privé des renseignements personnels, notre Cour a accepté que les particuliers ont le droit de [TRADUCTION] « “déterminer eux-mêmes le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués” » : *Tessling*, par. 23, citant A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7; voir aussi *Dyment*, p. 429, le juge La Forest; *Alberta c. TUAC, section locale 401*, par. 21. La sauvegarde des renseignements personnels, qui est aussi étroitement liée à la dignité et à l’intégrité de la personne, revêt une importance capitale dans la société contemporaine : *Dyment*, p. 429. Lorsque le tribunal se demande s’il existe une attente raisonnable de protection des renseignements personnels, la nature et la qualité des renseignements en cause sont pertinentes : voir *Plant*, p. 293; *Tessling*, par. 59-62; *R. c. Gomboc*, par. 27-40.

[67] L’alinéa 162(1)a) met en jeu le droit à la protection de la vie privée relatif aux lieux, car il

particular places. More fundamentally, however, s. 162(1) as a whole is concerned with protecting personal and informational privacy by prohibiting the observation and visual recording of persons. The jurisprudence on s. 8 of the *Charter* reminds us that we should be attentive to the ways in which these privacy interests may be affected, even where territorial privacy is not necessarily engaged. It also recognizes the particularly pernicious threat to individual dignity and autonomy that may be posed by violations of these types of privacy expectations. Bearing in mind the high value that our society places on personal — and particularly bodily and sexual — privacy and informational privacy may also be useful in determining whether observation or recording breaches reasonable expectations of privacy in a particular case.

[68] This leads me to an important point about the reasonable expectation of privacy inquiry in the contexts of s. 8 the *Charter* and s. 162(1) of the *Criminal Code*. The s. 8 jurisprudence makes it clear that “reasonable expectation of privacy” is a normative rather than a descriptive standard: see *Tessling*, at para. 42. This Court has also found that the question of whether a person claiming the protection of s. 8 had such an expectation cannot be answered by falling back on a “risk analysis” — that is, by reducing the inquiry to whether the person put themselves at risk of the intrusion they experienced: *Duarte*, at pp. 47-48; *Wong*, at p. 45. Both of these propositions apply in the s. 162(1) context. Whether a person *reasonably* expects privacy is necessarily a normative question that is to be answered in light of the norms of conduct in our society. And whether a person can *reasonably* expect not to be the subject of a particular type of observation or recording cannot be determined simply on the basis of whether there was a risk that the person would be observed or recorded. The development of new recording technology, and its increasing availability on the retail market, may mean that individuals come to fear that they are being recorded by hidden cameras in situations where such

s’attache précisément à la protection de la vie privée dans certains lieux. De manière plus fondamentale, toutefois, le par. 162(1) dans son ensemble vise à protéger les renseignements personnels et la vie privée en interdisant l’observation ou l’enregistrement visuel des personnes. La jurisprudence sur l’art. 8 de la *Charte* nous rappelle que nous devrions être attentifs aux manières avec lesquelles les droits qui précèdent en matière de vie privée peuvent être touchés, même lorsque l’intimité territoriale n’entre pas nécessairement en jeu. Elle reconnaît aussi la menace particulièrement pernicieuse que peuvent poser des violations à ce genre d’attentes de protection en matière de vie privée pour la dignité et l’autonomie de chacun. Il peut aussi être utile de garder à l’esprit la grande valeur que notre société accorde au droit à la vie privée en ce qui a trait à la personne — en particulier sur les plans corporel et sexuel — et à l’information lorsqu’on cherche à déterminer si une observation ou un enregistrement viole les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée dans un cas donné.

[68] Cela m’amène à un élément important de l’analyse concernant l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans le contexte de l’art. 8 de la *Charte* et du par. 162(1) du *Code criminel*. Il ressort de la jurisprudence sur l’art. 8 que la norme de l’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » est de nature normative et non descriptive : voir *Tessling*, par. 42. Notre Cour a également conclu qu’on ne peut pas répondre à la question de savoir si une personne se réclamant de la protection de l’art. 8 avait pareille attente en ayant recours à une « analyse fondée sur le risque » — c’est-à-dire en réduisant l’examen à la question de savoir si une personne s’est mise dans une situation où elle risquait de subir l’atteinte dont elle a été victime : *Duarte*, p. 47-48; *Wong*, p. 45. Ces deux propositions valent dans le contexte du par. 162(1). La question de savoir dans quelles circonstances une personne s’attend *raisonnablement* au respect de sa vie privée est nécessairement normative et on y répond à la lumière des normes de conduite de notre société. Pour ce qui est de savoir si une personne peut *raisonnablement* s’attendre à ne pas faire l’objet d’un type particulier d’observation ou d’enregistrement, on ne peut y répondre simplement en cherchant à

recording was previously impossible; however, it does not follow that individuals thereby waive expectations of privacy in relation to such recording or that retaining such an expectation becomes unreasonable: see *Tessling*, at para. 42. Indeed, to accept such an approach would make the “reasonable expectation of privacy” a “meaningless standard” and would undermine Parliament’s very purpose in enacting s. 162(1): see *Wong*, at p. 45.

[69] That being said, determining whether a reasonable expectation of privacy arises in a particular set of circumstances does *not* involve an *ad hoc* balancing of the value of the accused’s interest in observation or recording against the value of the observed or recorded person’s interest in being left alone. Accordingly, I respectfully disagree with the approach taken by the dissenting judge in the Court of Appeal. The question he posed — whether “high school students expect that their personal and sexual integrity will be protected while they are at school” — is not the appropriate question: para. 131.

[70] Parliament has already weighed society’s interests in allowing individuals to observe and record others and in protecting individuals from surreptitious observation and recording. In the result, Parliament has enacted s. 162(1), which prohibits surreptitious observation and recording that breaches reasonable expectations of privacy in the three situations described in paras. (a) through (c) of that provision. It is inherent in the public good defence in s. 162(6) that the value of observation or recording to society might, in a particular case, outweigh the value of individual privacy interests, even where the observation or recording would otherwise ground a conviction under s. 162(1) of the *Criminal Code*. Thus, the only question to be asked in determining whether a person

savoir si la personne visée courait le risque d’être observée ou filmée. L’éclosion de nouvelles technologies d’enregistrement et leur accessibilité accrue sur le marché de détail font peut-être en sorte que des personnes en viennent à craindre d’être filmées par des caméras dissimulées dans des situations où les enregistrements de ce genre étaient auparavant impossibles. Toutefois, il ne s’ensuit pas que les personnes ont ainsi renoncé à leurs attentes de protection en matière de vie privée à l’égard de tels enregistrements ou que garder de telles attentes est désormais déraisonnable : voir *Tessling*, par. 42. En fait, retenir une telle approche transformerait « l’[attente] raisonnable au respect de [la] vie privée » en une « norme dépourvue de signification » et nuirait à l’atteinte de l’objectif même qu’avait le législateur au moment d’édicter le par. 162(1) : voir *Wong*, p. 45.

[69] Cela dit, pour décider s’il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans certaines circonstances, il *n’est pas* nécessaire de pondérer au cas par cas la valeur de l’intérêt de la personne accusée à l’égard de l’observation ou de l’enregistrement par rapport à la valeur du droit de la personne observée ou filmée de ne pas être importunée. En conséquence, je ne puis malheureusement souscrire à la démarche prise par le juge dissident de la Cour d’appel. La question qu’il a posée — [TRADUCTION] « [I]es élèves d’une école secondaire s’attendent-ils à ce que leur intégrité personnelle et sexuelle soit protégée pendant qu’ils sont à l’école? » — n’est pas la bonne : par. 131.

[70] Le législateur a déjà pondéré les intérêts de la société à permettre aux particuliers d’observer et de filmer d’autres personnes et à protéger les particuliers contre l’observation et l’enregistrement surreptitieux. Cet exercice s’est traduit par l’adoption du par. 162(1), qui interdit l’observation et l’enregistrement surreptitieux qui violent les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée dans les trois situations décrites aux al. a) à c) de cette disposition. Le moyen de défense fondé sur le bien public prévu au par. 162(6) indique implicitement que la valeur d’une observation ou d’un enregistrement pour la société pourrait, dans une affaire donnée, l’emporter sur la valeur du droit à la protection de la vie privée d’un particulier, même lorsque l’observation ou

who is observed or recorded was in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy is whether that person was in circumstances in which she would reasonably have expected not to be the subject of the observation or recording at issue.

B. *Were the Students Recorded by Mr. Jarvis in “Circumstances That Give Rise to a Reasonable Expectation of Privacy”?*

[71] As I have explained above, determining whether a person who was observed or recorded was in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code* requires determining whether the person was in circumstances in which she would have reasonably expected to be free from the type of intrusion — that is, observation or recording — that she experienced. This determination is to be made in light of the entire context in which the observation or recording took place. Because it is an element of the offence in s. 162(1) that the person who is recorded or observed be in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, this must be proven beyond a reasonable doubt.

[72] The trial judge in the case at bar was satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Jarvis had recorded students who were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy. In my view, based on the understanding of this element of the offence that I have set out above, no other finding is available on the record. When the entire context is considered, there can be no doubt that the students’ circumstances give rise to a reasonable expectation that they would *not* be recorded in the manner they were. The considerations that lead to this conclusion include the location where the videos were recorded; the fact that the impugned conduct consisted of recording rather than mere observation; the manner in

l’enregistrement fonderait par ailleurs une déclaration de culpabilité au titre du par. 162(1) du *Code criminel*. En conséquence, la seule question à laquelle on doit répondre pour décider si une personne qui est observée ou filmée se trouvait dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée est celle de savoir si cette personne se trouvait dans une situation où elle se serait raisonnablement attendue à ne pas être l’objet de l’observation ou de l’enregistrement en cause.

B. *Les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient-elles dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée »?*

[71] Comme je l’ai expliqué précédemment, pour décider si une personne observée ou filmée se trouvait dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) du *Code criminel*, il faut se demander si la personne était dans une situation où elle se serait raisonnablement attendue à être à l’abri du type d’intrusion (l’observation ou l’enregistrement) dont elle a été victime. Il faut en décider eu égard à l’ensemble du contexte dans lequel l’observation ou l’enregistrement a eu lieu. Comme l’un des éléments constitutifs de l’infraction prévue au par. 162(1) est que la personne observée ou filmée se trouve dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, cet élément doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

[72] En l’espèce, le juge du procès a été convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Jarvis avait filmé des élèves qui se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. À mon avis, vu la conception de l’élément constitutif de l’infraction que j’ai exposée ci-dessus, le dossier ne permet de tirer aucune autre conclusion. Lorsqu’on tient compte de l’ensemble du contexte, il ne fait aucun doute que les élèves se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles elles s’attendraient de façon raisonnable à *ne pas* être filmées de la façon dont elles l’ont été. Au nombre des facteurs qui m’amènent à tirer cette conclusion, mentionnons :

which the videos were recorded, including the fact that the students were not aware they were being recorded; the content of the videos, particularly their focus on intimate parts of the students' bodies; the existence of a school board policy prohibiting such recording; the fact that the videos were recorded in breach of a relationship of trust between Mr. Jarvis and the students; Mr. Jarvis' purpose in making the recordings; and the fact that the persons who were recorded were young persons.

[73] I begin by considering the location where the videos were recorded. Mr. Jarvis made the recordings while the students were in various locations in and around their high school, including classrooms, hallways, the cafeteria and immediately outside the school. There is no dispute that students' expectations of privacy with respect to observation and recording are different and must be lower in the common areas of a school than when they are in traditionally private locations, such as their bedrooms. In ordinary circumstances, students in the common areas of a school cannot expect not to be observed by others and may also expect to be subject to certain types of recording. However, as I have explained above, the fact that the students were not in an exclusively or traditionally "private" location, such as a home or bathroom, does not in itself lead to the conclusion that they could not have had a reasonable expectation of privacy. I also note that a high school is not an entirely "public" place. For one thing, access to schools is usually restricted to certain persons, such as students, teachers, staff and guests: see trial reasons, at para. 34. More significantly, schools are also subject to formal rules and informal norms of behaviour, including with respect to visual recording, that may not exist in other quasi-public locations — an issue to which I will return later in these reasons.

le lieu où les vidéos ont été enregistrées; la conduite reprochée consistait à enregistrer plutôt qu'à simplement observer; la façon dont les vidéos ont été enregistrées, y compris le fait qu'elles l'ont été à l'insu des élèves; la teneur des vidéos, tout particulièrement l'accent qu'elles mettent sur les parties intimes du corps des élèves; l'existence d'une politique du conseil scolaire qui interdit de tels enregistrements; le fait que les vidéos ont été produites en violation de la relation de confiance entre M. Jarvis et les élèves; le but dans lequel M. Jarvis a fait les enregistrements; et le fait que les personnes filmées étaient des jeunes.

[73] J'examine tout d'abord le lieu où les vidéos ont été enregistrées. M. Jarvis a produit les enregistrements alors que les élèves se trouvaient à divers endroits à l'intérieur de leur école secondaire ou autour de celle-ci, y compris dans les salles de classe, les couloirs, la cafétéria et les abords de l'école. Il n'est pas contesté que les attentes de protection en matière de vie privée des élèves quant aux observations et aux enregistrements sont différentes et doivent être plus faibles dans les aires communes d'une école que quand elles se trouvent dans des endroits traditionnellement privés, comme leur chambre à coucher. Les élèves qui se trouvent dans des aires communes de l'école ne peuvent normalement pas s'attendre à ne pas être observées par d'autres personnes et elles peuvent aussi s'attendre à faire l'objet de certains types d'enregistrement. Toutefois, comme je l'ai déjà expliqué, le seul fait que les élèves n'étaient pas dans un lieu exclusivement ou traditionnellement « privé », comme une maison ou une salle de bain, ne permet pas de conclure qu'elles ne pouvaient pas avoir une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Je tiens aussi à souligner qu'une école secondaire n'est pas un lieu entièrement « public ». D'une part, l'accès aux écoles est généralement limité à certaines personnes comme les élèves, les enseignants, les membres du personnel et les invités : voir les motifs du jugement de première instance, par. 34. Fait plus important encore, les écoles sont aussi assujetties à des règles officielles et à des normes non officielles de comportement, notamment en ce qui concerne les enregistrements visuels, qui peuvent ne pas exister dans d'autres lieux quasi-publics. Je reviendrai sur cette question plus loin dans mes motifs.

[74] I will now consider the significance to the reasonable expectation of privacy inquiry of the fact that the impugned conduct in the case at bar consisted of recording rather than mere observation. Because the impugned conduct consisted of recording, it cannot be determinative of the reasonable expectation of privacy issue that none of the students could have expected not to be *observed* by others, or by Mr. Jarvis in particular, at the time the videos were recorded. There is no dispute that the students were unaware that they were being *recorded* by Mr. Jarvis. As discussed above, it is undeniable that a person in a particular situation may reasonably expect to be casually observed or even stared at by others but not expect to be the focus of a permanent visual recording. Recording has a greater potential impact on privacy than does mere observation, as a recording can be saved for long periods of time, replayed and studied at will, dramatically transformed with editing software, and shared with others — including others whom the subject of the recording would not have willingly allowed to observe her in the circumstances in which the recording was made. Indeed, in the case at bar, the recordings would have allowed Mr. Jarvis, by watching the videos he had made, to “observe” students in a manner that would otherwise be unimaginable. If Mr. Jarvis had attempted to stare at students’ breasts while standing directly beside them for long stretches of time, as he effectively could do by watching the recordings he made, it is inconceivable that the students would not have taken evasive action or that school authorities would not have been alerted to this behaviour earlier.

[75] The manner in which the videos were recorded — using hidden camera technology that allowed for sustained recording at close range without the subject being aware of it — is also a relevant factor in the case at bar. It undermines Mr. Jarvis’ argument that the students could not have had a reasonable expectation that he would not record them at school because they were aware that there were security cameras in various locations inside and outside

[74] J’examinerai maintenant l’importance, pour l’analyse relative à l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée, du fait que la conduite dénoncée dans l’affaire qui nous occupe consistait à filmer plutôt qu’à simplement observer. Comme il s’agissait d’enregistrements, la conduite reprochée ne saurait être déterminante quant à l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée selon laquelle aucune des élèves n’aurait pu s’attendre à ne pas être *observée* par d’autres, ou par M. Jarvis en particulier, au moment où les vidéos ont été enregistrées. Nul ne conteste que les élèves ignoraient que M. Jarvis les *filma*t. Comme nous l’avons vu, il est indéniable que, dans une situation donnée, une personne peut raisonnablement s’attendre à être observée de manière anodine ou même regardée par d’autres, mais elle ne s’attendrait pas à être le point de mire d’un enregistrement visuel permanent. L’enregistrement peut avoir des effets plus importants sur la vie privée qu’une simple observation, car l’enregistrement peut être sauvegardé pendant de longues périodes, rejoué et étudié à volonté, modifié de façon draconienne à l’aide de logiciels et diffusé — y compris à des individus que la personne visée par l’enregistrement n’aurait pas volontairement autorisé à l’observer dans les circonstances où l’enregistrement a été fait. En effet, dans l’affaire qui nous occupe, les enregistrements auraient permis à M. Jarvis, lorsqu’il regardait les vidéos qu’il avait produites, « d’observer » les élèves d’une manière qui aurait été autrement unimaginable. Si M. Jarvis avait tenté de regarder les seins des élèves pendant qu’il se tenait directement à côté d’elles et pendant de longues périodes, comme il pourrait effectivement le faire en regardant ses enregistrements, il est inconcevable que les élèves n’auraient pas cherché à fuir ou que le personnel de l’école n’aurait pas été mis au courant de cette conduite plus tôt.

[75] La façon dont les vidéos ont été enregistrées — à l’aide d’une technologie de caméra cachée qui permettait de faire des enregistrements prolongés de près à l’insu du sujet — constitue aussi un facteur pertinent en l’espèce. Elle sape l’argument de M. Jarvis voulant que les élèves ne pouvaient pas raisonnablement s’attendre à ne pas être filmées par lui à l’école parce qu’elles savaient que des caméras de sécurité se trouvaient à divers endroits, à l’intérieur

the school. This argument ignores the fact that not all forms of recording are equally intrusive. In particular, there are profound differences between the effect on privacy resulting from the school's security cameras and that resulting from Mr. Jarvis' recordings, and the students' expectation that they would be recorded by the school's security cameras tells us little about their privacy expectations with respect to the recording done by Mr. Jarvis.

[76] The security cameras at the school were mounted to the walls near the ceiling inside the building and also to the outside of the building. They did not record audio; the direction they pointed could not be manipulated by teachers; teachers could not access or copy the recorded footage for their personal use; and the purpose of the cameras was to contribute to a safe and secure learning environment for students. Signs at the school indicated that the school halls and grounds were under 24-hour camera surveillance: Agreed Statement of Facts, A.R., vol. 7, at p. 148. Given ordinary expectations regarding video surveillance in places such as schools, the students would have reasonably expected that they would be captured incidentally by security cameras in various locations at the school and that this footage of them could be viewed or reviewed by authorized persons for purposes related to safety and the protection of property. It does not follow from this that they would have reasonably expected that they would also be recorded at close range with a hidden camera, let alone by a teacher for the teacher's purely private purposes (an issue to which I will return later in these reasons). In part due to the technology used to make them, the videos made by Mr. Jarvis are far more intrusive than casual observation, security camera surveillance or other types of observation or recording that would reasonably be expected by people in most public places, and in particular, by students in a school environment.

[77] A closely related consideration, the content of the recordings, weighs heavily in favour of my

comme à l'extérieur de l'école. Cet argument ne tient pas compte du fait que toutes les formes d'enregistrement n'ont pas la même portée intrusive. En particulier, il y a des différences de taille entre les répercussions des caméras de sécurité de l'école sur la vie privée et celles causées par les enregistrements de M. Jarvis, et le fait que les élèves s'attendent à être filmées par les caméras de sécurité de l'école ne nous apprend pas grand-chose sur leurs attentes en matière de protection de la vie privée pour ce qui est des enregistrements produits par M. Jarvis.

[76] Les caméras de sécurité de l'école étaient fixées aux murs, près du plafond, à l'intérieur et à l'extérieur du bâtiment. Elles n'enregistraient pas les sons, leur orientation ne pouvait pas être changée par les enseignants, ces derniers ne pouvaient pas visionner ou reproduire les séquences enregistrées pour leur usage personnel, et le but de la présence des caméras était plutôt de contribuer à un environnement d'apprentissage sécuritaire pour les élèves. Des panneaux indiquaient par ailleurs que les corridors et les terrains de l'école faisaient l'objet d'une surveillance par caméra en tout temps : Exposé conjoint des faits, d.a., vol. 7, p. 148. Vu les attentes normales relatives à la vidéosurveillance dans des lieux comme les écoles, les élèves se seraient raisonnablement attendues à être accessoirement filmées par des caméras de sécurité à divers endroits de l'école et à ce que ces séquences sur lesquelles elles apparaissaient puissent être vues ou revues par des personnes autorisées à des fins de sécurité et de protection de l'immeuble. Cela ne veut toutefois pas dire qu'elles se seraient raisonnablement attendues à être aussi filmées de près, au moyen d'une caméra cachée, encore moins par un enseignant à ses propres fins personnelles (question sur laquelle je reviendrai plus loin dans les présents motifs). En raison notamment de la technologie utilisée pour les produire, les vidéos de M. Jarvis sont beaucoup plus intrusives qu'une observation anodine, qu'une surveillance par une caméra de sécurité ou que d'autres types d'observation ou d'enregistrement que les gens, et en particulier les élèves dans un milieu scolaire, s'attendraient raisonnablement à avoir dans la majorité des lieux publics.

[77] Le contenu des enregistrements, facteur intimement lié à celui que nous venons d'examiner,

conclusion that Mr. Jarvis made the recordings in breach of reasonable expectations of privacy. As noted above, the existence of a reasonable expectation of privacy in the context of s. 8 of the *Charter* may be informed by the quality and nature of the information at issue. So, too, in the s. 162(1) context, what is recorded, and how it is recorded, may inform whether the recording was made in breach of the privacy expectations that would reasonably arise.

[78] For example, in *Rudiger*, Voith J. considered the content of the video recording at issue in that case relevant to his determination that the recording was made in breach of reasonable expectations of privacy. In that case, the accused had hidden in a van and used a camera to record children in a public park. He had recorded sequential short segments of video that focused on the midsections, buttocks and genital regions of young female children and infants as they played or were changed by their caregivers. Though filming from a distance, the accused had used a zoom lens so that the video depicted the children as if they were a mere two or three feet away. In considering whether the children had been in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code*, Voith J. explained that the effect of the camera work and zoom feature was that the resulting video was “not about children playing in a park” but was one whose explicit focus was the depiction of the genital areas and buttocks of young girls: para. 77. This focus on the children’s bodies, particularly their genital and buttocks areas, as well as the prolonged nature of the recording and the use of the camera’s zoom function contributed to Voith J.’s conclusion that the recording breached reasonable expectations of privacy.

milite fortement en faveur de ma conclusion selon laquelle M. Jarvis a produit les enregistrements en violation des attentes raisonnables de protection en matière de vie privée. Comme je l’ai déjà mentionné, l’existence d’une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans le contexte de l’art. 8 de la *Charte* peut se dégager de la qualité et de la nature des renseignements en cause. Ainsi, tout comme dans le contexte du par. 162(1), ce qui est enregistré et la façon dont l’enregistrement est effectué peuvent nous aider à déterminer si l’enregistrement a été effectué en violation des attentes de protection en matière de vie privée qui seraient raisonnables.

[78] À titre d’exemple, le juge Voith a estimé dans *Rudiger* que le contenu des enregistrements vidéo en cause dans cette affaire était pertinent pour décider si les enregistrements avaient été faits en violation d’attentes raisonnables de protection en matière de vie privée. Dans cette affaire, l’accusé s’était caché dans une camionnette et avait utilisé une caméra pour filmer des enfants dans un parc public. Il a enregistré de courts segments de vidéo dans lesquels il mettait à l’avant-plan le torse, les fesses et les organes génitaux de petites filles et de nourrissons de sexe féminin pendant qu’elles jouaient dans un parc et que leurs accompagnateurs les changeaient. L’accusé se trouvait à une bonne distance des enfants, mais il a utilisé un téléobjectif de sorte que les enfants apparaissaient dans les vidéos comme si elles se trouvaient seulement à deux ou trois pieds de lui. En se demandant si les enfants se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) du *Code criminel*, le juge Voith a expliqué que l’effet combiné de l’utilisation de la caméra et du téléobjectif a donné lieu non pas à une vidéo [TRADUCTION] « d’enfants qui jouaient dans un parc », mais à une vidéo dont l’objet explicite était de montrer les organes génitaux et les fesses de petites filles : par. 77. L’accent mis sur le corps des enfants, tout particulièrement sur leurs organes génitaux et leurs fesses, ainsi que la durée prolongée de l’enregistrement et l’utilisation du téléobjectif, ont mené le juge Voith à conclure que l’enregistrement violait les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée.

[79] The content of the recordings is a telling aspect of the contextual inquiry in the case at bar as well. In my view, the content of the videos recorded by Mr. Jarvis leaves no doubt that they were recorded in breach of the privacy expectations the students recorded would reasonably have had. The students shown in the videos are engaged in the ordinary activities of students at school during school hours: arriving in classrooms, talking to other students, silently reading, waiting in line at the cafeteria, and so on. However, the videos focus on particular students, show them in close-up and in detail, and focus on their faces and upper bodies, including their breasts. Each of these features of the videos is significant and militates in favour of a conclusion that the videos were made in breach of the reasonable expectations of privacy that would arise in such circumstances.

[80] First, it is significant that particular students were targeted for recording. Some individual students and small groups of students were the subject of multiple videos and, in one case, Mr. Jarvis recorded the same student in multiple locations around the school. This was not a case of Mr. Jarvis accidentally capturing in the frame a student who happened to walk by while he was recording a video of himself, the school building or a chemistry experiment in progress. This was not even a case of Mr. Jarvis recording, for example, a school play or a track meet — with the focus on larger groups of students rather than an individual student. As in *Rudiger*, because of Mr. Jarvis' choice of subjects and camera work, the resulting videos are not about daily life at a high school; rather, and especially when they are viewed as a whole, the explicit focus of the videos is the particular female students Mr. Jarvis targeted for recording. In other words, the videos do not show students merging into the “situational landscape”; rather, they single out these students, make them personally identifiable, and allow them to be subjected to intensive scrutiny: see *Spencer*, at para. 44, quoting *Wise*, at p. 558.

[79] Le contenu des enregistrements est aussi un aspect de l'analyse contextuelle qui en dit long lui aussi en l'espèce. À mon avis, le contenu des vidéos enregistrées par M. Jarvis ne laisse planer aucun doute sur le fait qu'elles violent les attentes de protection en matière de vie privée qu'auraient raisonnablement eues les élèves filmées. Les élèves montrées dans les vidéos se livrent à des activités normales pour des élèves à l'école pendant les heures d'ouverture de l'établissement : les élèves arrivent dans les salles de classe, parlent à d'autres élèves, lisent en silence, attendent en file à la cafétéria, etc. Toutefois, les vidéos sont axées sur des élèves en particulier, montrent les élèves en gros plan et en détail, et mettent à l'avant-plan leur visage et le haut de leur corps, y compris leurs seins. Toutes ces caractéristiques des vidéos sont importantes et penchent en faveur de la conclusion que les vidéos ont été produites en violation des attentes raisonnables de protection en matière de vie privée qui existeraient en de telles circonstances.

[80] Premièrement, il est révélateur que M. Jarvis ait ciblé des élèves en particulier dans ses enregistrements. Certaines élèves et des petits groupes d'élèves ont fait l'objet de multiples vidéos et, dans un cas, M. Jarvis a filmé la même élève dans de nombreux endroits autour de l'école. M. Jarvis n'a pas accidentellement filmé une élève qui marchait par hasard près de lui pendant qu'il enregistrerait une vidéo de lui-même, du bâtiment ou d'une expérience chimique en cours. M. Jarvis n'enregistrerait même pas non plus, à titre d'exemple, une pièce de théâtre à l'école ou une compétition d'athlétisme, où l'accent serait mis sur un grand groupe d'élèves plutôt que sur une élève en particulier. Comme dans *Rudiger*, en raison du choix des sujets de M. Jarvis et de la façon dont la caméra a été utilisée, les vidéos faites ne montraient pas la vie quotidienne dans une école secondaire. Il ressort au contraire du visionnement de l'ensemble de ces vidéos qu'elles mettent explicitement à l'avant-plan certaines élèves de sexe féminin. Autrement dit, ce que montrent ces vidéos, ce ne sont pas des élèves captées accidentellement; les vidéos ciblent plutôt ces élèves en particulier, font en sorte qu'elles soient reconnaissables et permettent qu'elles soient soumises à un examen intensif : voir *Spencer*, par. 44, citant *Wise*, p. 558.

[81] Second, and on a related point, it is also significant that, since they were recorded at close range, the videos show students in close-up. Because of this, and also because they include students' faces in some frames, the videos make the students easily identifiable and reveal more information about them than videos recorded from farther away would reveal. I note that, while the evidence in this case was that Mr. Jarvis could not zoom in and out while recording a video with the pen camera, he did not need to zoom in to create videos in which the students' faces and bodies appeared in close-up and were rendered in detail. As a teacher, he could simply walk up to the students he wished to record. In a different case, the use of technology such as a zoom function may be a relevant circumstance to be considered: see *Rudiger*, at paras. 77 and 93-95.

[82] Finally, an aspect of the content of the videos that is particularly significant to my conclusion that Mr. Jarvis breached the students' reasonable expectations of privacy in recording them is that the videos focus on the students' bodies, particularly their breasts. While our society places a high value on all forms of personal and informational privacy, privacy with respect to intimate parts of our bodies and information about our sexual selves is particularly sacrosanct. Individuals are understood to have heightened privacy expectations with respect to intimate or sexualized parts of the body, including genital areas and breasts: see *Golden*, at paras. 89-90 and 99; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678, at paras. 38-47 and 55; *Rudiger*, at para. 111; *R. v. Taylor*, 2015 ONCJ 449, at paras. 31-32 (CanLII). Our law also recognizes that intrusion, interference or unwanted attention that has a sexual aspect is particularly pernicious: see *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567, at para. 14. Laws prohibiting child pornography and providing for publication bans in sexual assault prosecutions are just some of the manifestations of our societal consensus that there is a sphere of privacy regarding information about our sexual selves that is particularly worthy

[81] Deuxièmement, et sur une note connexe, il est aussi révélateur que, comme les vidéos ont été enregistrées de près, elles montrent les élèves en gros plan. Pour cette raison, mais aussi parce que les vidéos montrent le visage des élèves dans certains cadres, ces dernières sont aisément reconnaissables et les enregistrements révèlent plus de renseignements à leur sujet que s'ils avaient été faits de plus loin. Je remarque que, même si la preuve présentée en l'espèce démontre que M. Jarvis ne pouvait pas faire des zooms avant ou arrière pendant ses enregistrements avec le stylo caméra, il n'avait pas besoin de faire un zoom rapproché pour enregistrer des vidéos dans lesquelles le visage des élèves et leur corps apparaissaient en gros plan et étaient révélés avec beaucoup de précision. En tant qu'enseignant, M. Jarvis pouvait simplement marcher vers les élèves qu'il souhaitait filmer. Dans une autre affaire, l'utilisation d'une technologie comme la fonction zoom pourrait être une circonstance pertinente à prendre en considération : voir *Rudiger*, par. 77 et 93-95.

[82] Enfin, un aspect du contenu des vidéos — le fait qu'elles mettent en avant-plan le corps des élèves, surtout leurs seins — est particulièrement important pour ma conclusion selon laquelle, en filmant les élèves, M. Jarvis a violé leurs attentes raisonnables de protection en matière de vie privée. Notre société accorde une grande valeur à toutes les formes de vie privée, tant celles touchant l'intimité de la personne que celles relatives aux renseignements personnels, mais la vie privée relative aux parties intimes de notre corps et aux renseignements sur notre sexualité est particulièrement sacrée. Les personnes ont des attentes de protection en matière de vie privée particulièrement élevées en ce qui concerne leur intimité et les parties sexualisées de leur corps, dont leurs parties génitales et leurs seins : voir *Golden*, par. 89-90 et 99; *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678, par. 38-47 et 55; *Rudiger*, par. 111, *R. c. Taylor*, 2015 ONCJ 449, par. 31-32 (CanLII). Notre droit reconnaît aussi que l'intrusion, l'immixtion ou l'attention non sollicitée qui a un aspect sexuel est particulièrement pernicieuse : voir *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567, par. 14. Des dispositions législatives comme celles qui interdisent la pornographie juvénile et prévoient des interdictions de publication dans les

of respect: see *Criminal Code*, ss. 276.3, 486.4 and 486.5.

[83] It is also relevant to the students' reasonable expectations of privacy that there was a formal school board policy in effect at the time Mr. Jarvis made the video recordings at issue that "prohibited [his] conduct in making the recordings in the manner that he did": Agreed Statement of Facts, A.R. vol. 7, at p. 147. By-laws, regulations, policies or other formal rules that govern behaviour in a certain location or by certain persons may inform reasonable expectations of privacy: see *Gomboc*, at paras. 31-33; *Cole*, at paras. 52-53. The existence of formal rules or policies may not be determinative, and the weight to be accorded to them will vary with the context. Where a policy, though technically applicable, is not well known or does not align with established norms of behaviour, it may not shed much light on the reasonable expectations of privacy that would arise in the context in question. However, that is not the situation in the case at bar. While there is little detail in the record about the particular school board policy that was applicable to Mr. Jarvis, a policy that prohibits a teacher from making recordings of students of the type he made cannot be said to be at odds with the expected norms of behaviour for a teacher at school. Moreover, there can be no doubt that students at a school would reasonably expect teachers to abide by the applicable rules governing the recording of students.

[84] This brings me to another relevant circumstance surrounding the making of the recordings at issue in the case at bar: the fact that Mr. Jarvis was a teacher at the school and that his surreptitious recording betrayed the trust invested in him by his students. Teachers are presumed to be in a relationship of trust and authority with their students: *R. v. Audet*, [1996]

poursuites en matière d'agression sexuelle sont seulement quelques-unes des illustrations du consensus dans notre société selon lequel il y a une sphère de la vie privée relative aux renseignements sur notre sexualité qui mérite particulièrement le respect : voir *Code criminel*, art. 276.3, 486.4 et 486.5.

[83] Il convient aussi de mentionner, en ce qui concerne les attentes raisonnables des élèves au respect de leur vie privée, qu'il existait, lorsque M. Jarvis a produit les enregistrements vidéo en cause, une politique officielle du conseil scolaire en vigueur qui [TRANSDUCTION] « interdisait [sa] conduite, à savoir de faire des enregistrements de la façon dont il a procédé » : Exposé conjoint des faits, d.a., vol. 7, p. 147. Les règlements, politiques ou autres règles officielles qui régissent les comportements dans un certain lieu ou les comportements de certaines personnes peuvent jeter un éclairage sur les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée : voir *Gomboc*, par. 31-33; *Cole*, par. 52-53. L'existence de règles ou de politiques officielles peut ne pas être déterminante, et le poids devant leur être accordé varie selon le contexte. Les politiques qui seraient applicables en principe, mais qui sont méconnues ou qui ne s'accordent pas avec les normes de conduite établies, pourraient ne pas nous enseigner grand-chose sur les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée qui existeraient dans le contexte en question. Toutefois, tel n'est pas le cas en l'espèce. Bien qu'il y ait peu de détails dans le dossier sur la politique précise du conseil scolaire à laquelle était assujéti M. Jarvis, une politique qui interdit à un enseignant de produire des enregistrements d'élèves du type de ceux qu'a faits M. Jarvis ne peut pas être considérée comme allant à l'encontre des normes attendues quant au comportement d'un enseignant à l'école. En outre, il est indubitable que les élèves d'une école s'attendraient, de façon raisonnable, à ce que les enseignants se conforment aux règles applicables qui régissent les enregistrements d'élèves.

[84] Cela m'amène à un autre élément pertinent quant à la production des enregistrements en cause dans la présente affaire : M. Jarvis était un enseignant à l'école et ses enregistrements subreptices ont trahi la confiance que ses élèves avaient en lui. Or, les enseignants sont présumés avoir une relation de confiance avec leurs élèves et être en

2 S.C.R. 171, at paras. 41-43. Indeed, this Court has expressed the view that it is difficult to imagine a trust or duty more important than the care and education of students by teachers: *M. (M.R.)*, at para. 1. It is inherent in this relationship that students can reasonably expect teachers not to abuse their position of authority over them, and the access they have to them, by making recordings of them for personal, unauthorized purposes. *A fortiori*, students should be able to reasonably expect their teachers not to use their authority over and access to them to make recordings that objectify them for the teachers' own sexual gratification.

[85] The purpose for which Mr. Jarvis made the recordings at issue is thus also a relevant circumstance in the case at bar. Although it has been recognized that the need to ensure a safe and orderly school environment reduces students' reasonable expectations of privacy as against searches of their persons by school administrators for the purpose of maintaining such an environment (*M. (M.R.)*, at paras. 1, 33 and 35-36), it would be absurd to suggest that students consequently have a reduced expectation of privacy as against being touched or searched by administrators seeking to satisfy their idle curiosity or prurient interests. Rather, the understanding that school will be a safe environment and that teachers will work to keep it that way, while limiting students' privacy expectations with respect to safety-related searches by teachers, *enhances* students' expectations that teachers will scrupulously respect their privacy — and *a fortiori*, their bodily and sexual integrity — when invading that privacy is not necessary to maintain a safe school environment. In the case at bar, the fact that Mr. Jarvis recorded students for reasons totally unrelated to any legitimate education- or safety-related purpose contributes to my conclusion that, in making the recordings, he breached the students' reasonable expectations of privacy.

situation d'autorité par rapport à eux : *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171, par. 41-43. En fait, notre Cour a exprimé l'opinion qu'il est difficile d'imaginer une confiance ou une responsabilité plus importante que la garde et l'éducation des élèves par les enseignants : *M. (M.R.)*, par. 1. Cette relation suppose que les élèves puissent raisonnablement s'attendre à ce que les enseignants n'abusent pas de leur autorité sur eux ni de l'accès qu'ils ont à eux en faisant des enregistrements d'eux à des fins personnelles et non autorisées. *A fortiori*, les élèves devraient être en mesure de s'attendre raisonnablement à ce que leurs enseignants ne se servent pas de l'autorité qu'ils ont sur eux et de leur accès à eux pour produire des enregistrements où ils sont traités comme des objets pour la satisfaction sexuelle des enseignants.

[85] Le but dans lequel M. Jarvis a produit les enregistrements en cause constitue donc aussi une circonstance pertinente en l'espèce. Bien qu'il ait été reconnu que le besoin d'assurer un milieu scolaire sécuritaire et ordonné réduise les attentes raisonnables des élèves à la protection de leur vie privée contre les fouilles effectuées sur leur personne par les administrateurs scolaires en vue de maintenir un tel environnement (*M. (M.R.)*, par. 1, 33 et 35-36), il serait absurde d'affirmer que les élèves ont en conséquence une attente moindre de protection en matière de vie privée à l'égard des administrateurs scolaires qui les touchent ou les fouillent dans le but de satisfaire leur curiosité malsaine ou leurs intérêts pervers. Au contraire, s'il est vrai qu'elle contribue à ce que les élèves aient des attentes de protection en matière de vie privée plus faibles en ce qui a trait aux fouilles de sécurité effectuées par les enseignants, la reconnaissance du fait qu'une école doit être un environnement sécuritaire et que les enseignants doivent s'efforcer de le maintenir comme tel, *renforce* les attentes des élèves à ce que les enseignants respectent scrupuleusement leur vie privée — et *a fortiori* leur intégrité physique et sexuelle — quand l'atteinte n'est pas nécessaire au maintien d'un milieu scolaire sécuritaire. Dans la présente affaire, le fait que M. Jarvis a enregistré des élèves pour des raisons totalement étrangères à toute fin légitime au chapitre de l'éducation ou de la sécurité m'amène également à conclure que les enregistrements violaient les attentes raisonnables des élèves au respect de leur vie privée.

[86] The fact that all of the students were young persons, and that some of them were minors, is a circumstance that further supports the finding of a reasonable expectation of privacy. As has been acknowledged by this Court, the values that underlie privacy “apply equally if not more strongly in the case of young persons”: *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, at para. 18, quoting *Toronto Star Newspaper Ltd. v. Ontario*, 2012 ONCJ 27, 255 C.R.R. (2d) 207, at para. 41 (emphasis deleted); see also *M. (M.R.)*, at para. 53. That Canadian law provides children with greater privacy rights than similarly situated adults in a number of contexts evidences a societal consensus on this point, and on the shared value of protecting children’s privacy: see B. Jones, “*Jarvis: Surely Schoolchildren Have A Reasonable Expectation of Privacy Against Videotaping for a Sexual Purpose?*” (2017), 41 C.R. (7th) 71; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, at para. 17, citing the *Criminal Code*, s. 486, and the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, s. 110.

[87] Reasonable adults are particularly solicitous of the privacy interests of children and young persons in relation to observation and especially visual recording. One reason for this is that reasonable adults recognize that children and young persons are often not in a position to protect their own privacy interests against intrusion. For example, children are particularly at risk with respect to unwanted recording because they have limited choice about which spaces they occupy, limited means to exclude others from those spaces, and limited choice about what parts of their bodies may be exposed in those spaces. Children are also expected to be obedient to adults and follow their instructions, and they place a high degree of trust in adults and authority figures, such as their parents and teachers. And in a situation where an adult would be alert to the potential for intrusions on her privacy as a result of observation or recording, a child may be completely unsuspecting, putting her faith in the adults around her and failing to take evasive action, even if evasive action were otherwise possible.

[86] Le fait que toutes les élèves étaient jeunes et que certaines d’entre elles étaient mineures est une circonstance qui étaye davantage la conclusion qu’il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Comme la Cour l’a reconnu, les valeurs qui sous-tendent la protection de la vie privée [TRADUCTION] « s’appliquent tout autant, voire davantage, dans le cas des jeunes » : *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, par. 18, citant *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario*, 2012 ONCJ 27, 255 C.R.R. (2d) 207, par. 41 (soulignement omis); voir aussi *M. (M.R.)*, par. 53. Le fait que, dans plusieurs contextes, le droit canadien confère aux enfants des droits plus étendus au respect de la vie privée qu’aux adultes se trouvant dans des situations semblables témoigne d’un consensus dans la société à cet égard et de la valeur que nous partageons quant à la nécessité de protéger la vie privée des enfants : voir B. Jones, « *Jarvis : Surely Schoolchildren Have A Reasonable Expectation of Privacy Against Videotaping for a Sexual Purpose?* » (2017), 41 C.R. (7th) 71; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, par. 17, citant le *Code criminel*, art. 486, et la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, art. 110.

[87] Les adultes raisonnables se soucient beaucoup des droits des enfants à la vie privée en ce qui concerne l’observation et, surtout, l’enregistrement visuel. Il en est notamment ainsi parce qu’ils savent que les enfants et les jeunes ne sont souvent pas en mesure de protéger leurs propres droits en la matière en cas d’atteinte. À titre d’exemple, les enfants sont particulièrement exposés au risque de faire l’objet d’enregistrements non désirés parce qu’ils ont des choix limités sur les espaces qu’ils occupent, des moyens limités d’exclure d’autres personnes de ces espaces et un choix limité en ce qui concerne les parties de leur corps qui peuvent être exposées dans ces espaces. On s’attend aussi à ce que les enfants soient obéissants envers les adultes et suivent leurs consignes, et ils ont une grande confiance en les adultes et les personnes en autorité comme leurs parents et leurs enseignants. Dans une situation où un adulte serait conscient du risque qu’une observation ou un enregistrement porte atteinte à sa vie privée, une enfant pourrait être complètement sans méfiance et s’en remettre aux adultes de son entourage sans tenter de s’enfuir, même si elle avait par ailleurs la possibilité de le faire.

[88] These considerations are applicable to our assessment of the students' expectations of privacy in the case at bar. The fact that all of the students were young persons means that they would have reasonably expected the adults around them to be particularly cautious about not intruding on their privacy, including by not targeting them for visual recording without their permission. Therefore, the fact that all of the students recorded were young persons strengthens the argument that they could reasonably expect not to be recorded in the manner they were.

[89] In today's society, the ubiquity of visual recording technology and its use for a variety of purposes mean that individuals reasonably expect that they may be incidentally photographed or video recorded in many situations in day-to-day life. For example, individuals expect that they will be captured by video surveillance in certain locations, that they may be captured incidentally in the background of someone else's photograph or video, that they may be recorded as part of a cityscape, or that they may be recorded by the news media at the scene of a developing news story. In the school context, a student would expect that she might be captured incidentally in the background of another student's video, photographed by the yearbook photographer in a class setting, or videotaped by a teammate's parent while playing on the rugby team.

[90] That being said, individuals going about their day-to-day activities — whether attending school, going to work, taking public transit or engaging in leisure pursuits — also reasonably expect not to be the subject of targeted recording focused on their intimate body parts (whether clothed or unclothed) without their consent. A student attending class, walking down a school hallway or speaking to her teacher certainly expects that she will not be singled out by the teacher and made the subject of a secretive, minutes-long recording or series of recordings focusing on her body. The explicit focus of the videos on the bodies of the students recorded, including their breasts, leaves me in no doubt that the videos were made in violation of the students' reasonable

[88] Ces considérations valent pour notre évaluation des attentes des élèves en matière de vie privée en l'espèce. Le fait que les élèves étaient toutes des jeunes signifie qu'elles se seraient raisonnablement attendues à ce que les adultes de leur entourage fassent particulièrement attention à ne pas porter atteinte à leur vie privée, par exemple en ne les ciblant pas pour faire un enregistrement visuel d'elles sans leur permission. En conséquence, le fait que toutes les élèves filmées étaient des jeunes renforce l'argument qu'elles se seraient raisonnablement attendues à ne pas être filmées comme elles l'ont été.

[89] Dans la société d'aujourd'hui, en raison de l'omniprésence de la technologie d'enregistrement visuel et de son utilisation à de nombreuses fins, les personnes peuvent raisonnablement s'attendre à être photographiées ou à faire l'objet d'un enregistrement vidéo de manière accessoire dans de nombreuses situations de la vie quotidienne. À titre d'exemple, on s'attend à être filmé par des caméras de surveillance vidéo dans certains lieux, à figurer accessoirement en arrière-plan sur des photographies ou des vidéos d'autres personnes, dans le cadre d'un paysage urbain ou sur la scène d'un reportage. Dans le contexte scolaire, un élève devrait s'attendre à être filmé accessoirement en arrière-plan de la vidéo d'un autre élève, à être photographié pour l'album scolaire de l'année dans une salle de classe ou à faire l'objet d'enregistrements vidéo des parents de camarades de classe pendant qu'ils participent, par exemple, à un match de rugby.

[90] Cela dit, les personnes qui vaquent à leurs occupations quotidiennes — que ce soit fréquenter l'école, aller au travail, emprunter les transports collectifs ou se divertir — s'attendent de façon raisonnable à ne pas faire l'objet d'enregistrements ciblés qui mettent à l'avant-plan les parties intimes de leur corps (qu'elles soient ou non couvertes) sans leur consentement. Une élève qui fréquente une école, marche dans un couloir de l'établissement scolaire ou parle à son enseignant ne s'attend certainement pas à être ciblée par ce dernier et à faire l'objet d'un enregistrement secret de plusieurs minutes ou d'une série d'enregistrements mettant à l'avant-plan son corps. L'accent explicite des vidéos sur les corps des élèves filmées, y compris leurs seins, ne laisse

expectations of privacy. Indeed, given the content of the videos recorded by Mr. Jarvis and the fact that they were recorded without the students' consent, I would likely have reached the same conclusion even if they had been made by a stranger on a public street rather than by a teacher at school in breach of a school policy.

V. Conclusion and Disposition

[91] To determine whether a person who is observed or recorded is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1), a court must ask whether the person is in circumstances in which she would reasonably expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred. In the case at bar, the subjects of the videos were teenage students at a high school. They were recorded by their teacher in breach of the relationship of trust that exists between teachers and students as well as in contravention of a formal school board policy that prohibited such recording. Furthermore, the videos targeted individual students or small groups of students, were shot at close range, and were of high quality. Significantly, the videos had as their predominant theme or focus the bodies of students, particularly their breasts. In my view, there is no doubt that, in recording these videos, Mr. Jarvis acted contrary to the reasonable expectations of privacy that would be held by persons in the circumstances of the students when they were recorded. I therefore conclude that the Crown has established beyond a reasonable doubt that Mr. Jarvis recorded persons who were in circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy, as that expression is used in s. 162(1) of the *Criminal Code*.

[92] It is not in issue in this Court that the Crown has established the other elements of the offence with

planer aucun doute dans mon esprit que les vidéos ont été produites en contravention des attentes raisonnables des élèves en matière de protection de la vie privée. En fait, étant donné le contenu des vidéos enregistrées par M. Jarvis et le fait que les enregistrements ont été produits sans le consentement des élèves, je serais vraisemblablement parvenu à la même conclusion même si c'était un étranger qui avait réalisé les enregistrements dans une rue publique et non un enseignant qui contrevenait à une politique scolaire.

V. Conclusion et dispositif

[91] Pour établir si une personne observée ou filmée se trouvait dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l'application du par. 162(1), la cour doit se demander si cette personne se trouvait dans une situation où elle s'attendrait raisonnablement à ne pas faire l'objet du type d'observation ou d'enregistrement qui est bel et bien survenu. Dans la présente affaire, les sujets des vidéos étaient des élèves adolescentes d'une école secondaire. Elles ont été filmées par leur enseignant en violation de la relation de confiance qui unit les enseignants aux élèves ainsi que d'une politique officielle du conseil scolaire qui interdisait de tels enregistrements. Qui plus est, les vidéos ciblaient des élèves de manière individuelle ou des petits groupes d'élèves, l'enregistrement était fait de près, et les vidéos étaient de grande qualité. Fait important, les vidéos avaient pour thème principal ou mettaient à l'avant-plan le corps d'élèves, tout particulièrement leurs seins. À mon avis, il n'y a aucun doute qu'en enregistrant ces vidéos, M. Jarvis n'a pas respecté les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée de quiconque se trouvant dans la situation des élèves lorsqu'elles ont été filmées. Je conclus donc que le ministère public a établi hors de tout doute raisonnable que M. Jarvis a filmé des personnes qui se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, au sens où cette expression est utilisée au par. 162(1) du *Code criminel*.

[92] Il est acquis aux débats devant notre Cour que le ministère public a établi les autres éléments

which Mr. Jarvis was charged. Accordingly, I would allow the appeal, enter a conviction, and remit the matter for sentencing.

The reasons of Côté, Brown and Rowe JJ. were delivered by

[93] ROWE J. — I have had the benefit of reading the Chief Justice’s reasons; I rely on his summary of the facts and judicial history of the case, and I concur in the result. However, I would interpret differently “reasonable expectation of privacy” as it appears in s. 162(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. I would not have regard to s. 8 jurisprudence in order to interpret s. 162(1). The conceptual framework for defining *Charter* rights should remain distinct from that used to define the scope of *Criminal Code* offences. Courts should not expand criminal liability by reference to *Charter* jurisprudence. As well, I will address how I would interpret “reasonable expectation of privacy” in s. 162(1), having regard for autonomy and sexual integrity.

I. *Charter* Jurisprudence Should Not Inform the Interpretation of Section 162(1)

A. *Constitutional and Statutory Construction Call for Different Interpretative Principles*

[94] Different interpretive principles apply to the interpretation of constitutional and statutory provisions. It has been long held by this Court that a purposive approach should be applied when interpreting the normative language of the *Charter*: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. As a rights-endowing constitutional document, “[t]he expressions found in the Charter are to be understood in light of their significance in the legal and philosophical origins of the Charter, their contribution to the structure of protected interests (the scheme), and their role in securing the Charter’s goals”: *R.*

constitutifs de l’infraction dont M. Jarvis a été accusé. En conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’inscrire une déclaration de culpabilité et de renvoyer l’affaire pour détermination de la peine.

Version française des motifs des juges Côté, Brown et Rowe rendus par

[93] LE JUGE ROWE — J’ai eu l’occasion de lire les motifs du juge en chef; je m’appuie sur son résumé des faits et son historique des procédures judiciaires, et je souscris au résultat auquel il est parvenu. Toutefois, j’interpréteraï différemment l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » figurant au par. 162(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Je ne tiendrais pas compte de la jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte* pour interpréter le par. 162(1). Le cadre conceptuel servant à définir les droits protégés par la *Charte* devrait demeurer distinct de celui auquel on recourt pour définir la portée des infractions prévues au *Code criminel*. Les tribunaux ne devraient pas élargir la responsabilité criminelle en renvoyant à la jurisprudence relative à la *Charte*. Je traiterai aussi de l’interprétation que je donnerais à l’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » visée au par. 162(1) eu égard à l’autonomie et à l’intégrité sexuelle.

I. La jurisprudence relative à la *Charte* ne devrait pas guider l’interprétation du par. 162(1)

A. *L’interprétation de la Constitution et l’interprétation des lois font intervenir des principes d’interprétation différents*

[94] Des principes d’interprétation différents s’appliquent à l’interprétation de dispositions constitutionnelles et légales. Notre Cour préconise depuis longtemps le recours à une approche téléologique pour interpréter le texte normatif de la *Charte* : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Puisqu’il s’agit d’un document constitutionnel attributif de droits, [TRADUCTION] « [l]es expressions figurant dans la Charte doivent être interprétées à la lumière de leur signification au regard de l’origine légale et philosophique de la Charte, de leur contribution à la structure des droits protégés (le cadre) et

Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 268. Professor Sullivan states that such an approach is used when interpreting the language of the *Charter*, rather than the modern approach used for the interpretation of statutes approved by this Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at p. 41.

[95] The *Criminal Code* is a statute, not a constitutional document. While there is considerable interplay in the jurisprudence between the *Criminal Code* and the *Charter*, the analysis used to interpret each must be kept distinct. It would be a fundamental error to give the wording in s. 162(1) the meaning given to it in s. 8 jurisprudence. To do so would be to apply a meaning intended to substantiate a breach of an individual's fundamental rights by a state actor to the inverse context of subjecting a citizen to criminal sanction and quite possibly depriving them of their liberty. Reasonable expectation of privacy in the two contexts is based on divergent considerations; they are not to be guided by the same analytical framework.

[96] This is reinforced by reference to the original meaning rule of statutory interpretation, according to which the words of an ordinary statute are to be read in the way they were understood at the time the statute was enacted: “‘The words of a statute must be construed as they would have been the day after the statute was passed . . .’”: *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at pp. 264-65, quoting *Sharpe v. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239, at p. 242. While applicable to ordinary statutes, the rule has been rejected as the basis for constitutional interpretation: see generally, *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 509, and specifically with respect to s. 8 in *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 61. This is of special significance when dealing with elements of a criminal offence where an open-ended and evolving standard, of the kind used in *Charter* interpretation, would fail to give fair notice to potential offenders.

du rôle qu'elles jouent pour assurer la réalisation des objectifs de la Charte » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 268. La professeure Sullivan affirme qu'on doit emprunter une telle approche pour interpréter le texte de la *Charte*, et non l'approche moderne utilisée pour l'interprétation des lois approuvée par notre Cour dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, p. 41.

[95] Le *Code criminel* est une loi et non un document constitutionnel. Dans la jurisprudence, les tribunaux ont fait abondamment interagir le *Code criminel* et la *Charte*, mais les analyses effectuées pour interpréter chacune de ces deux lois doivent demeurer distinctes. Il serait fondamentalement erroné de donner au libellé du par. 162(1) le sens que la jurisprudence lui a donné à l'art. 8. Cela reviendrait à transposer un sens dégagé pour justifier l'atteinte par un acteur étatique aux droits fondamentaux d'un individu au contexte opposé où un citoyen est passible d'une sanction pénale et d'une possible privation de liberté. L'attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans les deux contextes repose sur des considérations divergentes. On ne peut donc recourir au même cadre analytique.

[96] Cette conclusion est renforcée par le renvoi à la règle d'interprétation législative fondée sur le sens original, selon laquelle les mots d'une loi ordinaire doivent être interprétés comme on les comprenait au moment où cette loi a été adoptée : [TRADUCTION] « “Les termes d'une loi doivent s'interpréter comme ils l'auraient été le lendemain de l'adoption de cette loi . . .” » : *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 264-265, citant *Sharpe c. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239, p. 242. Si elle s'applique aux lois ordinaires, cette règle a été rejetée comme assise de l'interprétation constitutionnelle : voir, de façon générale, *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 509, et en ce qui concerne précisément l'art. 8 dans *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 61. Cette règle revêt une importance particulière en présence des éléments d'une infraction criminelle. En effet, dans une telle situation, une norme aux contours non définis et en constante évolution comme celles servant à interpréter la *Charte* ne donnerait pas un avertissement suffisant aux éventuels contrevenants.

[97] Certainty and stability are of particular importance when defining the scope of criminal offences. The fair notice principle articulated in *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517 — itself a “peeping Tom” case — that “declaration[s of criminal conduct] should be made by Parliament and not by the Courts” (p. 530) is well-established and now statutorily mandated by s. 9(a) of the *Criminal Code*, which states that “no person shall be convicted . . . of an offence at common law”. As Justice Cromwell wrote in *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402:

Stability and certainty are particularly important values in the criminal law and significant changes to it must be clearly intended.

...

. . . the courts have refrained from developing the common law meanings of legal terms used in the *Code* so as to extend the scope of criminal liability. Courts will only conclude that a new crime has been created if the words used to do so are certain and definitive. [Citations omitted; paras. 54 and 59.]

[98] I agree with the respondent that to interpret “reasonable expectation of privacy” in s. 162(1) by reference to the s. 8 jurisprudence would put the judiciary in the position of creating new common law offences, despite their abolition in the enactment of s. 9(a) of the *Criminal Code*: R.F., at para. 42. Of course, the factual context will change with time, notably as regards technologies to observe persons; but that is different from the nature of the reasonable expectation of privacy. Thus, even if “reasonable expectation of privacy” had the same meaning under s. 8 and s. 162(1) at the time of the enactment, the meanings would diverge over time as the s. 8 jurisprudence evolves but the meaning of s. 162(1) is intended to remain fixed as of the time of its enactment. *Criminal Code* offences are not grafted onto the living tree of the *Charter*.

[97] La certitude et la stabilité sont particulièrement importantes lorsqu’il s’agit de définir la portée d’infractions criminelles. Le principe de l’avertissement suffisant formulé dans *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517 — également une affaire de voyeurisme —, selon lequel [TRADUCTION] « la tâche de déclarer criminelle une conduite [. . .] revient au Parlement et non aux tribunaux » (p. 530), est bien établi et désormais d’application obligatoire selon l’al. 9a) du *Code criminel*, qui prévoit que « nul ne peut être déclaré coupable [. . .] [d’]une infraction en *common law* ». Comme l’a écrit le juge Cromwell dans *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402 :

La stabilité et la certitude sont des valeurs qui revêtent une importance particulière en droit criminel et les changements importants qui y sont apportés doivent avoir été clairement voulus.

...

. . . les tribunaux se sont abstenus de faire évoluer les définitions données en common law aux termes juridiques utilisés dans le *Code* de façon à élargir le champ de la responsabilité criminelle. Les tribunaux ne concluront à la création d’un nouveau crime que si les mots utilisés pour ce faire sont sûrs et définitifs. [Références omises; par. 54 et 59.]

[98] Je partage l’avis de l’intimé que, si on interprétait l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » du par. 162(1) en renvoyant à la jurisprudence relative à l’art. 8, le pouvoir judiciaire aurait la possibilité de créer de nouvelles infractions en common law même si elles ont été abolies du fait de l’adoption de l’al. 9a) du *Code criminel* : m.i., par. 42. Le contexte factuel changera bien sûr au fil du temps, notamment en ce qui concerne les technologies servant à observer des personnes, mais cela n’a rien à voir avec la nature de l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Par conséquent, même si l’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » visée à l’art. 8 et au par. 162(1) avait le même sens au moment de l’adoption de ces dispositions, il y aurait divergence après un certain temps puisque la jurisprudence relative à l’art. 8 évolue alors que le sens du par. 162(1) est censé rester figé au jour de l’adoption de cette disposition. Les infractions prévues au *Code criminel* ne se greffent pas à l’arbre vivant de la *Charte*.

B. *The Purpose and Function of Section 8 of the Charter and Section 162(1) of the Criminal Code Are Fundamentally at Odds*

[99] While s. 162(1) of the *Criminal Code* and s. 8 of the *Charter* are both in play in the criminal law context, they concern different interests. Section 8 of the *Charter* limits the powers of the state vis-à-vis its citizens. It limits the investigative powers of the state, and maintains a check on the actions of the police. The imbalance between the state and its citizens is fundamental. Protecting citizens from the abuse of authority by the state is the context that defines the interests to be safeguarded by the s. 8 “reasonable expectation of privacy”.

[100] On occasions where the term has been applied in a legal context other than s. 8, it has also been described in terms of the individual’s rights versus the interests of the state. For example, in describing a reasonable expectation of privacy in the context of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, and the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, Justice La Forest wrote: “The principle ensures that, at a conceptual level, the dignity and autonomy interests at the heart of privacy rights are only compromised when there is a compelling state interest for doing so”: *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 71.

[101] By contrast, in the context of the voyeurism offence, “reasonable expectation of privacy” defines one of the external circumstances that must be proven by the Crown beyond a reasonable doubt in order to secure a conviction. To obtain a guilty verdict, the prosecution must prove that the accused, an ordinary citizen, encroached upon the reasonable expectation of privacy of the subject of the observation, another ordinary citizen. The power imbalance of the police as agents of the state vis-à-vis a citizen that is at the heart of the preoccupations under s. 8 of the *Charter* is not present under s. 162(1) of the *Criminal Code*. As s. 162(1) protects invasions of privacy perpetrated by one individual against another, the meaning given to “reasonable expectation of privacy” in s. 8, where

B. *L’objet et la fonction de l’art. 8 de la Charte et ceux du par. 162(1) du Code criminel sont fondamentalement incompatibles*

[99] Le paragraphe 162(1) du *Code criminel* et l’art. 8 de la *Charte* entrent tous les deux en jeu dans le contexte du droit pénal, mais ils concernent des droits différents. L’article 8 de la *Charte* restreint les pouvoirs de l’État à l’égard de ses citoyens. Il limite les pouvoirs d’enquête de l’État et assure une surveillance des actes de la police. Le déséquilibre entre l’État et ses citoyens est fondamental. Protéger les citoyens contre l’abus de pouvoir de l’État est le contexte qui définit les droits qui doivent être protégés par l’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » visée à l’art. 8.

[100] Lorsqu’elle a été invoquée dans un contexte juridique autre que celui de l’art. 8, l’expression a aussi été décrite sous l’angle des droits de chacun par opposition aux intérêts de l’État. Par exemple, en parlant d’une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans le contexte de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, c. A-1, et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, le juge La Forest a dit : « Ce principe garantit que, sur le plan conceptuel, le droit à la dignité et à l’autonomie qui est au cœur du droit à la vie privée, ne puisse être compromis que si l’État a sérieusement intérêt à le faire » : *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 71.

[101] À l’inverse, dans le contexte de l’infraction de voyeurisme, l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » définit l’une des circonstances externes que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable pour obtenir une déclaration de culpabilité. Pour obtenir un verdict de culpabilité, la poursuite doit prouver que l’accusé — un citoyen ordinaire — a brimé l’attente raisonnable du sujet de l’observation, soit un autre citoyen ordinaire, au respect de sa vie privée. L’inégalité de pouvoir entre le citoyen et les policiers qui agissent à titre de mandataires de l’État, laquelle est au cœur des préoccupations qui sous-tendent l’art. 8 de la *Charte*, n’existe pas dans le cas du par. 162(1) du *Code criminel*. Comme

the purpose is to prevent abuse of state authority, simply has no application.

[102] Further, the scope of the circumstances giving rise to a “reasonable expectation of privacy” under s. 8 of the *Charter* is necessarily different from the scope under s. 162(1) of the *Criminal Code*. The interests protected by s. 8 of the *Charter* include personal privacy, territorial privacy and informational privacy: *Tessling*, at para. 20. Of necessity, the interests protected by the reasonable expectation of privacy under s. 8 cover a range of circumstances broader than for the same words in s. 162(1), as the latter is directed solely to observations and recordings of the person. The reasonable expectation of privacy under s. 162(1) therefore can relate only to the protection of one’s physical image, a subcategory of personal privacy, itself a subcategory of that which is protected under s. 8 as described in *Tessling*.

[103] In this I differ from the Chief Justice, who states in para. 67 that s. 162(1) implicates territorial privacy. Respectfully, I cannot agree. The interest of privacy that one has in their own person while in a particular location is different from territorial privacy in the context of s. 8. Territorial privacy refers to the privacy interest in the space itself. The reference to “place” in s. 162(1)(a) is a circumstantial factor to determine the expectation of privacy one has in one’s own image; it is not an extension of the s. 8 privacy interest to the space around an individual. The relationship between location and the reasonable expectation of privacy will be discussed below.

le par. 162(1) assure une protection contre les atteintes d’une personne à la vie privée d’une autre, le sens donné à l’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » dans le contexte de l’art. 8, dont l’objet est de prévenir les abus de pouvoir de l’État, ne peut tout simplement pas être retenu.

[102] En outre, l’étendue des circonstances pour lesquelles il existe une « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » au sens de l’art. 8 de la *Charte* est nécessairement différente de celle relevant du par. 162(1) du *Code criminel*. Les droits protégés par l’art. 8 de la *Charte* comprennent les aspects du droit à la vie privée qui ont trait à la personne, aux lieux et à l’information : *Tessling*, par. 20. Ils couvrent nécessairement un plus large éventail de circonstances que celles visées par cette expression au par. 162(1), étant donné que cette dernière disposition n’a trait qu’aux observations et aux enregistrements de la personne. L’attente raisonnable de protection en matière de vie privée visée au par. 162(1) peut par conséquent ne concerner que la protection de l’image physique de la personne, sous-catégorie du droit à vie privée relatif à la personne, qui est elle-même une sous-catégorie de l’objet de la protection accordée par l’art. 8 comme l’indique l’arrêt *Tessling*.

[103] Sur cette question, je me dissocie du juge en chef, qui écrit au par. 67 que le par. 162(1) met en jeu le droit à la protection de la vie privée relatif aux lieux. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. Le droit à la vie privée que chacun possède à l’égard de sa propre personne dans un lieu précis est différent du droit à la vie privée relatif aux lieux dans le contexte de l’art. 8. Le droit à la vie privée relatif aux lieux vise le droit à la vie privée dans l’espace en soi. La mention d’un « lieu » à l’al. 162(1)a) est un facteur circonstanciel servant à déterminer l’attente en matière de vie privée qu’une personne a quant à sa propre image; il ne s’agit pas d’une extension du droit à la vie privée reconnu par l’art. 8 quant à l’espace entourant un individu. J’examinerai plus loin la relation entre un lieu et l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée.

C. *Charter Values Are a Legitimate Interpretive Aid Only in Cases of Ambiguity*

[104] The Chief Justice looks to the jurisprudence relating to s. 8 of the *Charter* as part of the “broader legal context”: para. 54. From this jurisprudence he identifies, at para. 59, “fundamental shared ideals”: “. . . the s. 8 case law represents a rich body of judicial thought on the meaning of privacy in our society”. As this Court held in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, the “‘Charter values’ presumption” is applicable only where there is ambiguity as to the meaning of a provision (para. 28).

[105] What does it mean, then, for a provision to have ambiguity? This Court has held that “genuine” ambiguity only arises where there are “two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute”: *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 14, cited in *Bell ExpressVu v. Rex*, at para. 29. Put simply, it is only if legal ambiguity persists after having analysed a provision using the modern approach to statutory interpretation as adopted by this Court (see, e.g., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*) that *Charter* values should be invoked as an interpretive aid. The fact, as in this case, that different judges arrived at differing interpretations is not a basis to say that a provision is legally ambiguous. As Iacobucci J. put it:

. . . ambiguity cannot reside in the mere fact that several courts — or, for that matter, several doctrinal writers — have come to differing conclusions on the interpretation of a given provision. Just as it would be improper for one to engage in a preliminary tallying of the number of decisions supporting competing interpretations and then apply that which receives the “higher score”, it is not appropriate to take as one’s starting point the premise that differing interpretations reveal an ambiguity. [Emphasis added.]

(*Bell ExpressVu v. Rex*, at para. 30)

C. *Les valeurs de la Charte constituent un outil d’interprétation légitime seulement en cas d’ambiguïté*

[104] Le juge en chef examine la jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte* au regard du « contexte juridique général » : par. 54. Il tire de cette jurisprudence au par. 59 des « idéaux fondamentaux communs » : « . . . la jurisprudence relative à [l’art. 8] forme un riche corpus de raisonnements judiciaires sur le sens du concept de vie privée dans notre société ». Comme notre Cour l’a dit dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, la « présomption de respect des “valeurs de la Charte” » ne s’applique que si le sens d’une disposition est ambigu (par. 28).

[105] Qu’entend-on par disposition ambiguë? Notre Cour a affirmé que l’ambiguïté « véritable » existe seulement lorsqu’on est en présence de « deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s’harmonisent chacune également avec l’intention du législateur » : *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 14, cité dans *Bell ExpressVu c. Rex*, par. 29. Autrement dit, c’est seulement si l’ambiguïté juridique persiste après l’analyse d’une disposition au moyen de la méthode moderne d’interprétation des lois retenue par notre Cour (voir, p. ex., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*) qu’on peut se servir des valeurs de la *Charte* comme outil d’interprétation. Le fait que, comme en l’espèce, différents juges sont parvenus à des interprétations divergentes ne permet pas d’affirmer que la disposition est ambiguë sur le plan juridique. Pour citer le juge Iacobucci,

. . . on ne saurait conclure à l’existence d’une ambiguïté du seul fait que plusieurs tribunaux — et d’ailleurs plusieurs auteurs — ont interprété différemment une même disposition. Autant il serait inapproprié de faire le décompte des décisions appuyant les diverses interprétations divergentes et d’appliquer celle qui recueille le « plus haut total », autant il est inapproprié de partir du principe que l’existence d’interprétations divergentes révèle la présence d’une ambiguïté. [Je souligne.]

(*Bell ExpressVu c. Rex*, par. 30)

[106] Applying the rule, s. 162(1) is not legally ambiguous. At most, one can say that there has been disagreement as to what circumstances ought to be considered in deciding whether there was a reasonable expectation of privacy. This is different from there being “two . . . plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute”: *CanadianOxy Chemicals Ltd.*, at para. 14. Accordingly, the application of *Charter* values as an interpretive aid is not appropriate in this case.

II. “Reasonable Expectation of Privacy” in the Context of Voyeurism

[107] Drawing on the s. 8 jurisprudence, the Chief Justice’s approach to identifying circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy requires consideration of “the entire context in which the observation or recording took place”: para. 5. One cannot disagree with his central proposition that “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) are circumstances in which a person would reasonably expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred”: para. 28. Nonetheless, with respect, I would not adopt the multi-factored analysis put forward by the Chief Justice.

[108] Of the nine non-exhaustive factors that he has identified at para. 29, four are considerations required by the wording of the provision: the location of the person being observed or recorded, the subject matter of the observation or recording, the purpose for which the observation or recording was made, and any awareness of, or consent to, the observation or recording. Location (“place”) is part of the definition of the impugned conduct under para. (a); the subject matter of the observation or recording, including the activity the subject was engaged in and whether the focus was on intimate parts of their body, is a necessary consideration under para. (b); the purpose for which the observation or recording was made

[106] Après application de la règle, force est de constater que le par. 162(1) n’est pas ambigu sur le plan juridique. On pourrait dire tout au plus qu’il y a eu désaccord sur les circonstances dont il fallait tenir compte pour décider s’il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, ce qui est différent de « deux [. . .] interprétations plausibles, qui s’harmonisent chacune également avec l’intention du législateur » : *CanadianOxy Chemicals Ltd.*, par. 14. Par conséquent, il n’est pas approprié en l’espèce de recourir aux valeurs de la *Charte* comme outil d’interprétation.

II. L’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » dans le contexte du voyeurisme

[107] Inspirée de la jurisprudence relative à l’art. 8, la méthode employée par le juge en chef pour cerner les circonstances qui donnent lieu à une attente raisonnable de protection en matière de vie privée requiert que l’on examine « l’ensemble du contexte dans lequel l’observation ou l’enregistrement a eu lieu » : par. 5. On ne peut être en désaccord avec son postulat central selon lequel « les circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) sont celles où une personne s’attendrait raisonnablement à ne pas faire l’objet du type d’observation ou d’enregistrement qui est effectivement survenu » : par. 28. Toutefois, avec égards, je ne retiendrais pas l’analyse multifactorielle préconisée par le juge en chef.

[108] Des neuf facteurs non exhaustifs qu’il a relevés au par. 29, quatre sont requis par le libellé de la disposition : le lieu où se trouve la personne observée ou filmée, l’objet de l’observation ou de l’enregistrement, le but dans lequel a été fait l’observation ou l’enregistrement, et la conscience du fait d’être observé ou filmé, ou le consentement à l’être. Le « lieu » fait partie de la définition de la conduite visée à l’al. a); il est nécessaire de savoir, en application de l’al. b), quel était l’objet de l’observation ou de l’enregistrement, y compris l’activité à laquelle se livrait le sujet et la question de savoir si l’accent était mis sur les parties intimes de son corps; il faut conclure que l’observation ou l’enregistrement a été fait dans

is necessary to a finding of sexual purpose under para. (c); and the complainant's awareness of the observation or recording is implied by the overarching requirement of surreptitiousness under subs. (1).

[109] The five other factors set out by the Chief Justice as being relevant to a reasonable expectation of privacy are: whether the conduct consisted of an observation or recording; the manner in which the observation or recording was made (including whether it was fleeting or sustained; whether it was aided by technology and the nature of that technology); the existence of any rules, regulations or policies governing the observation or recording in question; the relationship between the parties (including the existence of a relationship of trust or authority), and the "personal attributes" of the complainant. With great respect, it seems to me that these five factors are ones properly considered in the determination of a fit sentence once a conviction has been entered, rather than in the definition of the offence.

[110] A relationship of trust between the parties should not be a factor in finding a person guilty of voyeurism. While Parliament has expressly included the consideration of a relationship of trust in the language of other criminal offences, such as sexual exploitation (ss. 153 and 153.1), there is no evidence that the voyeurism offence was meant to be defined or delineated by the relationship of the complainant to the accused. The provision's silence on the relationship between the parties must be interpreted as the offence applying no less to strangers than to persons in a position of trust. As put by Laskin J.A., "legislative exclusion can be implied when an express reference is expected but absent": *University Health Network v. Ontario (Minister of Finance)* (2001), 208 D.L.R. (4th) 459 (C.A.), at para. 31.

[111] The protection of children was a priority in adopting Bill C-2, instructively entitled *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence*

un but sexuel au sens de l'al. c); enfin, la conscience, de la part du plaignant, du fait d'être observé ou filmé découle implicitement de l'exigence générale du caractère « subreptice » au par. (1).

[109] Les cinq autres facteurs que le juge en chef a jugés pertinents quant à l'attente raisonnable de protection en matière de vie privée sont les suivants : s'agissait-il d'une observation ou d'un enregistrement; la manière dont l'observation ou l'enregistrement a été fait (notamment, s'agissait-il d'un comportement ponctuel ou continu; a-t-on recouru à un moyen technologique et quelle était la nature de cette technologie); l'existence de règles, de règlements ou de politiques, le cas échéant, qui régissent l'observation ou l'enregistrement en question; la relation entre les parties (y compris la présence d'une relation de confiance ou d'une situation d'autorité), et les « attributs personnels » du plaignant. Soit dit en tout respect, j'estime qu'il convient de prendre en compte ces cinq facteurs dans la détermination d'une juste peine après l'inscription d'une déclaration de culpabilité, au lieu de les utiliser pour définir l'infraction.

[110] L'existence d'une relation de confiance entre les parties ne devrait pas constituer un facteur dont il faut tenir compte pour juger si une personne est coupable de voyeurisme. Dans le libellé d'autres infractions pénales, comme l'exploitation sexuelle (art. 153 et 153.1), le législateur a expressément mentionné la considération de la relation de confiance, mais rien ne prouve que l'infraction de voyeurisme était censée être définie ou circonscrite au regard de la relation entre le plaignant et l'accusé. Il faut interpréter l'absence de mention de la relation entre les parties dans la disposition comme voulant dire que l'infraction s'applique tout autant aux étrangers qu'aux personnes en situation de confiance. Pour reprendre les propos du juge d'appel Laskin, [TRADUCTION] « une exclusion législative peut être implicite lorsqu'une mention expresse est prévue mais absente » : *University Health Network c. Ontario (Minister of Finance)* (2001), 208 D.L.R. (4th) 459 (C.A.), par. 31.

[111] La protection des enfants était une priorité lors de l'adoption du projet de loi C-2, comme en témoigne son titre éloquent, *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables)*

Act, 1st Sess., 38th Parl., 2004 (assented to July 20, 2005). Accordingly, s. 162(1) should be applied so as to protect the integrity of children and other vulnerable persons. However, the analysis should not turn on the relationship between the viewer and the subject. Rather, where there is a relationship of trust between the accused and the complainant, this would be an aggravating factor in determining a fit sentence.

[112] Again, with respect, I would not adopt such a multi-factored test to decide whether there is a reasonable expectation of privacy in the context of the voyeurism offence. Rather, I would propose the following interpretation of that component of the offence.

A. *The Purpose and Object of Section 162(1)*

[113] I agree with the Chief Justice as to the purpose and object of s. 162(1): para. 48. The broad aim of criminal law is to prevent harm to society: W. R. LaFave and A. W. Scott, *Substantive Criminal Law* (2nd ed. 1986), vol. 1, at p. 17; A. W. Mewett and M. Manning, *Mewett & Manning on Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 14, cited with approval in *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at p. 881. The offence of voyeurism is not conceptually unique, but rather an extension of the criminal law to protect well-established interests of privacy, autonomy and sexual integrity of all individuals, in light of threats posed by new technologies to encroach upon them.

[114] The development of the voyeurism offence addressed limitations in the criminal law. Previously, the offences that were relied on to deal with what has been historically referred to as “peeping Tom” behaviour were offences interfering with property (trespassing at night, s. 177; mischief, s. 430). The application of these offences to the behaviour in question is deficient in two ways.

[115] First, the trespassing and mischief offences require interference with property or its lawful enjoyment. Therefore, they do not adequately respond to the use of modern technology by voyeurs to spy

et la Loi sur la preuve au Canada, 1^{re} sess., 38^e lég., 2004 (sanctionnée le 20 juillet 2005). Par conséquent, le par. 162(1) devrait s’appliquer de manière à protéger l’intégrité des enfants et d’autres personnes vulnérables. Toutefois, l’analyse ne devrait pas porter sur la relation entre l’auteur et le sujet de l’observation ou de l’enregistrement. Lorsqu’il existe une relation de confiance entre l’accusé et le plaignant, celle-ci devrait plutôt constituer un facteur aggravant dans la détermination d’une juste peine.

[112] Encore une fois, avec égards, je n’adopterais pas un critère multifactoriel pour décider s’il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans le contexte de l’infraction de voyeurisme. Je proposerai plutôt l’interprétation suivante de cette composante de l’infraction.

A. *L’objet du par. 162(1)*

[113] Je partage l’avis du juge en chef en ce qui concerne l’objet du par. 162(1) : par. 48. L’objectif général du droit criminel est de protéger la société : W. R. LaFave et A. W. Scott, *Substantive Criminal Law* (2^e éd. 1986), vol. 1, p. 17; A. W. Mewett et M. Manning, *Mewett & Manning on Criminal Law* (2^e éd. 1985), p. 14, cités avec approbation dans *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 881. L’infraction de voyeurisme n’est pas singulière sur le plan conceptuel, mais constitue une extension du droit criminel visant à protéger les droits bien établis à la vie privée, à l’autonomie et à l’intégrité sexuelle de tous compte tenu des menaces posées par les nouvelles technologies qui empiètent sur ces droits.

[114] La création de l’infraction de voyeurisme visait à corriger des lacunes du droit criminel. Auparavant, les infractions qui pouvaient être invoquées pour réprimer ce qu’on appelait jadis en anglais les comportements de « *peeping Tom* » étaient des infractions qui avaient trait à la propriété (intrusion de nuit, art. 177; méfait, art. 430). L’application de ces infractions à ce comportement est déficiente à deux égards.

[115] Premièrement, les infractions d’intrusion et de méfait exigent qu’il y ait atteinte au droit de propriété ou à la jouissance légitime de ce droit. Par conséquent, elles ne répondent pas adéquatement

surreptitiously on people from afar. Parliament's concern with the use of technology to observe and record from a distance, thus making the offences of trespassing at night and mischief ineffective to catch such liable behaviour, is plain. While the provision setting out the offence of voyeurism (s. 162) was enacted in 2005 as part of Bill C-2, the offence, almost identical in wording, had been debated in Parliament on two other occasions: once in 2003 as part of Bill C-20 and again in 2004 as part of Bill C-12 (*An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, 3rd Sess., 37th Parl., 2004). On second reading of Bill C-20 (*An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, 2nd Sess., 37th Parl., 2003), then Minister of Justice Martin Cauchon noted:

The development of new technologies has changed the situation [of surreptitious observation and recording] considerably. Nowadays, it is possible to obtain miniature cameras at a relatively reasonable cost. It is easier to be a voyeur from a distance using such cameras, and to do so in locations that would not have been accessible before.

(*House of Commons Debates*, vol. 138, No. 46, 2nd Sess., 37th Parl., January 27, 2003 (not given Royal Assent), at p. 2692)

The mischief is the ability to observe or create recordings undetected by the subject, in public as well as in private, by effectively placing the voyeur in close proximity or at invasive angles of observation to the subject.

[116] The potential for the use of technology to infringe another's privacy is great. As Professor Paton-Simpson remarked:

By transcending the limits of sensory perception, technology has almost limitless potential to contravene normal expectations of privacy in both public and private places.

à l'utilisation de la technologie moderne par les voyeurs pour espionner subrepticement des personnes de loin. Le législateur a clairement exprimé sa préoccupation quant au recours à la technologie à des fins d'observation et d'enregistrement à distance, ces comportements n'étant pas visés par les infractions d'intrusion de nuit et de méfait. Bien que la disposition énonçant l'infraction de voyeurisme (art. 162) ait été adoptée en 2005 dans le cadre du projet de loi C-2, l'infraction, dont la formulation est presque identique, avait été débattue au Parlement deux autres fois : en 2003 dans le cadre du projet de loi C-20, puis en 2004 dans le cadre du projet de loi C-12 (*Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, 3^e sess., 37^e lég., 2004). Lors de la deuxième lecture du projet de loi C-20 (*Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, 2^e sess., 37^e lég., 2003), le ministre de la Justice de l'époque, Martin Cauchon, a fait les observations suivantes :

Le développement des nouvelles technologies a changé considérablement cette situation [de l'observation et de l'enregistrement clandestins d'une personne]. De nos jours, il est possible de se procurer facilement des caméras miniatures à un prix relativement peu élevé. Il est plus facile de s'adonner au voyeurisme en utilisant des caméras à distance et de le faire dans des endroits qui n'auraient pas été accessibles auparavant.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, n^o 46, 2^e sess., 37^e lég., 27 janvier 2003 (n'a pas reçu la sanction royale), p. 2692)

Le méfait est la capacité d'un voyeur se trouvant à proximité d'une personne, ou dans des endroits lui permettant d'avoir un point de vue attentatoire sur cette personne, de l'observer ou de créer des enregistrements d'elle à son insu, en public comme en privé.

[116] Le potentiel que le recours à la technologie porte atteinte à la vie privée d'autrui est grand. Comme l'a fait remarquer la professeure Paton-Simpson :

[TRADUCTION] En transcendant les limites de la perception sensorielle, la technologie a un potentiel presque illimité de violer les attentes normales en matière de respect

For example, in the ordinary course of things, a person expects to be observed only from certain angles and distances and does not expect to be scrutinized in close-up without realizing and being able to react. [Footnotes omitted.]

(E. Paton-Simpson, “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, at p. 330)

An insidious characteristic of modern technology is that it allows a viewer to observe from a position where they could not, but for the technology. For example, in *R. v. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69, Voith J. held that children playing in swimwear in a park retained a reasonable expectation of privacy. The technology used to observe them allowed the accused effectively to place himself near the children’s genitals and buttocks. Though the accused may have been able to observe the children from a distance, he would not have been allowed by the children — or their caregivers — to observe from such proximity without the enablement of the technology. As a result, there was a violation of the children’s reasonable expectation of privacy by the accused, despite the fact that the children were in plain view to the public. This is a useful example of the proper interpretation of the provision.

[117] The second deficiency with the use of the trespassing at night and mischief offences is that doing so mischaracterizes the wrong targeted by the offence of voyeurism. Trespassing at night and mischief are offences against property rights. In the 2002 consultation paper *Voyeurism as a Criminal Offence*, the Department of Justice defined voyeurism as either a behaviour associated with “sexual gratification from. . . covert observation”, or “symptomatic of a sexual disorder”: p. 3. Importantly, s. 162(1) appears under Part V of the *Criminal Code* (“Sexual Offences, Public Morals and Disorderly Conduct”), and is properly categorized under the heading “Sexual Offences”.

de la vie privée tant dans les lieux publics que privés. Par exemple, dans le cours normal des choses, une personne s’attend à être observée uniquement à partir de certains angles et de certaines distances et ne s’attend pas à être examinée en gros plan à son insu et sans être capable de réagir. [Notes en bas de page omises.]

(E. Paton-Simpson, « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, p. 330)

La technologie moderne a comme caractéristique insidieuse de permettre à une personne d’observer des choses à partir d’un endroit où elle ne pourrait pas le faire, n’eût été cette technologie. Par exemple, dans *R. c. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69, le juge Voith a affirmé que les enfants qui jouent en maillot de bain dans un parc conservent une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. La technologie utilisée dans cette affaire permettait à l’accusé d’observer de près les organes génitaux et les fesses des enfants. L’accusé pouvait peut-être observer les enfants à distance, mais, s’il n’avait pas recouru à la technologie, les enfants — où les personnes qui s’en occupaient — ne lui auraient pas permis de les observer de si près. Par conséquent, l’accusé a violé les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée des enfants, malgré le fait que ces dernières étaient à la vue de tous. Il s’agit d’un exemple utile d’interprétation correcte de la disposition.

[117] La deuxième faille des infractions d’intrusion de nuit et de méfait au regard du comportement répréhensible visé par l’infraction de voyeurisme est qu’elles le dénaturent. L’intrusion de nuit et le méfait sont des infractions contre des droits de propriété. Dans le document de consultation de 2002 intitulé *Voyeurisme — Une infraction criminelle*, le ministère de la Justice a défini le voyeurisme comme un comportement associé au fait pour une personne de chercher « à assister, pour sa satisfaction et sans être vue » ou comme « le symptôme d’un trouble de la sexualité » : p. 3. Fait important, le par. 162(1) figure à la partie V du *Code criminel* (« Infractions d’ordre sexuel, actes contraires aux bonnes mœurs, inconduite ») et est à bon droit placé sous la rubrique « Infractions d’ordre sexuel ».

[118] The offences created by ss. 162(1) and 162.1(1) are the first in the *Criminal Code* to include a complainant’s reasonable expectation of privacy as an element of the offence. As such, the phrase must be interpreted with due consideration given to its function within the offence itself and within the scheme of offences in which it is located. Voyeurism is a sexual offence and should be interpreted in light of the harms contemplated in related provisions under the same heading in Part V of the *Criminal Code* (“Sexual Offences”). As will be discussed below, this calls for an interpretation of “privacy” that has regard to personal autonomy and sexual integrity.

B. *Placing Section 162(1) in the Sexual Offences Scheme*

[119] The provision in question ought to be situated in the overall statutory scheme so as to ensure that the scheme functions consistently and harmoniously as a whole: “the objective is to interpret statutory provisions to harmonize the components of legislation inasmuch as is possible, in order to minimize internal inconsistency”: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 689. Professor Sullivan describes the presumption of consistency:

It is presumed that the provisions of legislation are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole. The parts are presumed to fit together logically to form a rational, internally consistent framework; and because the framework has a purpose, the parts are also presumed to work together dynamically, each contributing something towards accomplishing the intended goal. [Footnote omitted; p. 337.]

[120] As a principle of statutory interpretation, consideration of the legislative scheme has been employed by this Court in the interpretation of the *Criminal Code*. For example, regarding the interpretation of the offence of child abduction in *Chartrand*,

[118] Les infractions créées par les par. 162(1) et 162.1(1) sont les premières du *Code criminel* dont l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée du plaignant est un élément constitutif. Par conséquent, il faut interpréter l’expression en tenant dûment compte de sa fonction au sein de la disposition prévoyant l’infraction où elle est employée et dans le cadre du régime d’infractions dans lequel elle se trouve. Le voyeurisme est une infraction d’ordre sexuel et il y a lieu de l’interpréter à la lumière des préjudices évoqués dans les dispositions connexes figurant sous la même rubrique de la partie V du *Code criminel* (« Infractions d’ordre sexuel »). Comme on le verra, cette tâche nécessitera une interprétation de la « vie privée » qui tienne compte de l’autonomie personnelle et de l’intégrité sexuelle.

B. *Replacer le par. 162(1) dans le régime des infractions d’ordre sexuel*

[119] La disposition en cause doit être replacée dans l’ensemble de son régime législatif de manière à ce que le régime fonctionne comme un tout cohérent et harmonieux : « [la méthode contextuelle] vise à interpréter les dispositions législatives de façon à en harmoniser le plus possible les éléments et à éviter les incohérences internes » : *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 689. La professeure Sullivan décrit comme suit la présomption de cohérence :

[TRADUCTION] Les dispositions d’une loi sont présumées fonctionner ensemble, tant logiquement que téléologiquement, comme les diverses parties d’un tout. Les parties sont présumées s’assembler logiquement pour former un cadre rationnel, intrinsèquement cohérent; et parce que ce cadre a un objet, ses éléments sont aussi présumés s’appliquer ensemble de façon dynamique, chacun contribuant à la réalisation de l’objectif visé. [Note en bas de page omise; p. 337.]

[120] Notre Cour a recouru à l’examen du régime législatif — principe d’interprétation législative — pour interpréter le *Code criminel*. Par exemple, en ce qui concerne l’interprétation donnée à l’infraction d’enlèvement d’enfant dans *Chartrand*, la juge

Justice L'Heureux-Dubé wrote for a unanimous Court:

In this examination of the purpose of s. 281, it is necessary to look at the whole scheme designed by Parliament to deal with such related offences as kidnapping, hostage taking and abduction, more precisely, ss. 279 to 286 of the *Code*. Those sections deal with the whole range of related offences. [p. 879]

Following an examination of the related offences, the Court found the purpose of the child abduction provision to be “to secure the right and ability of parents (guardians, etc.) to exercise control over their children (those children for whom they act as guardians, etc.) for the protection of those children, and at the same time to prevent the risk of harm to children by diminishing their vulnerability”: p. 880.

[121] Similarly, this Court has relied on the grouping of provisions to assist in interpretation: see, e.g., *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236. As Professor Sullivan notes, “[w]hen provisions are grouped together under a heading it is presumed that they are related to one another in some particular way, that there is a shared subject or object or a common feature to the provisions”: p. 463. In *R. v. Drapeau* (1995), 96 C.C.C. (3d) 554, Fish J.A. (as he then was), in interpreting the offence of mischief, considered its placement within Part XI of the *Criminal Code* (“Wilful and Forbidden Acts in Respect of Certain Property”) and found that mischief dealt primarily with “the integrity of the property itself and not with conduct affecting the exercise of property rights”: p. 561.

[122] In this case, one should look to the scheme for sexual offences as a whole so as to inform the interpretation of s. 162(1). Sexual offences are designed to protect the personal autonomy and sexual integrity of the individual. In the introduction to his treatise on sexual offences in Canada, Professor Stewart states, “We believe that the principal purpose of the law of sexual offences is to protect sexual autonomy, though we recognize that the protection

L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, a écrit ceci :

L'analyse de l'objectif de l'art. 281 exige l'examen de l'ensemble du régime conçu par le législateur à l'égard d'infractions connexes comme l'enlèvement, la prise d'otages et le rapt, plus précisément les art. 279 à 286 du *Code*. Ces articles visent toute une gamme d'infractions connexes. [p. 879]

Après examen des infractions connexes, la Cour a conclu que l'objectif de la disposition relative à l'enlèvement d'enfant consistait « tant à garantir le droit et la faculté des parents (tuteurs, etc.) d'exercer leur autorité sur leurs enfants (dont ils sont les tuteurs, etc.) afin de protéger ces derniers, qu'à prévenir le risque de préjudice aux enfants, en réduisant leur vulnérabilité » : p. 880.

[121] De même, notre Cour s'est fondée sur le regroupement de dispositions pour la guider dans son interprétation : voir, p. ex., *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236. Comme le fait remarquer la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [l]es dispositions réunies sous une même rubrique sont présumées être liées entre elles d'une façon particulière, porter sur un même sujet ou avoir le même objet, ou encore, partager une même caractéristique » : p. 463. Dans *R. c. Drapeau* (1995), 96 C.C.C. (3d) 554, le juge d'appel Fish (plus tard juge de notre Cour) a tenu compte, pour interpréter l'infraction de méfait, du fait qu'elle se trouvait dans la partie XI du *Code* (« Actes volontaires et prohibés concernant certains biens ») et a conclu qu'elle visait avant tout [TRADUCTION] « l'intégrité des biens mêmes et non la conduite portant atteinte à l'exercice de droits de propriété » : p. 561.

[122] En l'espèce, il y a lieu d'examiner l'ensemble du régime des infractions d'ordre sexuel pour éclairer l'interprétation du par. 162(1). Les infractions d'ordre sexuel visent à protéger l'autonomie personnelle et l'intégrité sexuelle de la personne. Dans l'introduction de son traité sur les infractions sexuelles au Canada, le professeur Stewart déclare ceci : [TRADUCTION] « Nous croyons que l'objectif principal du droit relatif aux infractions sexuelles

of sexual autonomy will often overlap with the harm principle”: H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law*, (loose-leaf), at p. 1-7.

[123] I pause to note briefly that while the trespassing at night and mischief offences could be considered related, as discussed above, the use of these offences to address criminally voyeuristic behaviour was an incidental application of the criminal law. Section 162(1) is properly categorized as a sexual offence, and as such its wording bears no resemblance to the property offences of trespassing at night and mischief. Therefore, those provisions do not provide a useful basis for the interpretation of s. 162(1).

[124] There is extensive jurisprudence from this Court that defines sexual offences in terms of violation of one’s autonomy and integrity. Sexual assault is an assault “committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated”: *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, at p. 302, affirmed by this Court in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. V. (K.B.)*, [1993] 2 S.C.R. 857; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. A.G.*, 2000 SCC 17, [2000] 1 S.C.R. 439; *R. v. Larue*, 2003 SCC 22, [2003] 1 S.C.R. 277; *R. v. Lutoslawski*, 2010 SCC 49, [2010] 3 S.C.R. 60; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346.

[125] Describing the interests that the criminal law seeks to protect with respect to sexual assault, this Court stated in *Ewanchuk* that “[t]he law must afford women and men alike the peace of mind of knowing that their bodily integrity and autonomy in deciding when and whether to participate in sexual activity will be respected”: para. 66. As observed by Professor Stewart, this Court “has put the sexual autonomy and sexual integrity of the complainant, rather than the motivation of the accused, at the centre of the distinction between sexual and non-sexual assault”: p. 1-7 (footnote omitted). This Court

est de protéger l’autonomie sexuelle, bien que nous reconnaissons que la protection de l’autonomie sexuelle chevauche souvent le principe du préjudice » : H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), p. 1-7.

[123] J’ouvre une courte parenthèse pour faire remarquer que si, comme on l’a vu précédemment, les infractions d’intrusion de nuit et de méfait pourraient être considérées comme connexes, le recours à ces infractions pour les cas de voyeurisme criminel constitue une application accessoire du droit criminel. Or, l’infraction prévue au par. 162(1) est classée à juste titre comme une infraction d’ordre sexuel et, à ce titre, son libellé ne ressemble pas à celui des infractions liées à la propriété que sont l’intrusion de nuit et le méfait. Par conséquent, ces dispositions ne nous aident pas à interpréter le par. 162(1).

[124] Il existe une jurisprudence abondante de notre Cour dans laquelle les infractions sexuelles sont décrites comme une atteinte à l’autonomie et à l’intégrité de la personne. L’agression sexuelle est une agression qui est « commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l’intégrité sexuelle de la victime » : *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, p. 302, confirmé par notre Cour dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. V. (K.B.)*, [1993] 2 R.C.S. 857; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. A.G.*, 2000 CSC 17, [2000] 1 R.C.S. 439; *R. c. Larue*, 2003 CSC 22, [2003] 1 R.C.S. 277; *R. c. Lutoslawski*, 2010 CSC 49, [2010] 3 R.C.S. 60; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346.

[125] Décrivant les droits que les règles de droit pénales cherchent à protéger en matière d’agression sexuelle, notre Cour a déclaré dans *Ewanchuk* que « [l]e droit doit permettre aux femmes comme aux hommes d’avoir l’esprit tranquille et de savoir que leur intégrité physique et leur autonomie seront respectées lorsqu’ils décident de participer ou non à une activité sexuelle et du moment où ils entendent le faire » : par. 66. Comme l’a fait observer le professeur Stewart, notre Cour [TRADUCTION] « a jugé que ce sont l’autonomie et l’intégrité sexuelles du plaignant, et non la motivation de l’accusé, qui

recognized in *Hutchinson* that creation of the offence of sexual assault protects the “values of personal autonomy and physical integrity”: para. 91.

[126] The child pornography jurisprudence provides additional guidance on the interests underlying the sexual offences scheme as a whole. Chief Justice McLachlin held that child pornography “denies children their autonomy and dignity”, and that the “violation of dignity may stay with the child as long as he or she lives”: *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at paras. 185 and 92; see also *R. v. Hewlett*, 2002 ABCA 179, 167 C.C.C. (3d) 425, at para. 22; *R. v. L.A.C.*, 2005 ABPC 217, 386 A.R. 102, at para. 54. While child pornography falls under the heading “Offences Tending to Corrupt Morals” in Part V of the *Criminal Code*, the interests at stake are closely tied to those contemplated by the voyeurism offence and other sexual offences.

[127] The interests protected under s. 162(1) accord with those described in *Ewanchuk*, *Hutchinson*, and *Sharpe*. They represent a shift in the conception of sexual offences away from sexual propriety and towards a focus on sexual integrity. As noted by Professor Craig, “[t]his shift from focusing on sexual propriety to sexual integrity enables greater emphasis on violations of trust, humiliation, objectification, exploitation, shame, and loss of self-esteem rather than simply, or only, on deprivations of honour, chastity, or bodily integrity (as was more the case when the law’s concern had a greater focus on sexual propriety)”: E. Craig, *Troubling Sex: Towards a Legal Theory of Sexual Integrity* (2012), at p. 68.

[128] “Privacy” defies a singular definition. It is a protean concept given content from the circumstances to which it is applied. But the privacy interest engaged by s. 162(1) is not so amorphous as to defy sufficient certainty and stability to meet the requirements of the criminal law. The phrase

permettent de distinguer les agressions sexuelles des agressions de nature non sexuelle » : p. 1-7 (note en bas de page omise). Dans *Hutchinson*, notre Cour a reconnu que la création de l’infraction d’agression sexuelle protège les « valeurs d’autonomie personnelle et d’intégrité physique » : par. 91.

[126] La jurisprudence relative à la pornographie juvénile fournit d’autres indications sur les droits qui sous-tendent le régime d’infractions d’ordre sexuel dans son ensemble. La juge en chef McLachlin a affirmé que ce type de pornographie « prive les enfants de leur autonomie et de leur dignité » et que « l’atteinte à la dignité peu[t] marquer l’enfant pour la vie » : *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 185 et 92; voir aussi *R. c. Hewlett*, 2002 ABCA 179, 167 C.C.C. (3d) 425, par. 22; *R. c. L.A.C.*, 2005 ABPC 217, 386 A.R. 102, par. 54. Bien que la pornographie juvénile figure sous la rubrique « Infractions tendant à corrompre les mœurs », à la partie V du *Code criminel*, les droits en jeu sont intimement liés à ceux visés par l’infraction de voyeurisme et d’autres infractions d’ordre sexuel.

[127] Les droits protégés par le par. 162(1) correspondent à ceux décrits dans *Ewanchuk*, *Hutchinson* et *Sharpe*. Ils représentent un changement dans la façon de concevoir les infractions sexuelles, qui ne sont plus considérées sous l’angle de la bienséance sexuelle mais de l’intégrité sexuelle. Comme l’a noté la professeure Craig, [TRADUCTION] « [c]e changement d’éclairage, qui passe de la bienséance sexuelle à l’intégrité sexuelle, permet de mettre un accent accru sur les abus de confiance, l’humiliation, l’objectification, l’exploitation, la honte et la perte d’estime de soi plutôt que sur simplement, ou seulement, l’atteinte à l’honneur, à la chasteté et à l’intégrité physique (comme c’était davantage le cas quand le droit se préoccupait davantage de la bienséance sexuelle) » : E. Craig, *Troubling Sex : Towards a Legal Theory of Sexual Integrity* (2012), p. 68.

[128] La « vie privée » ne peut être réduite à une définition unique : il s’agit d’une notion protéiforme dont le contenu varie selon les circonstances dans lesquelles on l’utilise. Le droit à la vie privée mis en jeu par le par. 162(1) n’est toutefois pas flou au point d’écarter la certitude et la stabilité requises

“circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” in the context of the sexual offence of voyeurism is meant to protect a privacy interest in one’s image against observations or recordings that are, first, surreptitious and, second, objectively sexual in content or purpose. This privacy interest itself, where it is substantially and not trivially engaged (e.g. by merely uncouth or ill-mannered behavior), is founded on the twin interests of the protection of sexual integrity and the autonomy to control one’s personal visual information.

III. Circumstances that Give Rise to a Reasonable Expectation of Privacy in One’s Image

[129] With respect to the scope of the privacy interest engaged by s. 162(1), I agree with the Chief Justice that the wording of the provision supports the view that a reasonable expectation of privacy does not turn solely on the location of the person being observed or recorded. The explicit reference to location in para. (a) suggests that “circumstances” must mean something beyond places that are traditionally private. In order for para. (b) to be operative, Parliament must have understood that a person could have a reasonable expectation of privacy in places other than where one would be expected to be nude or engaged in sexual activity. Similarly, para. (c) would be “mere surplusage” if it did not recognize an essential privacy interest maintained by the individual *regardless of their location*: *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28. The recognition of this essential privacy interest, separate and apart from the privacy interest tied to “traditionally private” places, is aligned with an interpretation of the provision that centres the protection of personal autonomy and sexual integrity.

[130] Of course, location can be relevant when determining whether a reasonable expectation of privacy exists. Privacy’s roots are embedded in the

pour satisfaire aux exigences du droit criminel. L’expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » dans le contexte de l’infraction sexuelle de voyeurisme vise à protéger le droit à la vie privée pour ce qui est de l’image personnelle de l’intéressé contre les observations ou les enregistrements qui, premièrement, sont subreptices et, deuxièmement, ont objectivement un contenu ou un objet sexuel. Ce droit à la vie privée, lorsqu’il est en jeu de façon importante et non anodine (par ex. par une conduite malséante), repose sur les droits jumeaux que sont la protection de l’intégrité sexuelle et la faculté de maîtriser les renseignements visuels personnels sur soi.

III. Circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée quant à son image personnelle

[129] En ce qui concerne l’étendue du droit à la vie privée mis en jeu par le par. 162(1), je conviens avec le juge en chef que le libellé de cette disposition étaye le point de vue selon lequel une attente raisonnable au respect de la vie privée ne dépend pas uniquement de l’endroit où se trouve la personne qui est observée ou filmée. La mention explicite du lieu à l’al. a) donne à penser que les « circonstances » doivent aussi englober des endroits qui ne sont pas traditionnellement privés. Pour que l’al. b) puisse trouver application, le législateur devait avoir envisagé la possibilité qu’une personne ait une attente raisonnable au respect de sa vie privée dans des lieux autres que ceux où on s’attendrait à être nu ou à pouvoir se livrer à des activités sexuelles. Dans le même ordre d’idées, l’al. c) serait « superfétatoire » s’il ne reconnaissait pas l’existence d’un droit fondamental à la vie privée de toute personne, *peu importe le lieu où elle se trouve* : *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28. La reconnaissance de ce droit fondamental à la vie privée, indépendamment des droits en matière de vie privée relatifs aux lieux « traditionnellement privés », correspond à une interprétation de la disposition axée sur la protection de l’autonomie personnelle et de l’intégrité sexuelle.

[130] Bien sûr, le lieu peut être pertinent pour déterminer s’il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Les racines de

same soil as the sanctity of the home and the protection of one's property. As noted by Justice La Forest, "[t]he sanctity of the home is deeply rooted in our traditions. It serves to protect the security of the person and individual privacy": *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, at p. 167, in dissent. The importance of being free from interference in one's home has long been judicially recognized, for example in 1604, in *Semayne's Case*: "That the house of every one is to him as his . . . castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose": (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, at p. 195.

[131] The expectation of privacy is highest in places where one can exclude others. When one is in public, one's expectation of privacy is attenuated. The development of technology has extended the privacy interest from the territorial (the sanctity of the home), to include the informational (the protection of one's personal information). Thus, the privacy interest may be attenuated but does not cease to exist when a person can be openly observed or recorded, for example, by security cameras. In recognizing that the privacy interest is strongest in "traditionally private" places, I note that with regard to s. 162(1)(a), conduct that infringes a reasonable expectation of privacy for the purposes of that paragraph must still meet the test described below. The fact that a person is in a "private" place does not satisfy the reasonable expectation of privacy inquiry *per se*. To conclude that location is determinative would undermine the interests that Parliament sought to protect in the creation of the voyeurism offence.

[132] Whether a person has a reasonable expectation of privacy is a normative question. I share the view set out in the dissenting opinion of the Court of Appeal in this case that finding that a person has a reasonable expectation of privacy in the relevant circumstances "is to conclude that his or her interest in privacy *should* be prioritized over other interests": 2017 ONCA 778, 139 O.R. (3d) 754, at para. 117

la vie privée s'enfoncent dans le même sol que le caractère sacré du foyer et la protection des biens de chacun. Comme l'a déclaré le juge La Forest, « [l]e caractère sacré du foyer est profondément ancré dans nos traditions. Il sert à assurer la sécurité de la personne et la vie privée de l'individu » : *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, p. 167, en dissidence. Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps l'importance d'être à l'abri de toute ingérence chez soi. Par exemple, en 1604, la cour a dit dans *Semayne's Case* [TRADUCTION] « [q]ue la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse, tant pour se défendre contre l'injure et la violence que pour son repos . . . » : (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, p. 195.

[131] L'attente de protection en matière de vie privée est la plus élevée dans les lieux d'où on peut exclure d'autres personnes; elle est moindre dans un endroit public. Le développement de la technologie a étendu le droit à la vie privée de la seule territorialité (le caractère sacré du foyer) au volet informationnel (la protection des renseignements personnels). Ainsi, le droit à la vie privée peut être réduit, mais il ne cesse pas d'exister lorsqu'une personne peut être ouvertement observée ou filmée, par exemple au moyen de caméras de surveillance. Je reconnais que le droit à la vie privée est le plus fort dans les lieux « traditionnellement privés », mais je remarque qu'en ce qui concerne l'al. 162(1)a), la conduite qui viole une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l'application de cet alinéa doit tout de même répondre au critère décrit ci-après. Le fait qu'une personne se trouve dans un lieu « privé » n'est pas suffisant en soi pour conclure à une attente raisonnable en matière de vie privée. Conclure que le lieu est déterminant compromettrait les droits que le législateur a cherché à protéger en créant l'infraction de voyeurisme.

[132] La question de savoir si une personne a une attente raisonnable de protection en matière de vie privée est une question normative. Je souscris au point de vue énoncé dans l'opinion dissidente de la Cour d'appel en l'espèce selon laquelle conclure qu'une personne a une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans des circonstances données [TRADUCTION] « revient à conclure que son

(emphasis in original). Infringing a person's reasonable expectation of privacy in the context of the voyeurism offence can be conceptualized as crossing a threshold where the law prioritizes the observed person's interest in protecting their autonomy and sexual integrity over the accused's liberty of action.

[133] If both the following two related questions are answered in the affirmative, then an observation or recording occurred in circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy under s. 162(1):

- (1) Did the surreptitious observation or recording diminish the subject's ability to maintain control over their image?
- (2) And if so, did this type of observation or recording infringe the sexual integrity of the subject?

In brief, an infringement of one's privacy interest under s. 162(1) can only be sustained if that individual is recorded or observed in a way that both causes them to lose control over their image; and also infringes their sexual integrity. This conjunctive test accords with what Parliament sought to protect by creating the voyeurism offence: "the state's interest in protecting the privacy of individual citizens and its interest in preventing sexual exploitation of its citizens coalesce where the breach of privacy also involves a breach of the citizen's sexual or physical integrity": *Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper*, at p. 8 (emphasis added).

A. *Did the Surreptitious Observation or Recording Diminish the Subject's Ability to Maintain Control Over Their Image?*

[134] What is private can be determined with regard to two related concepts: exclusivity and control. By virtue of one's ability to exclude others and control access to one's personal information, that information is protected from unwanted interference and is

droit à la protection en matière de vie privée *devrait* avoir priorité sur d'autres droits » : 2017 ONCA 778, 139 O.R. (3d) 754, par. 117 (en italique dans l'original). On pourrait expliquer la violation de l'attente raisonnable d'une personne au respect de sa vie privée dans le contexte de l'infraction de voyeurisme comme le franchissement d'un seuil au-delà duquel la loi donne au droit à la protection de l'autonomie et de l'intégrité sexuelle de la personne observée la priorité sur la liberté d'action de l'accusé.

[133] Si les deux questions connexes suivantes reçoivent une réponse affirmative, il y a eu observation ou enregistrement dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée au sens du par. 162(1) :

- (1) L'observation ou l'enregistrement subreptice a-t-il diminué l'aptitude du sujet à garder le contrôle de son image?
- (2) Si oui, ce type d'observation ou d'enregistrement a-t-il porté atteinte à l'intégrité sexuelle du sujet?

Bref, il ne peut y avoir atteinte au droit à la vie privée d'une personne au sens du par. 162(1) que si cette personne est enregistrée ou observée d'une manière qui lui fait perdre le contrôle de son image et porte atteinte à son intégrité sexuelle. Ce test en deux étapes s'accorde avec ce que législateur cherchait à protéger en créant l'infraction de voyeurisme : « l'État a intérêt à protéger la vie privée des citoyens et à prévenir l'exploitation sexuelle des personnes et [. . .] ces deux intérêts-là coïncident en cas d'atteinte à la vie privée lorsque cette atteinte constitue en même temps une atteinte à l'intégrité physique ou sexuelle de la personne » : *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Document de consultation*, p. 9 (je souligne).

A. *L'observation ou l'enregistrement subreptice a-t-il diminué l'aptitude du sujet à garder le contrôle de son image?*

[134] On peut établir ce qui est privé eu égard à deux notions connexes : l'exclusivité et le contrôle. Grâce à la capacité d'une personne d'exclure les autres et de contrôler l'accès aux renseignements personnels qui la concernent, ces renseignements

therefore private. Alan Westin defined privacy as the claim of persons to “determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”: A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7. The personal information that one chooses to display, how that information is presented and accessed, and the ability to be selective about who can access that information, are all examples of the exercise of exclusivity and control by the person asserting the privacy interest.

[135] The ability to maintain control over what personal visual information is shared, and with whom, is a facet of privacy linked to personal autonomy. Professor Parker has described privacy as “control over when and by whom the various parts of us can be sensed by others”: R. B. Parker, “A Definition of Privacy” (1974), 27 *Rutgers L. Rev.* 275, at p. 281 (emphasis deleted). Professor Gavison defined privacy as being “a limitation of others’ access to an individual” and a loss of privacy as occurring where “others obtain information about an individual, pay attention to him, or gain access to him”: R. Gavison, “Privacy and the Limits of Law” (1980), 89 *Yale L.J.* 421, at p. 428. In another article, she argued that the private is “that which is unknown and unobserved; the public is that which is known or observed, or at least is capable of being known or observed, because it occurs in a public place”: R. Gavison, “Feminism and the Public/Private Distinction” (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 1, at p. 6. Relying on this definition, Professor Paton-Simpson provided a similar description of privacy as “relating to limitations on ‘accessibility in the form of being known or observed’”: E. Paton-Simpson, at p. 308.

[136] A common feature in all the foregoing is the idea that privacy is the ability to control what is known or observed about oneself. An infringement of privacy occurs when that which is unknown/unobserved becomes known/observed without the person

sont à l’abri d’une ingérence non désirée et sont donc privés. Alan Westin a défini la vie privée comme étant le droit revendiqué par des individus de [TRADUCTION] « déterminer par eux-mêmes le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués » : A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7. Les renseignements personnels qu’une personne choisit de rendre publics, la manière dont ils sont présentés et consultés, ainsi que la faculté de décider qui peut les obtenir, sont tous des exemples de l’exercice d’exclusivité et de contrôle par la personne revendiquant le droit à la vie privée.

[135] La capacité de garder l’emprise sur les renseignements visuels personnels qui peuvent être communiqués et les personnes à qui ils le sont constitue un volet de la vie privée lié à l’autonomie personnelle. Le professeur Parker a décrit la vie privée comme [TRADUCTION] « la faculté de décider qui peut avoir accès aux divers aspects de notre personne et à quel moment » : R. B. Parker, « A Definition of Privacy » (1974), 27 *Rutgers L. Rev.* 275, p. 281 (soulignement omis). La professeure Gavison a quant à elle défini la vie privée comme étant [TRADUCTION] « la limite de l’accès d’autrui à un individu » et a expliqué qu’il y a atteinte à la vie privée lorsque « d’autres personnes obtiennent des renseignements sur un individu, lui portent attention ou accèdent à lui » : R. Gavison, « Privacy and the Limits of Law » (1980), 89 *Yale L.J.* 421, p. 428. Dans un autre article, elle écrit que le domaine privé est [TRADUCTION] « ce qui est non connu et non observé, alors que le domaine public est ce qui est connu ou observé, ou du moins ce qui peut être connu ou observé du fait de son déroulement dans un lieu public » : R. Gavison, « Feminism and the Public/Private Distinction » (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 1, p. 6. Se fondant sur cette définition, la professeure Paton-Simpson a décrit de façon similaire la vie privée en parlant des [TRADUCTION] « limites de “l’accessibilité au regard de ce qui est connu ou observé” » : E. Paton-Simpson, p. 308.

[136] Une caractéristique commune à toutes les définitions précédentes est l’idée que la vie privée repose sur la capacité de maîtriser ce qui est connu ou observé de nous. Il y a atteinte à la vie privée lorsque ce qui est inconnu ou non observé le devient sans

having put this information forward. These perspectives provide a framework inclusive of location as well as personal dignity: they identify an essential privacy interest that a person retains even when in a public place.

[137] While a person would not have a reasonable expectation of privacy in circumstances where they can be observed in passing or at a respectful distance (for example, passing on a sidewalk or conversing in a hallway), they may well have a reasonable expectation that their privacy will not be infringed in the same circumstances by being surreptitiously observed telescopically or at certain angles, *a fortiori* where the image is recorded. Where a person chooses to disrobe in a public place such as a communal change room, they will reasonably expect to be observed in passing. However, that person will still maintain an essential privacy interest that can be infringed by surreptitious observation or recording, with or without the use of technology, which allows more invasive access to the subject's image than would otherwise be possible.

[138] The majority of the Court of Appeal reasoned that in order to give meaning to each word in the provision, the reasonable expectation of privacy must add something to the offence beyond that required by the surreptitiousness element: “[i]f the fact that [a person is] being surreptitiously recorded without their consent for a sexual purpose were enough to give rise to a reasonable expectation of privacy, that would make the privacy requirement redundant”: para 108. This led the Court to conclude that a person will normally not be in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy when they are in public, fully clothed, and not engaged in sexual activity: para 108.

[139] For the reasons I have noted above, the reasonable expectation of privacy element should not be rendered redundant when considering observation or recording in a public place. I agree with the appellant

que la personne concernée n’ait rendu disponible l’information. Ces points de vue proposent un cadre englobant le lieu comme la dignité personnelle : ils reconnaissent un droit fondamental à la vie privée que toute personne conserve même lorsqu’elle se trouve dans un lieu public.

[137] Une personne n’aurait pas d’attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans des circonstances où elle peut être observée en passant ou à une saine distance (par exemple, lorsqu’elle marche sur un trottoir ou bavarde dans un corridor), mais elle pourrait raisonnablement s’attendre à ce qu’il ne soit pas porté atteinte à sa vie privée dans les mêmes circonstances par l’observation subreptice télescopique ou sous certains angles, *a fortiori* lorsque l’image est enregistrée. La personne qui choisit de se dévêtir dans un lieu public comme un vestiaire s’attend raisonnablement à être observée par d’autres qui passent par là. Elle conserve néanmoins un droit fondamental à la protection de sa vie privée auquel il peut être porté atteinte par une observation ou un enregistrement subreptice, avec ou sans le recours à la technologie, qui donne un accès plus invasif à son image que celui auquel on aurait pu avoir autrement.

[138] Selon le raisonnement de la majorité de la Cour d’appel, pour donner un sens à chaque mot de la disposition, l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée doit ajouter autre chose à l’infraction que l’élément subreptice requis : [TRADUCTION] « [s]’il était suffisant [qu’une personne] fasse subrepticement l’objet d’un enregistrement à des fins sexuelles sans son consentement pour qu’il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, l’exigence quant au respect de la vie privée serait redondante » : par. 108. Cette conclusion a mené la Cour d’appel à juger qu’une personne ne se trouve pas normalement dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie lorsqu’elle est en public, qu’elle est entièrement vêtue et qu’elle ne se livre pas à une activité sexuelle : par. 108.

[139] Pour les motifs que j’ai exposés ci-dessus, l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée ne devrait pas devenir redondante lorsqu’on a affaire à une observation ou à un enregistrement

Crown that while the surreptitiousness of the recording may signal circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, the two elements remain distinct: A.F., at para. 71. Surreptitiousness relates to the actions of the observer, while the reasonable expectation of privacy pertains to the individual being observed or recorded. The two concepts are related in the sense that one informs the other; but the concepts are distinguishable. For example, one can imagine a person approaching a woman and pointing a camera at her body at close range. This behaviour would be reprehensible, and would invade the woman's reasonable expectation of privacy, but would fail the surreptitiousness requirement in s. 162(1). Similarly, a person in a shopping mall recorded by concealed security cameras cannot be said to have a reasonable expectation of privacy with regard to those images, even though they have been captured surreptitiously.

[140] As raised by the appellant, the surreptitiousness of the observation or recording improperly removes the individual's ability to maintain control over how they are observed (A.F., at para. 8). In addition, while the voyeurism offence targets both observation and recordings, because of its permanence, a recording compounds the denial of the subject's autonomy by giving the voyeur repeated access to the observation. This brings me to my next question.

B. Did This Type of Observation or Recording Infringe the Sexual Integrity of the Subject?

[141] In order to find that a person was in circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1), the observation or recording must have infringed the sexual integrity of the subject. I agree with the majority of the Court of Appeal for Ontario that it is not contrary to s. 162(1) to surreptitiously observe or record another person where their sexual integrity is not compromised. The offence of voyeurism is limited to visual

dans un lieu public. Je suis d'accord avec le ministère public appelant pour dire que, s'il est vrai que le caractère subreptice d'un enregistrement peut indiquer la présence de circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, les deux éléments demeurent distincts : m.a., par. 71. Le caractère subreptice a trait aux agissements de la personne qui fait l'observation, alors que l'attente raisonnable relative à la vie privée appartient à l'individu qui fait l'objet de l'observation ou de l'enregistrement. Les deux concepts sont liés, en ce sens que l'un éclaire l'autre, mais il faut les distinguer. Par exemple, on peut imaginer une personne qui s'approche d'une femme et pointe une caméra vers son corps à bout portant. Ce comportement serait répréhensible et frustrerait l'attente raisonnable de la femme au respect de sa vie privée, mais ne satisfait pas à l'exigence du caractère subreptice prévue au par. 162(1). De même, une personne se trouvant dans un centre commercial qui est filmée par des caméras de sécurité cachées ne pourrait pas invoquer une attente raisonnable de protection en matière de vie privée à l'égard de ces images, même si celles-ci ont été obtenues subrepticement.

[140] Comme le fait valoir l'appelante, le caractère subreptice de l'observation ou de l'enregistrement retire abusivement à la personne la faculté de conserver l'emprise sur la façon dont elle est observée (m.a., par. 8). Par ailleurs, bien que l'infraction de voyeurisme vise et l'observation et les enregistrements, un enregistrement, en raison de son caractère permanent, exacerbe la négation de l'autonomie du sujet en donnant au voyeur un accès répété à l'observation, ce qui m'amène à la prochaine question.

B. Ce type d'observation ou d'enregistrement a-t-il porté atteinte à l'intégrité sexuelle du sujet?

[141] La conclusion qu'une personne se trouvait dans des circonstances pour lesquelles il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l'application du par. 162(1) requiert que l'observation ou l'enregistrement ait porté atteinte à l'intégrité sexuelle du sujet. Je conviens avec la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario qu'il n'est pas contraire au par. 162(1) d'observer ou de filmer subrepticement une autre personne lorsque

intrusions that infringe another person's sexual integrity. The inquiry into the impact on sexual integrity is reflective of the object of the provision, and the scheme of sexual offences as a whole.

[142] This Court stated in *Chase* that a sexual assault is an assault “committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated”: p. 302. A similar approach should be adopted when assessing whether the impugned observation or recording infringes the complainant's sexual integrity in the context of the voyeurism offence. Whether the observation or recording was sexual in nature such that it infringes the sexual integrity of the subject should be decided on an objective standard, and considered in light of all the circumstances. While the intent of the perpetrator may be relevant in determining whether the observation or recording was sexual in nature, it is not determinative: *Chase*, at p. 302.

[143] Viewing the infringement of sexual integrity under the test set out in *Chase* ensures that the “reasonable expectation of privacy” analysis is not conflated with the sexual purpose inquiry under s. 162(1)(c). It is important to keep these inquiries distinct. One can imagine a surreptitious observation or recording that violates the sexual integrity of the subject, but is done for another purpose, for example, nude photographs taken for the purpose of blackmail. Absent a sexual purpose, this behaviour would not be caught under s. 162(1)(c), though depending on the circumstances, the behaviour may fall under s. 162(1)(a) or (b), or be caught by a different provision of the *Criminal Code*.

[144] By contrast, when observations or recordings are done in public and the subject is neither nude, nor exposing intimate body parts, nor engaged in sexual activity, Parliament limited criminal conduct to circumstances where the observations or recordings are for a sexual purpose under para. (c). I agree with the majority of the Court of Appeal that “sexual

l'intégrité sexuelle de celle-ci n'est pas compromise. L'infraction de voyeurisme vise uniquement les atteintes visuelles à l'intégrité sexuelle d'une autre personne. L'examen de l'incidence sur l'intégrité sexuelle reflète l'objet de la disposition et de l'ensemble du régime des infractions sexuelles.

[142] Notre Cour a affirmé dans *Chase* qu'une agression sexuelle est une agression qui est « commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime » : p. 302. Il convient d'adopter une approche semblable pour juger si l'observation ou l'enregistrement reproché porte atteinte à l'intégrité sexuelle du plaignant dans le contexte de l'infraction de voyeurisme. Le point de savoir si l'observation ou l'enregistrement était de nature sexuelle et portait de ce fait atteinte à l'intégrité sexuelle du sujet doit être tranché en fonction d'une norme objective et examiné à la lumière de toutes les circonstances. L'intention de l'auteur peut être pertinente lorsqu'il s'agit de décider si l'observation ou l'enregistrement était de nature sexuelle, mais elle n'est pas déterminante : *Chase*, p. 302.

[143] En considérant l'atteinte à l'intégrité sexuelle en fonction du critère énoncé dans *Chase*, on évite que l'analyse de l'« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » soit confondue avec l'examen du but sexuel au regard de l'al. 162(1)c). Il importe de garder ces analyses distinctes. On peut penser à une observation ou à un enregistrement subreptice qui porte atteinte à l'intégrité sexuelle du sujet, mais qui est fait dans un autre but, comme des photographies d'une personne nue prises aux fins de chantage. Faute d'un but sexuel, cette conduite ne relèverait pas de l'al. 162(1)c), même si, selon les circonstances, elle peut tomber sous le coup de l'al. 162(1)a) ou b), ou encore être visée par une autre disposition du *Code criminel*.

[144] À l'inverse, lorsque les observations ou les enregistrements sont faits en public et que le sujet n'est pas nu, n'expose pas les parties intimes de son corps ni ne se livre à une activité sexuelle, le législateur a limité, à l'al. c), la conduite criminelle aux circonstances où les observations ou les enregistrements sont faits dans un but sexuel. Comme

purpose” in the context of the voyeurism offence must be determined objectively, “based on all of the circumstances”: para. 45. Interpreting the phrase “sexual purpose” in the context of child pornography, Chief Justice McLachlin held the proper inquiry should be objective: “The [objective approach] applies to the phrase ‘for a sexual purpose’, which I would interpret in the sense of reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation to some viewers”: *R. v. Sharpe*, at para. 50 (emphasis added).

[145] Adapted to the context of voyeurism, the question is properly framed as follows: is the subject of the observation or recording reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation in the observer? As pointed out by the majority of the Court of Appeal, an interpretation of sexual purpose that includes sexual gratification is consistent with the interpretation of the same phrase in other sections of the *Criminal Code*; see, e.g., *R. v. Morrissey*, 2011 ABCA 150, at para. 21 (CanLII) (sexual interference, s. 151); *R. v. Colley*, 2009 BCCA 289, 273 B.C.A.C. 107, at paras. 12 and 15, leave to appeal refused, [2009] 3 S.C.R. v, (invitation to sexual touching, s. 152); and *R. v. M.B.*, 2014 QCCA 1643, at paras. 22-24 (CanLII) (sexual interference, s. 151; sexual exploitation, s. 153). If the answer to this objective inquiry is “yes”, then the observation or recording was done for a sexual purpose. As noted above, the “sexual purpose” inquiry under para. (c) is distinct from the determination of a violation of sexual integrity under the reasonable expectation of privacy analysis.

IV. Application

[146] The students had a reasonable expectation of privacy regarding how their bodies would be observed in the classrooms and hallways of their school. The visual information — the proximity and angles of how the students’ bodies were observed — was subject to the students’ limitation and control. The technology used by Mr. Jarvis allowed him to take

la majorité de la Cour d’appel, je suis d’avis que le « but sexuel » dans le contexte de l’infraction de voyeurisme doit être déterminé de façon objective [TRADUCTION] « compte tenu de toutes les circonstances » : par. 45. Interprétant l’expression « but sexuel » dans le contexte de la pornographie juvénile, la juge en chef McLachlin a dit que l’analyse doit se faire de façon objective : « [L’approche objective s’applique à] l’expression “dans un but sexuel”, qui s’entend selon moi de ce qui est raisonnablement perçu comme visant à stimuler sexuellement certaines personnes » : *R. c. Sharpe*, par. 50 (je souligne).

[145] Dans le contexte du voyeurisme, on peut à juste titre formuler la question comme suit : l’objet de l’observation ou de l’enregistrement est-il raisonnablement perçu comme visant à stimuler sexuellement l’observateur? Comme l’a souligné la majorité de la Cour d’appel, considérer que le but sexuel englobe la gratification sexuelle est compatible avec l’interprétation de la même expression dans d’autres articles du *Code criminel*; voir p. ex., *R. c. Morrissey*, 2011 ABCA 150, par. 21 (CanLII) (contacts sexuels, art. 151); *R. c. Colley*, 2009 BCCA 289, 273 B.C.A.C. 107, par. 12 et 15, autorisation d’appel refusée, [2009] 3 R.C.S. v (incitation à des contacts sexuels, art. 152); et *R. c. M.B.*, 2014 QCCA 1643, par. 22-24 (CanLII) (contacts sexuels, art. 151; exploitation sexuelle, art. 153). Si, au terme de cette analyse objective, la réponse est « oui », l’observation ou l’enregistrement a été fait dans un but sexuel. Comme je l’ai mentionné précédemment, l’examen du « but sexuel » au sens de l’al. c) se distingue de la détermination d’une atteinte à l’intégrité sexuelle au regard de l’analyse de l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée.

IV. Application

[146] Les élèves avaient une attente raisonnable de protection en matière de vie privée en ce qui concerne la façon dont leur corps serait observé dans les salles de classe et les corridors de leur école. Elles limitaient les renseignements visuels les concernant, comme la distance à laquelle leurs corps étaient observés, et sous quels angles, et exerçaient un contrôle

videos of the clothed breasts and cleavage of his students — for extended periods of time — at angles and in a proximity that went beyond the access that the students allowed in this setting, thus infringing their autonomy.

[147] The recordings were objectively sexual in nature. The focus of the recordings was on the young women’s intimate body parts, taken at close range. In addition, while not determinative of a violation of sexual integrity, it is no longer in dispute that the recordings were made for a sexual purpose. The combination of these factors leads me to conclude that by surreptitiously recording images of their breasts, Mr. Jarvis infringed the sexual integrity of the students.

[148] Had Mr. Jarvis placed himself in the position of the pen-camera and simply observed the students, they would undoubtedly have recoiled. It was reasonable in the circumstances for the students to expect not to be observed and recorded in the way that they were. Accordingly, the Crown has discharged its burden on this, the only contested element of the offence before this Court. A conviction should be entered and the matter should be remitted for sentencing.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; Ryder Wright Blair & Holmes, Toronto.

Solicitor for the intervener Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

sur ces renseignements. La technologie à laquelle a recouru M. Jarvis lui permettait de faire de longues vidéos des seins couverts et des décolletés de ses élèves dans des angles et avec une proximité qui allaient au-delà de ce qu’auraient autorisé les élèves dans cet environnement, portant ainsi atteinte à leur autonomie.

[147] Les enregistrements étaient objectivement de nature sexuelle et mettaient à l’avant-plan, à bout portant, les parties intimes des jeunes femmes. De plus, il est maintenant admis que les enregistrements ont été faits dans un but sexuel, bien que cela ne soit pas déterminant en ce qui concerne l’atteinte à l’intégrité sexuelle. La combinaison de ces facteurs m’amène à conclure qu’en enregistrant subrepticement des images des seins des élèves, M. Jarvis a porté atteinte à leur intégrité sexuelle.

[148] Si M. Jarvis s’était lui-même placé à l’endroit où se trouvait le stylo caméra pour observer simplement les élèves, elles auraient sans doute reculé. Il était raisonnable dans les circonstances que les élèves s’attendent à ne pas être observées et filmées de la façon dont elles l’ont été. Par conséquent, le ministère public s’est acquitté de son fardeau à cet égard, soit du seul élément de l’infraction qui était en litige devant notre Cour. Une déclaration de culpabilité devrait être prononcée, et l’affaire renvoyée pour détermination de la peine.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelante : Procureure générale de l’Ontario, Toronto.

Procureurs de l’intimé : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; Ryder Wright Blair & Holmes, Toronto.

Procureur de l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d’Ottawa, Ottawa.

Solicitor for the intervener Privacy Commissioner of Canada: Office of the Privacy Commissioner of Canada, Gatineau.

Procureur de l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Gatineau.

Solicitors for the intervener Canadian Civil Liberties Association: Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.

Solicitors for the intervener Ontario College of Teachers: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Ordre des enseignantes et des enseignants de l'Ontario : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitor for the intervener Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Women's Legal Education and Action Fund Inc., Toronto.

Procureur de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes inc : Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes inc., Toronto.

Solicitors for the intervener Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein Hutchison, Toronto; Markson Law Professional Corporation, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto; Markson Law Professional Corporation, Toronto.