

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

SECTION PÉNALE

**LES ENREGISTREMENTS PRIVÉS ET LE RISQUE POUR LE PUBLIC :
L'ÉQUILIBRE APRÈS *R C BARABASH***

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

**Présenté par
Josh Hawkes, c.r.
Alberta**

**Fredericton
Nouveau-Brunswick
Août 2016**

Ce document est une publication de la Conférence pour
l'harmonisation des lois au Canada. Pour de plus amples
informations, svp contacter
ulccwebsite@gmail.com

INTRODUCTION

[1] À la réunion de 2015 de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, l'Alberta a déposé une résolution demandant la constitution d'un groupe de travail pour suivre l'interprétation et l'application de la « défense concernant l'exception relative à l'usage personnel », établie par la Cour suprême du Canada dans la décision *R c Barabash* 2015 CSC 29¹.

[2] Comme l'illustre l'annexe, la décision *Barabash* n'a pas encore fait couler beaucoup d'encre judiciaire. Cependant, les tendances existantes en ce qui concerne l'échange d'images intimes susceptibles de constituer par ailleurs de la pornographie juvénile donnent lieu à des préoccupations qui devraient faire l'objet d'un examen plus poussé. Pour les motifs qui suivent, il est recommandé que Justice Canada entreprenne cette tâche.

[3] L'évaluation de l'incidence possible de *Barabash* sur la portée de « l'exception relative à l'usage personnel » exige un examen des éléments ci-après :

- a. Le contexte constitutionnel et l'arrière-plan de l'« exception relative à l'usage personnel ».
- b. La nature de l'analyse du consentement, de l'activité sexuelle illégale et de l'exploitation après *Barabash*.
- c. Un bref aperçu de certaines tendances actuelles et émergentes liées à la vulnérabilité des enfants et à l'échange d'images à caractère sexuel.

LE CONTEXTE CONSTITUTIONNEL ET LES MOYENS DE DÉFENSE INCLUS PAR UNE INTERPRÉTATION LARGE DES DISPOSITIONS DANS *R c SHARPE*

[4] Afin de mettre la décision *Barabash* de la Cour suprême en perspective, il faut donner un certain contexte quant à l'origine et à l'évaluation de l'« exception relative à l'usage personnel ».

[5] Dans l'arrêt *R c Sharpe*, en 2001, la Cour suprême du Canada a adopté une interprétation large des dispositions sur la pornographie juvénile pour inclure ce moyen de défense afin de préserver la validité constitutionnelle de ces dispositions. Des éléments conceptuels essentiels liés à la nature de l'infraction définissent à la fois la portée acceptable de la disposition et les

¹ Le texte de la résolution, 2015 Alberta 02 peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : http://www.ulcc.ca/images/stories/2015_pdf_fr/2015chlc0002.pdf . Voir aussi le blog suivant : <https://petersankoff.com/2015/06/01/ten-minutes-on-r-v-barabash-child-pornography-and-the-private-use-exception/>.

particularités des moyens de défense considérés comme étant inclus. À ces fins, voici quels sont ces éléments conceptuels :

- a. La nature des valeurs constitutionnelles associées à la liberté d'expression dans ce contexte².
- b. Le concept et l'importance constitutionnelle du caractère privé et du matériel « conservé en privé »³,
- c. La question de savoir si l'infraction est suffisamment large pour inclure la représentation de soi (par rapport à l'utilisation du mot « personne » dans l'infraction)⁴,
- d. L'étendue de l'« activité sexuelle explicite »⁵,
- e. La « caractéristique dominante » et le « but sexuel » de la représentation⁶

[6] Contre cette toile de fond, la Cour a conclu que l'infraction, de par sa rédaction et son interprétation, ciblerait encore deux types de comportement qui posent un « risque minimal » pour les enfants, tout en constituant une atteinte injustifiée et injustifiable à la liberté d'expression et à la valeur de l'épanouissement personnel⁷.

[7] La première de ces exceptions, le « matériel expressif créé par l'intéressé », renferme les éléments suivants :

- a. représentation de soi
- b. que la personne qui l'a créé est seule à être représentée
- c. conservée par la personne et destinée à son seul usage personnel⁸.

[8] La personne est donc le créateur, l'objet, le gardien et le public cible de l'enregistrement⁹.

² *R v Sharpe* 2001 SCC 2, aux paras 23 à 25 [*Sharpe*].

³ *Ibid* aux paras 26 à 39.

⁴ *Ibid* aux paras 40 et 41.

⁵ *Ibid* aux paras 44 à 49.

⁶ *Ibid* aux paras 50 et 51.

⁷ *Ibid* aux paras 75 à 77 et 105.

⁸ *Ibid* aux paras 109 et 115.

⁹ *Ibid* au para 115. Ainsi, les compilations de documents créés par d'autres ne relèvent pas de l'exception, même lorsque la compilation est créée uniquement par l'accusé – voir par exemple *R c T.W.* 2014 ONSC 4532 aux paras 65-8.

[9] La Cour à la majorité a conclu que du matériel de cette nature peut être important pour « l'épanouissement personnel, la réalisation de soi ainsi que l'exploration et l'identité sexuelles de l'adolescent¹⁰».

[10] La deuxième de ces exceptions – « enregistrements privés d'une activité sexuelle légale » est considérée comme contribuant aux mêmes objectifs, tout en posant un risque minimal pour les enfants. Les éléments de cette exception, comme les décrit l'arrêt *Sharpe*, sont les suivants :

- a. La personne qui a en sa possession l'enregistrement doit avoir enregistré personnellement l'activité sexuelle en question ou y avoir participé¹¹.
- b. L'activité sexuelle est légale – ce qui a pour effet de garantir que les personnes ont consenti et d'empêcher que des personnes soient exploitées et maltraitées¹².
- c. L'enregistrement doit être conservé strictement en privé et être destiné exclusivement à l'usage personnel des participants¹³.
- d. Il faut que toutes les parties aient consenti à la création de l'enregistrement¹⁴.

[11] Il est à noter que, dans l'arrêt *R c Barabash*¹⁵ la Cour suprême du Canada a par la suite omis le premier critère du sommaire des éléments du moyen de défense. L'omission de ce critère n'a pas été sans conséquence puisque de nombreux des enregistrements avaient été faits par *Barabash*, mais représentaient des activités sexuelles impliquant l'une ou l'autre des enfants, ou des combinaisons des enfants avec un coaccusé, Rollison¹⁶. Des juridictions inférieures se sont prononcées sur la question de savoir si un non-participant peut enregistrer l'activité et être encore visé par l'exception¹⁷. De toute évidence, si la personne qui fait l'enregistrement n'est pas l'un des participants, il faut examiner d'autres questions, notamment celle de la garde et du contrôle de l'enregistrement et celle de savoir quel « épanouissement personnel » favorisait l'enregistrement.

[12] C'était la première fois, dans l'arrêt *R c Barabash*, que la Cour suprême faisait des commentaires sur ces questions, en particulier dans le contexte d'une relation de vulnérabilité¹⁸.

[13] Cependant, la Cour s'est abstenue de se prononcer sur d'importantes questions entourant des aspects des exceptions. Comme il est décrit ci-après, ces éléments que la Cour a omis d'aborder

¹⁰ *Ibid* au para 109.

¹¹ *Ibid* au para 116.

¹² *Ibid* aux paras 106, 116 et 119.

¹³ *Ibid* aux paras 109 et 115 et 116.

¹⁴ *Ibid* au para 116.

¹⁵ *R c Barabash* 2015 CSC 29 aux paras 18, 40 et 53 [*Barabash*].

¹⁶ *Ibid* au para 7.

¹⁷ Voir par exemple *R c Keough* 2011 ABQB 48, aux paras 204 à 208

¹⁸ *Barabash*, *supra* note 15 au para 1.

sont ceux qui nécessitent un examen plus poussé. Compte tenu de la nature de certains de ces éléments, il n'est pas étonnant qu'ils n'aient pas encore été examinés par les tribunaux. Il faudra procéder à un examen plus poussé en vue de bien comprendre les risques associés au silence de la Cour sur ces questions.

L'INCIDENCE DE *BARABASH* SUR L'ANALYSE DU CONSENTEMENT, DE L'ACTIVITÉ ILLÉGALE ET DE L'EXPLOITATION

[14] Trois principes inter-reliés, qui s'entrecoupent s'appliquent pour régler l'étendue des moyens de défense constitutionnels créés dans l'arrêt *R c Sharpe*:

- a. Le consentement
- b. L'existence d'une activité sexuelle illégale
- c. L'existence d'une exploitation

[15] Le chevauchement entre ces concepts régit l'étendue de ces moyens de défense. Les lacunes ou les domaines d'incertitude entre les principes déterminent la préoccupation et démontrent qu'il faut procéder à un examen plus poussé de ces questions. Bien qu'il existe un important chevauchement dans l'analyse de l'ensemble de ces questions, il est important de signaler que celles-ci sont conceptuellement distinctes et ciblent différents enjeux.

[16] Afin de mettre ces questions en contexte, il est nécessaire de donner un bref aperçu des faits. La police a entrepris une enquête après avoir reçu une plainte relative à une photo de deux filles âgées de 14 ans, K et D, sur un site de réseautage social. L'une des jeunes filles avaient les seins nus. L'enquête a mené les policiers à la résidence de M. Barabash, qui a été décrite comme une [TRADUCTON] « fumerie de crack » typique¹⁹. Les policiers y ont trouvé de nombreux enregistrements vidéo qui représentaient les jeunes filles en train de se livrer à des activités sexuelles entre elles ainsi qu'avec M. Rollison, âgé de 40 ans et ami de longue date de M. Barabash. Ce dernier était âgé de 60 ans et c'est généralement lui qui filmait²⁰.

[17] Le juge du procès a conclu que « l'exception relative à l'usage personnel » s'appliquait et a acquitté M. Rollison et Barabash²¹. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont annulé les acquittements et les ont remplacés par des déclarations de culpabilité. Ils ont conclu que « l'exception relative à l'usage personnel » comportait une autre condition qui veut qu'il n'y ait ni exploitation ni maltraitance de façon générale, distincte des infractions particulières de

¹⁹ *Ibid* aux paras 5 et 7.

²⁰ *Ibid* au para 7.

²¹ *Ibid* au para 10.

maltraitance ou d'exploitation. Le juge dissident a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur et qu'il n'existait pas une condition distincte liée à l'exploitation de fait²².

CONSENTEMENT

[18] Le consentement s'applique à deux éléments distincts –consentement à l'activité sexuelle et consentement à l'enregistrement de cette activité.

[19] Le consentement est de toute évidence une condition préalable à une activité sexuelle, et en fait à tout contact qui constituerait par ailleurs des voies de fait. Plusieurs dispositions du *Code criminel* et principes de la common law s'appliquent à la détermination de la validité du consentement, notamment le paragraphe 265(3) et l'article 273.1. Comme l'indique explicitement le paragraphe 273.1(3), la liste de facteurs énumérés n'a pas pour effet de limiter les circonstances dans lesquelles le consentement ne peut se déduire. Une analyse détaillée de la jurisprudence sur ces dispositions déborde le cadre du présent document.

[20] En ce qui a trait au consentement à l'activité sexuelle, la Cour a indiqué que les restrictions législatives relatives à l'âge, l'activité sexuelle dans le contexte de relations prohibées, les relations sexuelles interdites et les autres circonstances susceptibles de vicier le consentement s'appliquent toutes pour restreindre la portée du moyen de défense de l'« exception relative à l'usage personnel²³».

[21] La Cour a indiqué que l'enregistrement de l'activité sexuelle nécessite un consentement de la part de chaque participant. Elle a également fait état du risque inhérent d'un tel enregistrement à l'ère numérique, ainsi que de la vulnérabilité particulière d'un enfant qui n'a ni la garde ni le contrôle de l'enregistrement²⁴. La Cour a fait remarquer qu'il serait compatible avec les objectifs constitutionnels du moyen de défense de conférer explicitement aux enfants le droit d'accès ou à la destruction du matériel, mais elle s'est expressément abstenue de se prononcer de façon définitive sur ce point²⁵. Elle a aussi indiqué que les règles de la common law applicables au consentement continuent de s'appliquer en l'absence de dispositions législatives explicites²⁶.

[22] D'autres affaires peuvent aider à démontrer comment des facteurs, comme la fraude ou la non-participation à l'acte ou à l'enregistrement, peuvent avoir pour effet d'empêcher que l'activité reprochée bénéficie de l'application de l'« exception relative à l'usage personnel ». Par exemple, dans *R c Bono*, le tribunal a statué que le moyen de défense ne s'appliquait pas du fait que le consentement avait été obtenu par fraude (dans le cadre de la relation virtuelle, Bono avait dit qu'il

²² *Ibid* au para 13.

²³ *Ibid* aux paras 20 à 24, 33 à 35 et 40 à 43.

²⁴ *Ibid* au para 25.

²⁵ *Ibid* aux paras 28 à 30.

²⁶ *Ibid* au para 47.

était âgé de 16 ans, alors que dans les faits, il était âgé de 52 ans) et l'accusé n'avait pas participé à l'enregistrement. Ces facteurs, parmi tant d'autres, faisaient que cette conduite ne pouvait permettre d'opposer le moyen de défense²⁷. Toutefois, la Cour a également signalé que ce n'est pas toute tromperie ou fausseté dans le contexte d'une relation sexuelle qui aura pour effet de vicier le consentement ou de constituer une fraude²⁸. On ne sait pas exactement si cette approche se transposerait directement dans ce contexte unique.

ACTIVITÉ SEXUELLE ILLÉGALE

[23] La Cour a mis l'accent sur les limites applicables à la légalité d'une activité sexuelle, indiquant que le législateur avait maintenant fait passer à 16 ans l'âge du consentement²⁹. Le moyen de défense ne pourrait pas s'appliquer aux activités qui constituent aussi des infractions distinctes, telles l'inceste ou toute autre infraction d'ordre sexuel énumérée commise à l'égard d'enfants³⁰. Elle a également conclu que l'exception relative à l'usage personnel n'est pas opposable non plus lorsque le procureur de la couronne établit hors de tout doute raisonnable que la relation entre les adultes et les enfants est empreinte d'exploitation, de dépendance, d'abus de pouvoir ou d'abus de confiance³¹.

[24] Le risque de conflit direct entre l'alinéa 172.1(1)a), qui interdit notamment la communication par ordinateur avec une personne âgée de moins de 18 ans, et le moyen de défense relatif à l'« exception relative à l'usage personnel », tel qu'elle a été interprétée dans *Barabash*, constitue une question qui justifie un examen plus poussé. Si l'« exception relative à l'usage personnel » s'appliquait aux images prises en personne, alors est-ce que l'utilisation d'un ordinateur (webcaméra ou téléphone cellulaire lorsque l'auteur de l'enregistrement assume le contrôle du dispositif) pour enregistrer cette même image fait que la conduite se trouve visée par l'alinéa 172.1(1)a)? Il est possible de présenter de solides arguments étayant que l'élargissement d'une telle application serait à la fois compatible avec l'objet de l'alinéa 172.1(1)a) et les risques importants d'exploitation et de manipulation inhérents à ce moyen de communication³².

EXPLOITATION ET ENREGISTREMENTS SEXUELLEMENT EXPLICITES

²⁷ [R c Bono](#) 2008 Canlii 51780 (C.S. Ont.), aux paras 22 à 25. Il est à noter que la conduite dans Bono serait également exclue en vertu de la formulation de la défense dans *Barabash* pour toutes ces raisons, ainsi que pour le fait qu'il y avait d'autres comportements illicites – invitation à toucher et leurre présents sur les faits reconnus.

²⁸ Voir par exemple [R c Hutchinson](#) 2014 CSC, aux paras 29 à 41 et 63 à 74.

²⁹ *Ibid* aux paras 21 à 24.

³⁰ *Ibid* aux paras 20 à 24.

³¹ *Ibid* au para 23.

³² [R c Legare](#) 2009 CSC 56 aux paras 1 et 2.

[25] La Cour a examiné si la question de l'exploitation devrait être abordée séparément dans le contexte de cette analyse ou si elle faisait partie de l'analyse existante du consentement et de la légalité. Elle a conclu qu'il était inutile de procéder à une analyse distincte de l'exploitation, et qu'il était inutile de procéder à un examen du concept connexe de l'existence d'« avantages mutuels³³».

[26] En toute déférence, cette analyse fait fi de l'importance de l'élément – elle ne vise pas seulement le caractère privé de l'enregistrement, mais elle devrait aussi comprendre l'examen de facteurs plus vastes relatifs au déséquilibre des forces et à la vulnérabilité³⁴. Un tel déséquilibre peut exister ou être exacerbé par le pouvoir inhérent à la possession et au contrôle de telles images³⁵.

[27] Un consentement apparent à une activité sexuelle se trouvera vicié lorsque le procureur de la couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l'activité s'est produite dans une relation où une personne se trouvait en situation d'autorité ou de confiance, en situation de dépendance ou dans une relation d'exploitation³⁶. Il faut tenir compte de la liste non exhaustive d'indices d'exploitation qui figure au paragraphe 153(1.2) du *Code*. La cour a précisé que point n'est besoin qu'une personne fasse l'objet d'une accusation relative à l'infraction sous-jacente pour que le juge se livre à pareil examen. Elle a plutôt statué que cet examen fait partie intégrante de l'appréciation indépendante faite dans le cadre de l'examen de l'exception relative à l'usage personnel³⁷. Par ailleurs, un tel consentement apparent est sujet à caution; il faut plutôt examiner l'ensemble de la relation de manière globale. La Cour a affirmé qu'il fallait se pencher sérieusement sur la présence ou l'absence d'exploitation lorsque ces indices sont notamment présents³⁸.

[28] Tout particulièrement, la Cour a indiqué que le juge du procès a commis une erreur en omettant d'examiner l'incidence cumulative des circonstances de vulnérabilité (la grande différence d'âge entre les plaignantes et les appelants, les dépendances des plaignantes, le fait qu'elles étaient sans abri, leur expérience de la prostitution en tant que mineurs³⁹). Elle a également fait remarquer que le juge du procès avait commis une erreur en s'attachant surtout au caractère volontaire des activités représentées plutôt qu'à la nature de la relation dans le cadre desquelles les activités se sont déroulées⁴⁰.

³³ *Barabash, supra* note 15 aux paras 31 à 53.

³⁴ *R c Cockell* 2013 ABCA 112 aux paras 38 à 40, autorisation de pourvoi refusée, à 2013 Canlii 67704.

³⁵ Il n'est guère étonnant que des images consensuels soient conservés et utilisés d'une façon qui annihile ce consentement. Voir par exemple, *R c L.W.* 2006 Canlii 7393 (C.A. Ont.). En principe, il est loin d'être clair que ce risque devrait être supporté par le sujet de l'enregistrement, tout particulièrement lorsqu'il existe d'autres indices de vulnérabilité.

³⁶ *Barabash, supra* note 15 aux paras 34 et 35.

³⁷ *Ibid* au para 36.

³⁸ *Ibid* aux paras 36 et 42 et 43.

³⁹ *Ibid* au para 55.

⁴⁰ *Ibid* aux paras 56 à 60.

AUTRES QUESTIONS

[29] Tel qu'il a été susmentionné, la Cour s'est abstenue de statuer de manière définitive sur les questions relatives aux demandes de remise ou de destruction des images en question, tout en affirmant qu'un tel pouvoir permettrait d'établir un juste équilibre entre le risque de préjudice et la valeur constitutionnelle que reflète la création de l'enregistrement⁴¹. La Cour s'est également abstenue d'examiner la question distincte de savoir si des indices d'exploitation pourraient vicier le consentement à l'enregistrement en question, indiquant qu'elle n'était pas appelée en l'espèce à trancher cette question, et qu'une telle conclusion pourrait avoir de grandes répercussions⁴².

[30] Le fait que la Cour a pris soin de limiter sa décision aux faits de l'affaire en question est à la fois heureux et approprié; cependant, il convient pour trois raisons de procéder à un examen plus approfondi de la lacune relevée dans *Barabash* ainsi que des autres questions non tranchées.

[31] Premièrement, l'ampleur du préjudice possible est importante. Si des adolescents vulnérables peuvent être persuadés de poser nus dans des circonstances qui ne seraient pas par ailleurs illégales (poser sans qu'il n'y ait d'invitation ou d'incitation implicites ou explicites à d'autres contacts sexuels) sous le couvert de l'« exception relative à l'usage personnel », ils pourraient être exposés à d'importants préjudices.

[32] Le raisonnement de la Cour dans l'examen de cette question est important, et est présenté intégralement ci-après :

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

[47] Cependant, le consentement d'un adolescent à l'enregistrement ne tient pas nécessairement à un simple oui ou non. Lorsqu'aucune activité sexuelle sous-jacente n'est susceptible de tomber sous le coup des dispositions du [Code criminel](#) relatives à l'exploitation sexuelle, l'existence d'une relation

⁴¹ *Ibid* aux paras 28 à 30.

⁴² *Ibid* aux paras 47 et 48.

d'exploitation pourrait se révéler pertinente pour l'application des règles de la common law au consentement à l'enregistrement.

[48] Or, nous ne sommes pas appelés en l'espèce à décider si une relation d'exploitation peut vicier le consentement à l'enregistrement. Les cas où l'analyse de la légalité ne tiendra pas compte de l'exploitation seront vraisemblablement peu nombreux, et la Cour n'est pas saisie de l'un d'eux en l'espèce. Ni les tribunaux inférieurs, ni le ministère public dans son mémoire ne font clairement état de la mesure dans laquelle une relation d'exploitation peut, en common law, vicier le consentement de manière générale. Je crois qu'il vaudra mieux que la Cour se prononce sur les principes de common law applicables au consentement dans une affaire ultérieure où le dossier et les arguments seront suffisamment étoffés, car la décision pourrait avoir de grandes répercussions⁴³.

[33] Voici comment un article en ligne résume la lacune qui en résulte :

[TRADUCTION] Par exemple, si un adulte, dans une relation d'exploitation, prend des photographies d'un mineur nu, mais sans jamais le toucher ou l'inviter à le toucher, on pourrait soutenir que l'infraction d'exploitation sexuelle n'est pas établie. Par conséquent, un tel adulte pourrait bénéficier de l'exception relative à l'usage personnel même s'il a exploité un mineur pour obtenir de la pornographie juvénile - une faille apparente (si mince soit-elle) entourant le principal objectif de la Cour d'empêcher l'exploitation des mineurs. Sur ce point, la Cour fait remarquer que le consentement à l'enregistrement et le consentement à l'activité sexuelle s'entremêlent souvent, ce qui permet de protéger les mineurs en vertu du Code criminel. Cependant, la Cour reconnaît que cela pourrait ne pas être toujours le cas (aux paras 46 et 47). En fait, le mémoire du ministère public dans Barabash (au para 124) reconnaît justement ce point, référant à [R c Hewlett, 2002 ABCA 1 79](#), dans lequel trois adolescents ayant répondu à une annonce sollicitant des mannequins se sont vus offrir des drogues et de l'alcool en échange de leur consentement à la prise de photos explicites. Sans procéder à l'analyse de la question de l'exploitation dans un tel cas car « sinon, un prédateur n'a besoin que de manipuler sa victime au point d'obtenir un consentement pour être à l'abri de toute sanction pénale (Cockell, au para 37⁴⁴).

NOUVELLES TENDANCES

[34] Il est difficile, voire impossible d'évaluer la véritable portée de la question touchant un adolescent qui pose nu, sans l'assistance des forces de l'ordre et des poursuivants spécialisés dans les enquêtes et poursuites connexes. Cependant, selon des sources publiques, l'échange d'images par des adolescents ayant posé nu ou encore d'images à caractère sexuel pour de l'argent ou autre

⁴³ *Ibid* aux paras 46 à 48.

⁴⁴ *Keep it to Yourself: The Private recordings Exception for Child Pornography Offences*, p.7, disponible en ligne: <http://ablawg.ca/2015/06/23/keep-it-to-yourself-the-private-use-exception-for-child-pornography-offences/>.

contrepartie pourrait constituer une question importante. Par exemple, selon Fortune Magazine, SnapChat possède environ 100 millions d'utilisateurs quotidiens, et plus de sept milliards d'enregistrements vidéo et de photos qui sont partagés chaque jour par l'entremise de l'appli⁴⁵. Selon certaines recherches⁴⁶, environ 13 % des utilisateurs ont admis avoir utilisé SnapChat pour envoyer des photos de nudité.

[35] Il existe de multiples marchés sur Internet qui offrent d'acheter des photos de filles. Les offres diffèrent, allant de promettre aux jeunes femmes « qu'elles n'ont pas à être complètement nues, et qu'elles n'ont qu'à « aller » aussi loin que cela leur plaît », à indiquer directement : « Faites de l'argent en vendant des photos de vous nue »⁴⁷.

[36] Il existe de multiples questions et offres affichées sur diverses tribunes et divers sites Internet où des filles demandent où et comment elles peuvent vendre des photos d'elles nues, ou encore offrent de vendre leurs photos, et il y a de multiples messages où des filles partagent leur expérience de la vente de telles photos, et donnent des conseils sur les sites et la manière de le faire⁴⁸; SnapChat a récemment lancé une appli SnapCash pour le transfert rapide et facile d'argent, et elle offre une option facile de vente des photos de personnes nues.

CONCLUSION

[37] Dans ce contexte, il est difficile d'accepter l'affirmation de la Cour dans *Barabash* selon laquelle il serait rare ou exceptionnel qu'une activité soit délibérément conçue pour contourner les restrictions juridiques actuelles. Il faut procéder à un examen plus approfondi de ce risque.

[38] Deuxièmement, la vulnérabilité des adolescents et des jeunes adultes à des manipulations subtiles dans d'autres contextes d'exploitation est bien établie. Il n'existe aucune raison de penser qu'ils le seraient moins dans ce contexte. En fait, c'est peut-être le contraire. Une demande de poser nu ou de façon suggestive devant une webcam peut sembler moins menaçante ou dangereuse que des demandes plus envahissantes qui seraient clairement visées par les infractions actuelles de leurre, de contacts sexuels ou d'exploitation sexuelle.

[39] Troisièmement, bien que la retenue judiciaire soit admirable, la décision *Barabash* indique clairement qu'il faut procéder à un examen et à une analyse approfondis de la politique pour

⁴⁵ <http://fortune.com/2016/01/12/snapchat-facebook-video-views/>.

⁴⁶ <https://www.survata.com/blog/is-snapchat-only-used-for-sexting-we-asked-5000-people-to-find-out/>.

⁴⁷ Voici un exemple de ce genre d'offres : « Bienvenue sur le site Sellnudes.com. Si vous êtes une femme attrayante âgée entre 18 et 29 ans, nous aimerions vous parler de l'achat de photos et/ou d'enregistrements de vidéo de vous nue. »

⁴⁸ L'un des sites habituels pour le partage de ces renseignements est www.sextingforum.net.

garantir que l'équilibre constitutionnel établi par la Cour dans *Sharpe* continue d'exclure seulement un comportement qui pose un risque minimal de préjudice aux enfants.

ANNEXE A : L'ATTITUDE DES TRIBUNAUX À L'ÉGARD DE *BARABASH*

[40] Jusqu'à maintenant, la décision de la Cour suprême du Canada n'a été mentionnée que dans six décisions. Seulement trois d'entre elles portent de façon générale sur l'exploitation d'enfants. Dans *R c Vigon*, La Cour d'appel de l'Alberta fait référence à la décision *Barabash* en corrélation avec une proposition portant que le consentement, dans le contexte d'une relation interdite, ne constitue pas un moyen de défense⁴⁹. La deuxième, *R c Rhode*, fait allusion à l'exception relative à l'usage personnel dans des circonstances où elle n'était pas applicable puisque l'activité sexuelle était par ailleurs illégale⁵⁰.

[41] La troisième décision, *R c Thomas John Brown*, illustre une application de *Barabash* dans des circonstances où il y avait eu prise de photos de personnes nues. Dans cette affaire, *M. Brown*, âgé de 18 ans, avait convaincu la plaignante, âgée de 13 ans, de lui envoyer des photos d'elle, à divers degrés de nudité⁵¹. La plaignante et l'accusé ne se sont jamais rencontrés, et ont seulement communiqué par les médias sociaux. Dans le cadre de ces conversations, à l'époque en cause, elle s'était identifiée comme étant âgée de moins de 14 ans⁵². L'accusé avait demandé qu'elle lui envoie des photos d'elle nue. Ce à quoi elle a finalement acquiescé⁵³. Elle a expliqué qu'elle l'a fait parce qu'elle avait une faible estime d'elle-même à l'époque, et qu'elle craignait qu'il arrête de lui parler en ligne, ou encore qu'il répande de fausses rumeurs à son sujet⁵⁴. La relation en ligne a duré approximativement trois mois. Le juge de procès a considéré que les échanges révélaient la naïveté de la plaignante et la persistance de l'accusé à avoir des conversations évocatrices à caractère sexuel. La plaignante avait à maintes reprises exprimée de l'hésitation. Dans certains des messages, l'accusé lui avait demandé de se toucher, ou avait indiqué qu'il aimerait la rencontrer et entreprendre une relation sexuelle⁵⁵. L'accusé a soutenu qu'il n'avait jamais partagé les photographies avec d'autres personnes et qu'il ne les avait jamais envoyées à personne. Cependant, il avait la photo du vagin de la plaignante comme fond d'écran sur son téléphone cellulaire⁵⁶.

[42] Le juge du procès semble avoir accepté que le moyen de défense ne pourrait s'appliquer dans les circonstances de cette affaire puisque la plaignante était trop jeune pour donner un consentement, que l'accusé avait en fait conseillé la perpétration de l'infraction de production de

⁴⁹ *R c Vigon* 2016 ABCA 75 au para 1.

⁵⁰ *R c Rhode* 2015 SKQB 353 aux paras 18 et 19.

⁵¹ *R c Thomas John Brown* 2015 Canlii 78997 (NL. PC.) aux paras 1, 81 à 83, 95 et 114.

⁵² *Ibid* aux paras 18 à 20.

⁵³ *Ibid* au para 21.

⁵⁴ *Ibid* au para 22.

⁵⁵ *Ibid* aux paras 24 à 29.

⁵⁶ *Ibid* aux paras 40 à 44, 50 et 54.

pornographie juvénile, et que l'accusé n'était ni représenté sur les images en question et n'avait pas non plus celui qui avait enregistré les images en question. Il a indiqué que l'accusé n'avait pas supprimé les photographies en dépit des demandes qui lui avaient été faites⁵⁷.

⁵⁷ *Ibid* aux paras 74-8, 83, 84 et 102 à 104.