

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Daniel James Gomboc** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney  
General of Quebec and Canadian Civil  
Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. GOMBOC**

**2010 SCC 55**

File No.: 33332.

2010: May 19; 2010: November 24.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,  
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and Seizure — Warrantless request by police to electric utility company for installation of digital recording ammeter to measure flow of electricity into a residence suspected of housing a marijuana grow operation — Information from digital recording ammeter indicating pattern consistent with grow operation — Observations of police and information from digital recording ammeter basis for warrant to search residence — Whether reasonable expectation of privacy existed in the information obtained from the digital recording ammeter — Whether installation of digital recording ammeter violated the rights of the accused to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1 — Code of Conduct Regulation, Alta. Reg. 160/2003.*

*Police — Powers — Search powers — Warrantless request by police to electric utility company for installation of digital recording ammeter to measure flow of electricity into a residence suspected of housing*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Daniel James Gomboc** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur  
général du Québec et Association canadienne  
des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. GOMBOC**

**2010 CSC 55**

N<sup>o</sup> du greffe : 33332.

2010 : 19 mai; 2010 : 24 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et  
Cromwell.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Demande faite sans mandat par les policiers au fournisseur d'électricité d'installer un ampèremètre numérique muni d'un enregistreur pour mesurer la consommation d'électricité d'une habitation dans laquelle ils soupçonnaient l'existence d'une culture de marijuana — Données enregistrées par l'ampèremètre numérique révélant des cycles compatibles avec une installation de culture — Mandat de perquisition obtenu sur le fondement des observations des policiers et des renseignements enregistrés par l'ampèremètre — Existait-il une attente raisonnable de respect de la vie privée à l'égard des renseignements fournis par l'ampèremètre numérique muni d'un enregistreur? — L'installation de l'ampèremètre numérique muni d'un enregistreur portait-elle atteinte aux droits de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Electric Utilities Act, S.A. 2003, ch. E-5.1 — Code of Conduct Regulation, Alta. Reg. 160/2003.*

*Police — Pouvoirs — Pouvoirs de perquisition — Demande faite sans mandat par les policiers au fournisseur d'électricité d'installer un ampèremètre numérique muni d'un enregistreur pour mesurer la consommation*

*a marijuana grow operation — Information from digital recording ammeter indicating pattern consistent with grow operation — Observations of police and information from digital recording ammeter basis for warrant to search residence — Whether police search powers exercised in manner that infringed right of accused to be secure against unreasonable search — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.*

An officer with the Calgary Police Service Drug Unit informed the Southern Alberta Marihuana Investigative Team about a residence in Calgary that he believed might be involved in producing marijuana. That same afternoon, officers conducted a reconnaissance of the residence and made inquiries of neighbours. Based on the observations of the officers and the neighbours questioned, the police contacted the utility company to request the installation of a digital recording ammeter (“DRA”) which would measure electrical power flowing into the residence which was owned by G. The resulting DRA graph showed a pattern of cycling of approximately 18 hours, a pattern consistent with a marijuana grow operation. An officer re-attended at G’s residence to conduct a second external viewing. On the basis of her observations and the information provided to her, including the DRA graph, the officer obtained a search warrant. As a result of the search, the police seized 165.33 kg of bulk marijuana, 206.8 g of processed and bagged marijuana located in a freezer, and numerous items relating to a marijuana grow operation. G was charged with possession of marijuana for the purposes of trafficking, production of marijuana and theft of electricity. A *voir dire* was conducted to consider G’s application to exclude the evidence disclosed by the search on the basis that no warrant had been obtained prior to the installation of the DRA. The trial judge relied on the *Code of Conduct Regulation* made pursuant to Alberta’s *Electric Utilities Act* as statutory support for police access to the DRA data. The DRA evidence was therefore admitted and G was found guilty of the drug-related offences. A majority of the Alberta Court of Appeal allowed G’s appeal and ordered a new trial, concluding that G had a subjective expectation of privacy in the DRA information which was also objectively reasonable. The majority further concluded that the *Regulation* could not be interpreted to imply the homeowner’s consent to allow a utility company to gather information at the request of the state.

*d’électricité d’une habitation dans laquelle ils soupçonnaient l’existence d’une culture de marihuana — Données enregistrées par l’ampèremètre numérique révélant des cycles compatibles avec une installation de culture — Mandat de perquisition obtenu sur le fondement des observations des policiers et des renseignements enregistrés par l’ampèremètre — La façon dont les policiers ont exercé leurs pouvoirs de perquisition a-t-elle porté atteinte au droit de l’accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.*

Un agent de l’unité des drogues du service de police de Calgary a informé la Southern Alberta Marihuana Investigative Team qu’il croyait qu’une maison de Calgary pouvait abriter une culture de marihuana. L’après-midi même, des agents ont procédé à une reconnaissance des lieux et interrogé des voisins. Sur la foi des observations des agents et des réponses des voisins interrogés, la police a demandé à l’entreprise de services publics d’installer un ampèremètre numérique muni d’un enregistreur (« AN ») pour mesurer le courant électrique consommé par la maison appartenant à G. Le graphique ainsi obtenu montrait un cycle de consommation d’environ 18 heures, compatible avec la culture de marihuana. Une agente a procédé à une deuxième reconnaissance de l’extérieur de la résidence de G. Elle a obtenu un mandat de perquisition sur le fondement de ses observations et des renseignements qui lui avaient été fournis, dont le graphique produit à l’aide de l’AN. La perquisition a permis à la police de saisir 165,33 kg de marihuana en vrac, 206,8 g de marihuana préparée et ensachée, dans le congélateur, et de nombreux articles liés à la culture de la marihuana. G a été inculpé de possession de marihuana en vue d’en faire le trafic et de production illégale de marihuana, ainsi que de vol d’électricité. Un voir-dire a été tenu pour déterminer si la preuve recueillie lors de la perquisition devait être exclue à la demande de G, parce qu’aucun mandat de perquisition n’avait été obtenu préalablement à l’installation de l’AN. La juge du procès s’est appuyée sur le *Code of Conduct Regulation* (le « Règlement ») pris en application de l’*Electric Utilities Act* de l’Alberta comme fondement législatif à l’accès des policiers aux données enregistrées par l’AN. Celles-ci ont donc été admises en preuve et G a été reconnu coupable des infractions relatives aux drogues. La Cour d’appel de l’Alberta a accueilli à la majorité l’appel de G et ordonné la tenue d’un nouveau procès après avoir conclu que G avait une attente subjective en matière de vie privée en ce qui concerne les renseignements obtenus à l’aide de l’AN, et que cette attente était objectivement raisonnable. De plus, selon l’opinion majoritaire, on ne saurait prêter au Règlement une interprétation selon laquelle il est implicite que les propriétaires consentent à ce qu’une entreprise de services publics recueille des renseignements à la demande de l’État.

*Held* (McLachlin C.J. and Fish J. dissenting): The appeal is allowed and the conviction entered at trial is restored.

*Per* Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: A critical factual consideration, on which much of the disagreement in this case turns, is the degree to which the use of DRA technology reveals private information. The evidence was that marijuana grow operations are not investigated using only DRA data and that DRA technology is employed late in an investigation and after conventional investigative methods support the inference that marijuana is being grown in the home. DRA data are used as one more investigative tool to dispel the belief that a grow operation is on the premises and even operate in favour of the defence in approximately half of the times. The importance of what the DRA discloses and what inferences the DRA data support is central to this case. The findings of the lower court concluding that a reasonable expectation of privacy in the DRA data does exist because some information about what is taking place in a house could be inferred are not supported by any evidence on the record. The DRA is a technique that reveals nothing about the intimate or core personal activities of the occupants. It reveals nothing but one particular piece of information: the consumption of electricity.

Before reaching the question of whether a search is reasonable within the meaning of the *Charter*, the accused must first establish that a reasonable expectation of privacy existed to trigger the protection of s. 8. The facts of this case straddle two privacy interests recognized in the jurisprudence: informational and territorial. There is every reason, however, for proceeding with caution when deciding what independent constitutional effect disclosure clauses similar to those in the *Regulation* may have on determining a reasonable expectation of privacy.

Determining the expectation of privacy requires examination of whether disclosure involved biographical core data, revealing intimate and private information for which individuals rightly expect constitutional privacy protection. The appropriate question is whether the information is the sort that society accepts should remain out of the state's hands because of what it reveals about the person involved, the reasons why

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et le juge Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité prononcée au procès est rétablie.

*Les juges* Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : Le principal point de désaccord dans la présente affaire est une question de fait cruciale, soit celle de savoir à quel point la technologie de l'AN révèle des renseignements privés. Selon la preuve, les enquêtes sur des installations de culture de marijuana ne se limitent pas aux données enregistrées par l'AN. Cette technologie sert à un stade avancé de l'enquête et une fois que le résultat de méthodes conventionnelles permet d'inférer que de la marijuana est cultivée dans une résidence. Les données enregistrées par l'AN sont utilisées comme outil d'enquête additionnel pour dissiper les soupçons quant à l'existence d'une installation de culture sur les lieux et jouent même en faveur de la défense dans la moitié des cas environ. L'importance des éléments révélés par l'AN et les inférences que les données enregistrées par l'AN permettent de tirer sont au cœur du présent litige. Aucun élément de preuve au dossier n'appuie les conclusions de la juridiction inférieure qui a reconnu l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des données fournies par l'AN parce que celles-ci permettraient de tirer des inférences sur les activités qui se déroulent dans une habitation. Cet instrument ne révèle rien à propos des activités intimes ou des activités personnelles fondamentales des occupants. Il ne révèle rien d'autre qu'un renseignement précis : la consommation d'électricité.

La question de savoir si une perquisition est abusive au sens de la *Charte* ne se pose que si l'accusé a établi l'existence d'une attente raisonnable de respect du droit à la vie privée qui fait intervenir la protection offerte par l'art. 8. Les faits de la présente affaire touchent deux droits à la vie privée reconnus par les tribunaux : le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels et le droit à la vie privée qui a trait aux lieux. Cependant, la prudence est évidemment de mise lorsqu'il s'agit de déterminer quelles conséquences constitutionnelles indépendantes des dispositions permettant la communication semblables à celles du Règlement peuvent avoir sur la reconnaissance d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

Pour se prononcer sur l'existence d'une attente en matière de vie privée, il faut déterminer si la communication portait sur des renseignements biographiques d'ordre personnel, révélant des détails intimes et des renseignements sur la vie privée au sujet desquels les particuliers peuvent à juste titre s'attendre à une protection constitutionnelle. La question est de savoir si ces renseignements font partie de ceux que la société

it was collected, and the circumstances in which it was intended to be used. The combined effect of the *Regulation* and s. 487.014 of the *Criminal Code* establishes that not only was there no statutory barrier to the utility company's voluntary cooperation with the police request, but express notice that such cooperation might occur existed. This is one factor amongst many which must be weighed in assessing the totality of the circumstances. The central issue in this case is thus whether the DRA discloses intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual that form part of the biographical core data protected by the *Charter's* guarantee of informational privacy. The evidence available on the record offers no foundation for concluding that the information disclosed by the utility company yielded any useful information at all about household activities of an intimate or private nature that form part of the inhabitants' biographical core data. The DRA's capabilities depend of course on the state of the technology at the time of its use. As DRA technology now stands, it is not capable of giving access to the occupants' personal information. Instead, the DRA data merely yield an additional piece of information to evaluate suspicions — based on an independent evidentiary foundation — police already have about a particular activity taking place in the home.

A final factor affecting the informational privacy analysis is the fact that G's interest in the electricity use data was not exclusive. G's electricity consumption history was not confidential or private information which he had entrusted to the utility company. As the supplier of electricity, the utility company had a legitimate interest of its own in the quantity of electricity its customers consumed. Consequently, it is beyond dispute that the utility company was within its rights to install a DRA on a customer's line on its own initiative to measure the electricity being consumed. The utility company was not an interloper exploiting its access to private information to circumvent the *Charter* at the behest of the state; rather, its role is limited to the wholly voluntary cooperation of a potential crime victim.

While a territorial privacy interest involving the home is a relevant aspect of the totality of the circumstances informing the reasonable expectation of privacy determination, the *Charter's* protection of territorial privacy in the home is not absolute. Where, as in the case at bar, there was no direct search of the home

accepte de voir soustraits à l'État, en raison de ce qu'ils révèlent concernant la personne visée, des motifs pour lesquels ils ont été recueillis et des fins auxquelles ils sont destinés. Il résulte de l'effet combiné du Règlement et de l'art. 487.014 du *Code criminel* que, non seulement la loi n'empêchait pas l'entreprise de services publics de collaborer de plein gré avec la police, mais qu'un préavis exprès quant à la possibilité d'une telle collaboration existait déjà. Il s'agit de l'un des nombreux facteurs dont il faut tenir compte pour apprécier l'ensemble des circonstances. La question centrale en l'espèce est donc celle de savoir si l'AN révèle des détails intimes, sur le mode de vie et les choix personnels de la personne, qui constituent des renseignements personnels d'ordre biographique dont le caractère privé est protégé par la *Charte*. Aucun élément de preuve au dossier ne permet de conclure que les données communiquées par l'entreprise de services publics dévoilaient des renseignements révélant quoi que ce soit, au sujet d'activités de nature intime ou privée, qui ferait partie des renseignements personnels d'ordre biographique des occupants de la maison. Les possibilités qu'offre l'AN dépendent évidemment de l'état de la technologie au moment où elle est utilisée. Dans sa forme actuelle, l'AN ne permet pas d'avoir accès aux informations personnelles des occupants. Les données fournies par l'AN constituent simplement un élément d'information complémentaire qui aide la police à vérifier les soupçons — fondés sur des preuves indépendantes — qu'elle entretient déjà au sujet d'une activité donnée à l'intérieur d'une maison.

L'analyse du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels comporte un dernier facteur : G n'était pas la seule personne intéressée par les données sur la consommation d'électricité. Son dossier de consommation d'électricité ne constituait pas un renseignement confidentiel ou privé qu'il avait confié à l'entreprise de services publics. En qualité de fournisseur d'électricité, l'entreprise de services publics avait elle-même un intérêt légitime à l'égard de la consommation d'électricité de ses clients. En conséquence, elle avait incontestablement le droit d'installer de son propre chef un AN sur la ligne d'un client pour mesurer la consommation d'électricité. Elle n'était pas une intruse qui profitait de son accès à des renseignements personnels pour contourner la *Charte* sur l'ordre de l'État; son rôle se borne plutôt à offrir, de son plein gré, sa collaboration à titre de victime potentielle d'un crime.

Bien que le droit à la vie privée qui a trait à la maison constitue un aspect pertinent de l'ensemble des circonstances dont il faut tenir compte pour se prononcer sur l'existence d'une attente raisonnable de respect de la vie privée, la protection offerte par la *Charte* concernant le droit à la vie privée qui a trait à la résidence n'est pas

itself, the informational privacy interest should be the focal point of the analysis. The fact that the home was the focus of an otherwise non-invasive and unintrusive search should be subsidiary to what the investigative technique was capable of revealing about the home and what information was actually disclosed. The fact that the search includes a territorial privacy aspect involving the home should not be allowed to inflate the actual impact of the search to a point where it bears disproportionately on the expectation of privacy analysis.

*Per Binnie, LeBel and Abella JJ.:* Throughout the development of its s. 8 jurisprudence, the Court has consistently recognized the overriding constitutional importance of the privacy interests connected with activities taking place inside the home. Given the overriding significance of protecting these privacy interests, the concerns regarding the warrantless use of DRAs are well founded. And this case may well have been differently decided but for a crucial factor: the relationship between G and his utility provider is governed by a recently enacted public statute, which entitles G to request confidentiality of his customer information. He made no such request. Nor did he challenge the constitutionality of the relevant provision. This combines to determinatively erode the objective reasonableness of any expectation of privacy in the DRA data.

DRA data indicating a certain cyclical pattern permits a strong inference of the presence of a marijuana grow operation in a residence. The existence of such activity is presumptively information about which individuals are entitled to expect privacy because it is information about an activity inside the home and is, therefore, personal information. The fact that the activity is criminal does not, under our jurisprudence, remove it from the expectation of and entitlement to privacy protection and, therefore, the requirement of a warrant. The DRA is a surveillance technique that yields usually reliable inferences as to the presence within the home of one particular activity: a marijuana grow operation.

The fact, however, that the customer in this case can request that his or her information be protected means essentially that under the *Code of Conduct Regulation*, the customer is presented with the unrestricted ability to

absolue. Lorsque, comme en l'espèce, aucune perquisition n'a été effectuée directement dans la maison, l'analyse devrait être axée sur le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels. Le fait que la maison était la cible d'une perquisition qui n'était par ailleurs ni attentatoire, ni envahissante doit être considéré comme accessoire par rapport aux renseignements que la technique d'enquête pouvait révéler et a révélés au sujet de la maison. Le fait que la perquisition touche en partie le droit à la vie privée qui a trait à la résidence ne devrait pas amplifier l'incidence réelle de la perquisition au point de fausser l'analyse de l'attente en matière de vie privée.

*Les juges Binnie, LeBel et Abella :* Au fil de l'évolution de sa jurisprudence relative à l'art. 8, la Cour a constamment reconnu l'importance primordiale, sur le plan constitutionnel, du droit à la vie privée rattaché aux activités qui se déroulent à l'intérieur d'une maison. En raison de l'importance primordiale de la protection de ces droits à la vie privée, les préoccupations concernant le recours à un AN sans mandat sont valables. D'ailleurs, l'issue du pourvoi aurait fort bien pu être différente, n'eût été un facteur essentiel : la relation entre G et son fournisseur d'électricité est régie par un texte législatif d'intérêt public récent qui permet à G de demander la confidentialité des renseignements sur le client le concernant. G n'a fait aucune demande en ce sens. Il n'a pas contesté non plus la constitutionnalité de la disposition législative pertinente. Ensemble, ces éléments affaiblissent de façon déterminante le caractère objectivement raisonnable de toute attente en matière de vie privée à l'égard des données enregistrées par l'AN.

Les données enregistrées par un AN révélant certains cycles de consommation donnent de fortes raisons d'inférer qu'une maison abrite une installation de culture de marijuana. L'existence d'une telle culture constitue *a priori* un renseignement à l'égard duquel une personne est en droit de s'attendre au respect de sa vie privée étant donné qu'il s'agit d'un renseignement sur une activité menée à l'intérieur de la maison et, par conséquent, d'un renseignement personnel. Selon notre jurisprudence, le fait qu'il s'agisse d'une activité criminelle n'écarte ni l'attente ni le droit à la protection en matière de vie privée et, partant, n'élimine pas l'obligation d'obtenir un mandat. L'AN constitue une technique de surveillance qui permet des inférences généralement fiables relativement à la tenue d'une activité particulière à une adresse : la culture de marijuana.

Essentiellement, la possibilité pour le client en l'espèce de demander la confidentialité des renseignements le concernant lui donne, pour l'application du *Code of Conduct Regulation*, l'entière liberté de définir son

control the expectation of privacy in his or her relationship with the utility company. G made no such request, yet urges the Court to treat his expectation of privacy as if he had. There is no room for interpretive creativity in this case because there is no ambiguity in the language of the provisions. DRA information, whenever it is collected, is, necessarily, “customer information” pursuant to the *Regulation* and, as such, information under s. 10(3)(f) of the *Regulation* that can be collected by the utility company and disclosed “without the customer’s consent” to the police investigating an offence. An examination of the totality of the circumstances involves consideration of all, not just some, of the relevant circumstances. There can be no examination of the totality of the relevant circumstances without including the fact that the *Regulation* exists. It cannot, therefore, be seen as neutral or irrelevant. The contractual terms the *Regulation* creates are not only clear and unambiguous; they are also clearly relevant to an objective assessment of the reasonableness of any expectations of privacy G may have had in the DRA information, regardless of whether he decided to inform himself of the legal parameters of his relationship with his utility provider. When considered among all the circumstances of this case, the legislative authority provided by the *Regulation* is in fact determinative and leads to the conclusion that any expectation of privacy that G may have had was objectively unreasonable. In the absence of a reasonable expectation of privacy, the collection of the DRA information in this case did not constitute a “search” within the meaning of s. 8.

*Per McLachlin C.J. and Fish J. (dissenting):* This appeal raises core issues regarding the protection of privacy safeguarded by s. 8 of the *Charter*. When we subscribe for public services, we do not authorize the police to conscript the utilities concerned to enter our homes, physically or electronically, for the purpose of pursuing their criminal investigations without prior judicial authorization. Considering the totality of the circumstances, a reasonable person would not accept that the type of information at issue, collected for the reasons and in the manner that it was, should be freely available to the state without prior authorization. G is presumed to have a subjective expectation of privacy within his home. The existence of an obscure regulation that the reasonable person is unlikely to understand does nothing to render G’s subjective expectation objectively unreasonable. G had a reasonable expectation of privacy in the DRA data; the intrusion and transmittal

attente en matière de respect de la vie privée dans sa relation avec l’entreprise de services publics. Or, G n’a fait aucune demande en ce sens et presse néanmoins la Cour d’apprécier son attente en matière de vie privée comme s’il avait demandé la confidentialité des renseignements. Toute interprétation faisant appel à la créativité est exclue en l’espèce, car le libellé des dispositions ne comporte aucune ambiguïté. Les données enregistrées par l’AN constituent nécessairement des « renseignements sur le client » au sens du Règlement et donc des renseignements visés à l’al. 10(3)f) du Règlement, que l’entreprise de services publics peut recueillir et communiquer, « sans le consentement du client », aux policiers qui enquêtent sur une infraction. L’examen de l’ensemble des circonstances doit porter sur toutes les circonstances pertinentes et non uniquement sur certaines d’entre elles. Il est impossible d’examiner l’ensemble des circonstances pertinentes sans tenir compte de l’existence du Règlement. Ce dernier ne saurait donc être considéré comme un facteur neutre ou sans pertinence. Les obligations contractuelles créées par le Règlement sont non seulement claires et non ambiguës, mais manifestement pertinentes dans l’évaluation objective du caractère raisonnable de toute attente en matière de vie privée que G pouvait avoir à l’égard des renseignements recueillis à l’aide de l’AN, et ce, qu’il ait décidé de s’informer ou non des paramètres juridiques de sa relation avec son fournisseur d’électricité. Le pouvoir conféré par le Règlement, examiné dans le contexte de l’ensemble des circonstances pertinentes, joue un rôle déterminant et mène à la conclusion que toute attente que G pouvait avoir en matière de vie privée était objectivement déraisonnable. Comme il n’existait pas d’attente raisonnable en matière de vie privée en l’espèce, la collecte de renseignements à l’aide de l’AN ne constituait pas une « perquisition » au sens de l’art. 8.

*La juge en chef McLachlin et le juge Fish (dissidents) :* Le pourvoi soulève des questions fondamentales touchant au droit à la vie privée que protège l’art. 8 de la *Charte*. Lorsque nous nous abonnons à un service public, nous n’autorisons pas la police à réquisitionner le service concerné pour s’introduire — physiquement ou électroniquement — dans nos foyers, sans autorisation judiciaire, dans le cadre d’une enquête criminelle. Vu l’ensemble des circonstances, une personne raisonnable n’accepterait pas que le type de renseignements en litige, recueillis pour les motifs et de la manière en cause ici, puissent être mis librement à la disposition de l’État sans autorisation préalable. G est présumé avoir une attente subjective quant au respect de sa vie privée chez lui. L’existence d’un obscur règlement, qu’une personne raisonnable ne comprendrait vraisemblablement pas, n’a pas pour effet de rendre objectivement déraisonnable l’attente subjective de G. Celui-ci avait une

of the information gleaned constituted a search and this search was not authorized by law.

A search occurs when state conduct interferes with an individual's reasonable expectation of privacy. Whether an expectation of privacy is reasonable depends on whether the individual concerned has (1) a subjective expectation of privacy in the subject matter of the alleged search, and (2) whether that subjective expectation is objectively reasonable. The test for subjective expectation of privacy is a low hurdle and individuals are presumed to have a subjective expectation of privacy regarding information about activities within the home. Thus, resolution of this issue turns on whether G's expectation of privacy was objectively reasonable. The factors relevant to determining an objectively reasonable expectation of privacy include the subject matter of the search, the place of the search, whether the privacy interest was abandoned or waived, the degree of intrusiveness, and, in some cases, the presence of a regulatory framework that would diminish any expectation of privacy. In our view, the resolution of this issue turns on the last two factors above: the degree of intrusiveness and the presence of a regulatory framework.

We begin with the issue of intrusiveness. While the DRA does not indicate the source of electrical consumption within the residence, it produces detailed information as to the amount of electricity being used in a home and when it is being used. In addition, DRAs are extremely accurate in disclosing the existence of plant growing operations within a house. The fruits of a search need not produce conclusive determinations about activities within a home in order to be considered informative and thus intrusive. The significance of the DRA data derives from its utility in making informed predictions concerning the probable activities taking place within a home. Predictions of this sort, while not conclusive, nonetheless convey useful private information to the police. Such evidence of criminal activity, or of a connection to criminality, has previously been considered by this Court to be very personal biographical information.

attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des données obtenues au moyen de l'AN; l'intrusion commise pour recueillir ces données et leur communication constituaient une perquisition et cette perquisition n'était pas autorisée par la loi.

Il y a fouille ou perquisition lorsque la conduite de l'État porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. Le caractère raisonnable de cette attente dépend de la réponse donnée aux questions suivantes : (1) L'intéressé a-t-il une attente subjective de respect de sa vie privée à l'égard de l'objet de la fouille ou de la perquisition contestée? (2) Cette attente subjective est-elle objectivement raisonnable? Le critère d'appréciation de l'attente subjective en matière de vie privée est peu exigeant et les particuliers sont présumés avoir une attente subjective en matière de vie privée à l'égard des renseignements portant sur les activités qui se déroulent à l'intérieur de leur maison. Par conséquent, le sort de l'affaire dépend de la réponse à la question de savoir si l'attente de G en matière de vie privée était objectivement raisonnable. L'objet de la fouille ou de la perquisition, le lieu où elle est effectuée, la question de savoir s'il y a eu renonciation ou abandon à l'égard du droit à la vie privée, le degré d'intrusion et, dans certains cas, l'existence d'un cadre de réglementation susceptible de réduire l'attente en matière de vie privée sont des facteurs pertinents pour déterminer si une attente en matière de vie privée est objectivement raisonnable. À notre avis, la réponse à cette question dépend des deux derniers facteurs précités, à savoir le degré d'intrusion et l'existence d'un cadre de réglementation.

Examinons d'abord la question de l'intrusion. Bien que l'AN n'indique pas les sources précises de consommation d'électricité dans la maison, il fournit néanmoins des renseignements détaillés sur la quantité d'électricité utilisée et les moments où elle est utilisée. Qui plus est, un AN permet de détecter avec une très grande précision l'existence d'une installation de culture dans une maison. Il n'est pas nécessaire que les renseignements recueillis mènent à des conclusions définitives au sujet des activités se déroulant dans une maison pour être jugés révélateurs et qu'il y ait, de ce fait, intrusion. L'importance des données enregistrées par l'AN découle de leur utilité dans la formulation d'hypothèses éclairées au sujet des activités qui se déroulent probablement à l'intérieur d'une habitation. Bien que non concluantes, de telles hypothèses révèlent néanmoins aux policiers des renseignements personnels utiles. De tels éléments de preuve d'activités criminelles ou de l'existence d'un lien avec la criminalité ont déjà été considérés par la Cour comme des données biographiques très personnelles.

The constitutionality of a search does not hinge on whether there are even more intrusive search methods the police could have improperly used. It is unhelpful to compare a DRA search conducted without a warrant to a physical search conducted with a warrant. It is hardly apparent that the use of DRAs will reduce the total intrusion into a suspect's territorial privacy as the use of a DRA only serves as a substitute for a physical search of a suspect's home if the police could have obtained a warrant to search the home.

The remaining issue in determining whether a search occurred is whether the *Regulation* negates or reduces the objectively reasonable privacy interest the other factors suggest. A reasonable person would not have concluded that his or her expectation of privacy in activities inside the home was negated because of the *Regulation*. The average consumer signing up for electricity cannot be expected to be aware of the details of a complex regulatory scheme which permits the utility company to pass information on electricity usage to the police, especially when a presumption of awareness operates to, in effect, narrow the consumer's constitutional rights. In addition, if they were made aware of the *Regulation* — something that did not happen in this case — reasonable consumers would likely not read it as permitting the intrusion at issue. Finally, although the *Regulation* is not a criminal law, the provisions relied upon by the Crown are explicitly criminal rather than regulatory in purpose. We conclude that G had a reasonable expectation of privacy in the DRA data and that the intrusion and transmittal of the information gleaned thus constituted a search.

If a search is established, the court must then determine whether the search was reasonable. The search in this case was not reasonable. The warrantless use of the DRA was not shown to be reasonably necessary to the police activity, as the police unit in this case has demonstrated by virtue of its general policy of applying for warrants before attaching DRAs to transformers located on private property. Moreover, while the *Regulation* permits the disclosure of "customer information", it does not authorize the utility company to operate as an agent for the police for the purpose of spying on consumers. The DRA data that concerns us

La constitutionnalité d'une fouille ou d'une perquisition ne tient pas au fait qu'il existe des méthodes d'enquête encore plus envahissantes auxquelles la police aurait pu, à tort, avoir recours. Il n'est pas utile de comparer une perquisition sans mandat effectuée au moyen d'un AN à une perquisition physique avec mandat. Il est loin d'être évident que le recours à un AN permet d'éviter aux suspects toute atteinte à leur droit à la vie privée qui a trait aux lieux, puisque l'utilisation d'un tel dispositif ne remplace véritablement l'exécution d'une perquisition physique dans la maison du suspect que dans les cas où la police aurait pu obtenir un mandat de perquisition visant ce lieu.

La dernière question à trancher pour savoir s'il y a eu une perquisition consiste à déterminer si le Règlement a pour effet d'écarter le droit objectivement raisonnable au respect de la vie privée suggéré par les autres facteurs ou d'en diminuer la portée. Une personne raisonnable n'aurait pas conclu que le Règlement éliminait son attente en matière de vie privée relativement aux activités se déroulant à l'intérieur de sa maison. On ne peut attendre du consommateur moyen qui s'abonne à un service de distribution d'électricité qu'il connaisse le menu détail d'un régime de réglementation complexe qui permet aux entreprises de communiquer à la police des renseignements sur l'utilisation de l'électricité, particulièrement si la présomption de connaissance de ce régime a pour effet de réduire les droits constitutionnels garantis au consommateur. De plus, même s'il était au courant de l'existence du Règlement — ce qui n'était pas le cas en l'espèce — le consommateur raisonnable ne considérerait probablement pas que ce texte autorise le type d'intrusion en cause. Enfin, bien que le Règlement ne soit pas un texte législatif à caractère pénal, les dispositions invoquées par le ministère public ne visent pas un objectif réglementaire, mais possèdent un caractère pénal explicite. G avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des données obtenues au moyen de l'AN, et l'intrusion commise pour recueillir ces données et leur communication constituaient une perquisition.

S'il est établi qu'il y a eu une fouille ou perquisition, le tribunal doit se demander si celle-ci était abusive. En l'espèce, la perquisition était abusive. Il n'a pas été démontré que l'utilisation sans mandat de l'AN était raisonnablement nécessaire à l'accomplissement d'une activité policière, comme en fait foi d'ailleurs la politique générale du service policier concerné qui consiste à obtenir un mandat avant de fixer un AN à un transformateur situé sur une propriété privée. De plus, bien que le Règlement permette la communication de « renseignements sur le client », il n'autorise pas l'entreprise de services publics à espionner ses clients pour le compte



here was not pre-existing information in a utility company subscriber's file. Although the utility company might have chosen to collect this data on its customers on its own initiative and for its own purposes, it neither did so nor manifested any intention to do so in this case. Accordingly, it has not been demonstrated that the search was authorized by law and as such, G's rights under s. 8 of the *Charter* were infringed. We would affirm the judgment of the Court of Appeal and dismiss the appeal against that judgment to this Court.

### Cases Cited

By Deschamps J.

**Referred to:** *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Cheung*, 2005 SKQB 283, 267 Sask. R. 214, rev'd 2007 SKCA 51, 293 Sask. R. 80; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Johnston*, [2002] A.J. No. 843 (QL); *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13.

By Abella J.

**Referred to:** *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *Charlebois v. Saint John (City)*, 2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563.

By McLachlin C.J. and Fish J. (dissenting)

*R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Kang-Brown*,

de la police. En l'espèce, les données enregistrées par l'AN n'étaient pas des renseignements qui existaient déjà dans les dossiers des abonnés de l'entreprise de services publics. Bien que celle-ci ait eu la faculté de décider de recueillir de telles données concernant ses clients de son propre chef et pour ses propres besoins, elle ne l'a pas fait et n'a manifesté aucune intention en ce sens en l'espèce. Par conséquent, le ministère public n'a pas démontré que la perquisition était autorisée par la loi, de sorte qu'il a été porté atteinte aux droits de G protégés par l'art. 8 de la *Charte*. La décision de la Cour d'appel devrait être confirmée et l'appel interjeté contre cette décision devant notre Cour devrait être rejeté.

### Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Cheung*, 2005 SKQB 283, 267 Sask. R. 214, inf. par 2007 SKCA 51, 293 Sask. R. 80; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Johnston*, [2002] A.J. No. 843 (QL); *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.

Citée par la juge Abella

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Fish (dissidents)

*R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Kang-Brown*,

2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2).  
*Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003, ss. 1(e), 10(1), (3)(f).  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, ss. 5(2), 7(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 326(1)(a), 487, 487.014.  
*Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1.

### Authors Cited

Lerner, Jack I., and Deirdre K. Mulligan. "Taking the 'Long View' on the Fourth Amendment: Stored Records and the Sanctity of the Home", 2008 *Stan. Tech. L. Rev.* 3.  
 Ontario. Information and Privacy Commissioner and Future of Privacy Forum. "SmartPrivacy for the Smart Grid: Embedding Privacy into the Design of Electricity Conservation". Toronto: Office of the Information and Privacy Commissioner, November 2009.  
 Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, O'Brien and Martin J.J.A.), 2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73, 460 A.R. 150, 462 W.A.C. 150, 247 C.C.C. (3d) 119, 70 C.R. (6th) 81, 197 C.R.R. (2d) 199, [2010] 1 W.W.R. 642, [2009] A.J. No. 892 (QL), 2009 CarswellAlta 1250, setting aside the accused's conviction and ordering a new trial. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Fish J. dissenting.

*Ronald C. Reimer and Susanne Boucher*, for the appellant.

*Charles R. Stewart, Q.C.*, and *David Andrews*, for the respondent.

*Christine Tier*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Brigitte Bussi eres and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2.

### Lois et r eglements cit es

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 326(1)a), 487, 487.014.  
*Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003, art. 1e), 10(1), (3)f).  
*Electric Utilities Act*, S.A. 2003, ch. E-5.1.  
*Loi r eglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2), 7(1).

### Doctrine cit ee

Lerner, Jack I., and Deirdre K. Mulligan. « Taking the "Long View" on the Fourth Amendment : Stored Records and the Sanctity of the Home », 2008 *Stan. Tech. L. Rev.* 3.  
 Ontario. Commissaire   l'information et   la protection de la vie privée et Future of Privacy Forum. « Smart-Privacy for the Smart Grid : Embedding Privacy into the Design of Electricity Conservation ». Toronto : Bureau du commissaire   l'information et   la protection de la vie privée, November 2009.  
 Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York : Atheneum, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, O'Brien et Martin), 2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73, 460 A.R. 150, 462 W.A.C. 150, 247 C.C.C. (3d) 119, 70 C.R. (6th) 81, 197 C.R.R. (2d) 199, [2010] 1 W.W.R. 642, [2009] A.J. No. 892 (QL), 2009 CarswellAlta 1250, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et le juge Fish sont dissidents.

*Ronald C. Reimer et Susanne Boucher*, pour l'appelante.

*Charles R. Stewart, c.r.*, et *David Andrews*, pour l'intimé.

*Christine Tier*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Brigitte Bussières et Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*David S. Rose and John J. Navarrete*, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — After an investigation raised suspicions that a marijuana grow operation was likely located in Mr. Gomboc’s home, police approached the utility providing electricity to the home (“Enmax”) and requested that they install a digital recording ammeter (“DRA”) on its power line. A DRA allows electricity use to be recorded and allows disclosure of patterns of electricity use closely associated with marijuana grow operations. This appeal raises the question of whether Mr. Gomboc had a reasonable expectation of privacy in information about the pattern of use of electricity disclosed by the DRA. In my view, no reasonable expectation of privacy in that information arises in this case. Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is therefore not engaged and the decision of the Alberta Court of Appeal (2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73) should be reversed.

[2] I have read the reasons of the Chief Justice and Fish J. I take a different approach to the principles applicable and do not agree with their view of the evidence adduced in this case. I have also read the reasons of my colleague Abella J. and agree with her conclusion on the outcome of this case. My reasons for doing so do not rely solely on the governing regulatory scheme but depend instead on the totality of the circumstances. The nature and quality of the information in this case, its remoteness from the “biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state” (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293), and the legislative scheme permitting disclosure of customer information to authorities investigating an offence combine to weigh against finding a reasonable expectation of privacy in this case.

*David S. Rose et John J. Navarrete*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement des juges Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — À la suite d’une enquête l’ayant amenée à soupçonner que la maison de M. Gomboc était utilisée pour la culture de marijuana, la police a demandé au fournisseur d’électricité (« Enmax ») d’installer sur la ligne électrique un ampèremètre numérique muni d’un enregistreur (« AN »). Ce dispositif enregistre la consommation d’électricité et permet la détection de cycles de consommation associés à la culture de la marijuana. Le pourvoi soulève la question de savoir si M. Gomboc avait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l’égard des cycles de consommation d’électricité révélés par l’AN. Comme je réponds à cette question par la négative, il s’ensuit que je conclus que l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n’entre pas en jeu en l’espèce et que la décision de la Cour d’appel de l’Alberta (2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73) devrait être infirmée.

[2] J’ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef et du juge Fish. Mon opinion diverge de la leur en ce qui concerne les principes applicables et l’analyse de la preuve déposée au dossier. J’ai également lu les motifs de ma collègue, la juge Abella, et je souscris au dispositif qu’elle propose. Je n’arrive toutefois pas à ce résultat en me fondant uniquement sur le régime réglementaire applicable; je m’appuie plutôt sur l’ensemble des circonstances. La nature et la qualité des renseignements en cause en l’espèce, le fait qu’ils ont peu à voir avec des « renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État » (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293), et le régime législatif qui permet de communiquer des renseignements sur des clients aux autorités chargées de faire enquête sur une infraction sont des facteurs qui, pris dans leur ensemble, militent contre la conclusion qu’il existait en l’espèce une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

### 1. Facts and Background

[3] The chronology of events surrounding the police investigation and the installation of the DRA is set out in the reasons of Abella J. and need not be repeated. However, further comments on DRA technology and what it discloses are necessary to explain why the totality of the circumstances must be assessed in reaching the outcome of this case.

[4] Evidence about the DRA was supplied by the testimony of Detective Sergeant Roger Morrison of the Calgary Police Service, who was the sole expert to testify. He described a DRA as a small electrical meter that measures power in one-ampere increments. It is installed by Enmax on the power line delivering electricity to a suspected home either in an underground transformer or in a transformer box located above ground. If the transformer is not situated on the suspect's property, as in the present case, the police simply ask Enmax to install the device on the power line. If the transformer is located on the suspect's property, police obtain a warrant to gain lawful access to it.

[5] The DRA usually remains on the power line for five days, measuring the flow of electricity into the house. The information it records is used to produce a graph which displays the pattern of electricity use. Investigators then analyze the graph to detect cyclical patterns of electricity use over 12 or 18 hours which support the inference that marijuana is being grown on the premises. The electricity use patterns correspond to 12- and 18-hour periods when lights attached to timers are shone on the marijuana plants to stimulate growth. The periods when the lights are in use are reflected in higher electrical usage on the graph (A.R., at pp. 97-99).

[6] A critical factual consideration, on which much of the disagreement in this case turns, is the degree to which the use of DRA technology reveals private information. It is common ground that the distinctive electricity use patterns disclosed by the

### 1. Faits et contexte

[3] La chronologie des faits entourant l'enquête policière et l'installation de l'AN est exposée dans les motifs de la juge Abella. Il est inutile de la répéter. Il y a toutefois lieu de formuler des observations complémentaires au sujet de la technologie de l'AN et des données qu'elle révèle afin d'expliquer pourquoi il est nécessaire d'apprécier l'ensemble des circonstances pour trancher le litige.

[4] La preuve sur l'AN a été offerte par le sergent-détective Roger Morrison du service de police de Calgary, le seul expert à témoigner. Il a décrit l'AN comme un petit compteur mesurant le courant électrique en ampères. Enmax l'installe sur la ligne électrique alimentant l'habitation suspecte en le fixant au transformateur souterrain ou au transformateur aérien se trouvant dans un boîtier. Si, comme c'est le cas en l'espèce, le transformateur n'est pas situé sur la propriété du suspect, la police demande simplement à Enmax d'installer l'appareil sur la ligne électrique. Par contre, si le transformateur est situé sur sa propriété, les policiers doivent obtenir un mandat pour être autorisés à y accéder légalement.

[5] L'AN demeure habituellement fixé sur la ligne pendant cinq jours pour mesurer le courant électrique consommé à cette adresse. Les données enregistrées par l'AN servent à produire un graphique montrant les cycles de consommation d'électricité. Des enquêteurs analysent ensuite ce graphique pour y déceler des cycles de consommation d'électricité d'une durée de 12 ou 18 heures. Ces cycles constituent un indice de la présence d'une culture de marijuana sur les lieux, car ils correspondent aux périodes pendant lesquelles des lampes branchées à des minuteries sont dirigées sur les plants de marijuana pour en stimuler la croissance. Ces plages d'éclairage se traduisent par des pointes sur le graphique (d.a., p. 97-99).

[6] Le principal point de désaccord dans la présente affaire est une question de fait cruciale, soit celle de savoir à quel point la technologie de l'AN révèle des renseignements privés. Il est acquis aux débats que les cycles distinctifs de consommation

DRA data support a strong inference that a grow operation is on the premises. Such grow operations often involve marijuana. However, the existence of these distinctive electricity use patterns, though strongly correlated with a marijuana grow operation, does not establish that marijuana is the crop being grown.

[7] I agree with the Chief Justice and Fish J. (at para. 123) that evidence revealed need not be conclusive to be intrusive, but in this case, contrary to their assertion, there was evidence as to the predictive value of the DRA data. Indeed, Det. Sgt. Morrison also gave evidence about what is not revealed by DRA technology in its current form. The evidence is that there was absolutely no reliable inference to be made concerning the occupants or their activities in the house besides the grow operation. Indeed, Det. Sgt. Morrison was asked whether the DRA data disclosed any of the following:

- how many occupants live in the residence
- whether any occupants are home at a particular time
- whether anyone is watching television
- whether anyone is using a computer
- whether anyone is listening to a stereo
- whether anyone is taking a bath, sitting in a hot tub, or showering
- whether anyone is cooking or washing dishes
- the gender of the occupants
- the political affiliation of the occupants

électrique qui ressortent des données enregistrées par l'AN fournissent une indication sérieuse permettant de déduire l'existence d'une installation de culture sur les lieux. Dans bien des cas, il s'agit de marijuana. Toutefois, de tels cycles, même s'ils sont très souvent associés à ce type d'installation, ne prouvent pas que la plante cultivée est de la marijuana.

[7] Je suis d'accord avec la Juge en chef et le juge Fish (par. 123) pour dire qu'il n'est pas nécessaire que les éléments recueillis soient concluants pour que la perquisition soit attentatoire. Je crois toutefois, contrairement à eux, qu'une preuve a été présentée en l'espèce concernant la valeur des données provenant de l'AN comme fondement à des hypothèses. En effet, le sergent-détective Morrison a également témoigné au sujet de ce que la technologie de l'AN, dans sa forme actuelle, ne révèle pas. La preuve établit qu'il n'était possible de tirer absolument aucune inférence valable à propos des occupants de l'habitation ou de leurs activités, hormis la présence d'une installation de culture. En effet, on a demandé au sergent-détective Morrison si les données fournies par l'AN permettaient de répondre à l'une ou l'autre des questions suivantes :

- Combien de personnes habitent dans la maison?
- Est-ce que quelqu'un est à la maison à un moment donné?
- Est-ce que quelqu'un regarde la télévision?
- Est-ce que quelqu'un se sert d'un ordinateur?
- Est-ce que quelqu'un utilise une chaîne stéréo?
- Est-ce que quelqu'un se trouve dans la baignoire, la douche ou le spa?
- Est-ce que quelqu'un cuisine ou fait la vaisselle?
- De quel sexe sont les occupants de la maison?
- Quelle est l'allégeance politique des occupants?

- |  |   |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- the sexual orientation of the occupants</li> <li>- where electricity is being used in the house</li> <li>- whether any electrical devices are on a timer</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Quelle est l'orientation sexuelle des occupants?</li> <li>- Dans quelles pièces de la maison l'électricité est-elle consommée?</li> <li>- Est-ce que des appareils électriques sont branchés à une minuterie?</li> </ul> |
|--|---|

His answer to each was “no”. I find in his answers no room for speculation as to the possibility of DRA data disclosing any information the nature of which Det. Sgt. Morrison said could not be revealed.

Dans chaque cas, il a répondu par la négative. Ses réponses ne laissent place à aucune conjecture sur la possibilité que les données enregistrées par l'AN révèlent des renseignements que le sergent-détective Morrison dit impossibles à détecter.

[8] Though DRA data are highly reliable predictors of a marijuana grow operation, Det. Sgt. Morrison testified that false positives can and do occasionally occur. In one instance, the distinctive electricity use patterns usually associated with a marijuana grow operation resulted from electricity being used to grow orchids (A.R., at p. 103).

[8] Bien que les données recueillies par l'AN fournissent des indices très fiables de l'existence d'une installation de culture de marijuana, aux dires du sergent-détective Morrison, des faux positifs peuvent se produire et se produisent effectivement de temps en temps. Par exemple, dans un cas, le cycle de consommation habituellement associé à la culture de la marijuana était attribuable à une culture d'orchidées (d.a., p. 103).

[9] Investigators analyzing DRA data must therefore always be alert to the possibility that suspicious electricity use patterns might result from an energy-intensive grow operation involving a legitimate crop. Det. Sgt. Morrison's testimony indicates that they are.

[9] Par conséquent, dans l'analyse des données fournies par l'AN, les enquêteurs doivent toujours demeurer conscients de la possibilité que des cycles de consommation d'électricité suspects s'expliquent par une culture énergivore légitime. Le témoignage du sergent-détective Morrison indique qu'ils en sont bien conscients.

[10] The evidence was that marijuana grow operations are not investigated using only DRA data and that DRA technology is employed late in an investigation typically initiated following a tip from an organization such as Crime Stoppers and after conventional investigative methods — visual surveillance of suspicious premises, like observing irregular driving patterns, the way the house and yard are kept etc., conversations with neighbours, research about the home available in public records — support the inference that marijuana is being grown in the home. The hypothetical question of whether DRA data alone can provide sufficient evidence to obtain a search warrant was not put to Det. Sgt. Morrison, and the reasons for not using

[10] Selon la preuve, les enquêtes sur des installations de culture de marijuana ne se limitent pas aux données enregistrées par l'AN. Cette technologie sert à un stade avancé de l'enquête, habituellement déclenchée à la suite d'informations relayées par une organisation comme Échec au crime, et une fois que le résultat de méthodes conventionnelles — surveillance visuelle des lieux suspects, par exemple, observation d'un va-et-vient irrégulier de voitures, de l'état de la maison et de l'entretien du terrain, conversations avec les voisins et recherches sur le domicile dans les registres publics — permet d'inférer que de la marijuana est cultivée à cette adresse. La question hypothétique de savoir si les données enregistrées par l'AN pourraient

these data alone were not given by the witness. However, put in context, his testimony reveals that use of DRA data is the culminating point of the investigation:

Q Are marijuana grow operation investigations conducted in Calgary using only the results of digital recording ammeters?

A No.

Q Please explain.

A The entire investigation -- it's quite a long and arduous procedure. It is again the full reconnaissance of the property, full research of the area, possible discussions with area residents. All of these -- and possible surveillance. All of these -- possibly a [Forward Looking Infra-Red ("FLIR")]. All of these are investigative aids. The DRA is -- we do it at the end of the investigation, and this is just yet another investigative aid we use to determine if we believe there's a marijuana grow operation lurking in the home. [A.R., at p. 100]

[11] In fact, DRA data are also used as one more investigative tool to dispel the belief that a grow operation is on the premises. They even operate in favour of the defence in approximately half of the times:

Q You indicated earlier that you have reviewed approximately 800 graphs --

A Yes.

Q -- produced by digital recording ammeters, but in only about 400 of those cases search warrants have been applied for and granted.

A Yes.

Q Please explain why that is.

fonder à elles seules la délivrance d'un mandat de perquisition n'a pas été posée au sergent-détective Morrison, et le témoin n'a pas expliqué pourquoi ces données ne sont pas utilisées seules. Cependant, sa déposition, prise en contexte, démontre que le recours aux données enregistrées par l'AN constitue l'étape ultime d'une enquête. Voici comment il s'exprime :

[TRADUCTION]

Q Dans les enquêtes menées à Calgary sur des installations de culture de marihuana, utilise-t-on seulement le résultat des ampèremètres numériques munis d'un enregistreur?

R Non.

Q Veuillez expliquer.

R L'enquête complète -- c'est un processus long et ardu. Encore une fois, c'est un exercice de reconnaissance complète de la propriété, une recherche complète dans les environs, peut-être aussi des discussions avec les habitants du coin. Tout ça -- et peut-être de la surveillance. Tout ça -- et peut-être la technique [infrarouge à vision frontale (« FLIR »)]. Ce sont tous des outils d'enquête. L'AN est -- nous nous en servons à la fin d'une enquête, et c'est juste un autre outil d'enquête qui nous permet de déterminer si nous croyons qu'une maison abrite une installation de culture de marihuana. [d.a., p. 100]

[11] En fait, les données enregistrées par l'AN sont aussi utilisées comme outil d'enquête additionnel pour dissiper les soupçons quant à l'existence d'une installation de culture sur les lieux. Elles jouent même en faveur de la défense dans la moitié des cas environ :

[TRADUCTION]

Q Vous avez dit plus tôt avoir analysé environ 800 graphiques --

R Oui.

Q -- produits par des ampèremètres numériques munis d'un enregistreur, mais dans environ 400 de ces affaires seulement un mandat de perquisition a été demandé et obtenu.

R Oui.

Q Veuillez expliquer pourquoi il en est ainsi.

A Well, in the investigation, we may have some indications or some signs through the investigations that a marijuana grow operation may be present. However, placing or getting a returned graphical printout has showed that it would be inconsistent in that home to have a marijuana grow operation, so we have not executed a search warrant.

So although we may have had reasonable and probable grounds to enter on a search warrant for a marijuana grow operation, essentially the DRA graph has eliminated that home, and so we did not go in. [A.R., at pp. 103-4]

In that sense, DRA data serve to end an investigation and protect a suspect against more intrusive techniques.

[12] Thus, as Det. Sgt. Morrison indicated, the DRA data are sometimes used even if the police already have reasonable and probable grounds to believe that illegal activities are being conducted in a house. It follows that the legal issue the use of DRA data raises does not depend on whether or not the Crown, in this case, made a concession on the lack of reasonable grounds to obtain a search warrant. It suffices to point out that the questionable nature of that concession was even mentioned by Martin J.A. in his reasons for judgment in this case.

[13] We must therefore proceed on the following factual footing: the DRA measurements reveal the quantity of electricity being used in one-ampere increments over a period of time. Over several days, the DRA can be configured to record a pattern of electrical usage. Those patterns in turn can be interpreted by a person with expertise investigating marijuana grow operations to support the inference that a grow operation exists on the premises. A grow operation is strongly correlated with the likelihood that marijuana is the crop being grown on the premises but the relationship between the two is not absolute. In practice, the police use

R Bien, au cours d'une enquête, nous pouvons découvrir des indices ou des signes qu'il y a peut-être une installation de culture de marihuana. Mais après la pose ou la lecture du graphique retourné, nous voyons que les données ne sont pas compatibles avec une installation de culture de marihuana dans la maison, ce qui fait que nous n'avons pas exécuté le mandat de perquisition.

Donc, même si nous avons des motifs raisonnables et probables d'entrer dans une maison avec un mandat de perquisition pour y chercher une installation de culture de marihuana, essentiellement, le graphique produit par l'AN a écarté cette maison, alors nous n'y sommes pas entrés. [d.a., p. 103-104]

Ainsi, les données enregistrées par l'AN permettent de mettre fin à l'enquête et protègent le suspect contre l'utilisation de techniques plus envahissantes.

[12] Par conséquent, comme l'indique le sergent-détective Morrison, les policiers utilisent parfois les données enregistrées par l'AN, même s'ils ont déjà des motifs raisonnables et probables de croire à la tenue d'activités illégales à une certaine adresse. Il s'ensuit que la réponse à la question de droit soulevée par l'utilisation des données tirées de l'AN ne dépend pas du fait que le ministère public, en l'espèce, ait concédé ou non qu'il n'existait pas de motifs raisonnables suffisants pour qu'un mandat de perquisition soit décerné. Il suffit de signaler à cet égard que le juge Martin de la Cour d'appel a mis en doute le bien-fondé de cette concession dans ses motifs.

[13] Nous devons donc procéder à partir du fondement factuel suivant : l'AN mesure la consommation d'électricité en ampères au cours d'une période donnée. Il est possible de configurer l'AN pour qu'il enregistre les cycles de consommation d'électricité sur une période de quelques jours. Ces cycles peuvent ensuite être interprétés par un expert en matière d'enquête sur les installations de culture de marihuana pour étayer l'hypothèse d'une telle installation dans la maison. Il existe une forte corrélation entre la présence d'une installation de culture et la probabilité qu'il s'agisse d'une culture de marihuana, mais le lien entre les



the DRA data, along with other fruits of their investigation, to show that there are reasonable and probable grounds justifying the issuance of a warrant to search the house for evidence of a grow operation producing marijuana.

[14] The importance of what the DRA discloses and what inferences the DRA data support is central to this case. Lower courts concluding that a reasonable expectation of privacy in the DRA data does exist have speculated that some information about what is taking place in a house could be inferred (see, e.g., *R. v. Cheung*, 2005 SKQB 283, 267 Sask. R. 214, at paras. 45-62, where the case law is reviewed, rev'd 2007 SKCA 51, 293 Sask. R. 80). For example, Martin J.A. in the Alberta Court of Appeal wrote: "DRA information must, as a matter of common sense, also disclose biographical or private information; for example, the approximate number of occupants, when they are present in the home, and when they are awake or asleep. This applies to all homes, regardless as to whether they are being used for marihuana grow operations" (para. 17). In the same vein, the Ontario Information and Privacy Commissioner voiced concerns about the prospect of smart meters revealing information about activities taking place in the home, a factor which the intervener the Canadian Civil Liberties Association ("CCLA") submits should militate in favour of recognizing a reasonable expectation of privacy in the case at bar. These assertions are not supported by any evidence on the record. They are only speculations on techniques that have not been used or evaluated in this case. The only evidence adduced on this point is that of Det. Sgt. Morrison on behalf of the Crown, which contradicts any suggestion that the DRA data disclose anything more than the possibility of a grow operation in the house. While my colleague Abella J. finds the DRA "intrusive enough to yield usually reliable inferences as to the presence within the home of one particular activity: a marijuana grow operation" (para. 81), I am of the view that the DRA is a technique that is more

deux n'est pas absolu. Dans la pratique, les policiers utilisent les données enregistrées par l'AN, avec tous les autres renseignements recueillis au cours de leur enquête, pour démontrer l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant la délivrance d'un mandat de perquisition qui les autorise à entrer dans la maison pour y chercher des éléments de preuve de l'existence d'une culture de marihuana.

[14] L'importance des éléments révélés par l'AN et les inférences que les données enregistrées par l'AN permettent de tirer sont au cœur du présent litige. Les juridictions inférieures qui ont conclu à l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard des données fournies par l'AN ont supposé que celles-ci permettraient de tirer des inférences sur les activités qui se déroulent dans une habitation (voir, p. ex., *R. c. Cheung*, 2005 SKQB 283, 267 Sask. R. 214, par. 45-62, pour une revue de la jurisprudence, inf. par 2007 SKCA 51, 293 Sask. R. 80). Par exemple, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Alberta écrit : [TRADUCTION] « [L]'information recueillie grâce à l'AN doit, logiquement, révéler également des renseignements biographiques ou d'ordre personnel, tels que le nombre approximatif d'occupants, les périodes où ils sont présents ainsi que les périodes où ils dorment ou sont éveillés. Cela vaut pour toute habitation, qu'elle serve ou non à la culture de la marihuana » (par. 17). Dans le même ordre d'idées, la commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario a exprimé des préoccupations au sujet de la possibilité que des compteurs intelligents révèlent des renseignements au sujet des activités qui se déroulent dans une habitation, un facteur qui, selon l'Association canadienne des libertés civiles (« ACLC »), intervenante en l'espèce, devrait militer en faveur de la reconnaissance de l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans le cas qui nous occupe. Ces assertions ne sont appuyées par aucun élément de preuve au dossier; il ne s'agit que de conjectures à propos de techniques qui n'ont été ni utilisées, ni évaluées en l'espèce. La seule preuve présentée sur ce point, soit le témoignage du sergent-détective Morrison pour le compte du

protective of personal information than most other investigation techniques. It reveals nothing about the intimate or core personal activities of the occupants. It reveals nothing but one particular piece of information: the consumption of electricity.

[15] The DRA data adduced at trial are in graph form and are consistent with Det. Sgt. Morrison's testimony about what information about the home is disclosed by the DRA. It is reproduced in an appendix to these reasons. The information turned over to police consists of a single-line graph recording patterns of electricity use over a five-day period. The untutored eye would derive very little meaning from viewing this chart. If told that the line graph represents electricity use in a house, it is possible to detect that amounts of electricity used in the house vary from day to day and over the course of a day. However, the graph shows nothing of the purposes for which the electricity is being used. The sum total of what an ordinary person would glean from the chart is the total consumption of electricity in the house and that use is variable and not constant, the latter fact being obvious to anyone familiar with the routine of a home. Any further inferences regarding activities taking place in the home require not only specialized training in the interpretation of the DRA graph but, most importantly, additional information about the home obtained from other sources.

[16] The following analysis proceeds in accordance with this factual backdrop.

ministère public, réfute toute hypothèse voulant que les données enregistrées par l'AN révèlent autre chose que l'existence possible d'une installation de culture de marijuana dans la maison. Alors que ma collègue, la juge Abella, est d'avis que l'AN constitue une technique de surveillance « suffisamment envahissante pour permettre des inférences généralement fiables relativement à la tenue d'une activité particulière à une adresse : la culture de marijuana » (par. 81), pour ma part, j'estime que cet instrument protège davantage les renseignements personnels que la plupart des autres techniques d'enquête. Il ne révèle rien à propos des activités intimes ou des activités personnelles fondamentales des occupants. Il ne révèle rien d'autre qu'un renseignement précis : la consommation d'électricité.

[15] Les données enregistrées par l'AN ont été produites lors du procès sous la forme d'un graphique. Elles appuient le témoignage du sergent-détective Morrison au sujet des renseignements que l'AN révèle sur le domicile. Ce graphique est reproduit en annexe. Les renseignements relayés à la police sont un graphique à courbe représentant les cycles de consommation d'électricité sur une période de cinq jours. Le néophyte ne saisirait pas grand-chose à la lecture de ce graphique. En sachant que le graphique représente la consommation d'électricité d'une maison, on peut constater que la consommation d'électricité fluctue de jour en jour et d'heure en heure. Le graphique n'indique cependant pas du tout à quelle fin l'électricité est utilisée. Les seuls renseignements qu'une personne ordinaire dégagerait de ce tableau sont la consommation totale d'électricité d'une habitation et son caractère variable et intermittent, l'évidence même pour quiconque est un tant soit peu habitué au train-train quotidien d'une maison. Toute autre inférence sur les activités qui se déroulent dans la maison exigerait non seulement une formation spécialisée en interprétation de graphiques d'AN, mais surtout des renseignements provenant d'autres sources au sujet de la maison.

[16] L'analyse qui suit tient compte de cette trame factuelle.

## 2. Analysis

### 2.1 *Applicable Legal Principles*

[17] This Court’s foundational decision in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, established that s. 8 of the *Charter* protects a right to privacy. Principles delineating the right to privacy laid down in *Hunter* apply with equal force today. Section 8 of the *Charter* protects “people, not places” (p. 159). Like all *Charter* rights, the s. 8 right to privacy is not absolute — instead, the *Charter* protects a reasonable expectation of privacy. Dickson J. (as he then was) framed determination of a reasonable expectation of privacy in the following terms:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original; pp. 159-60.]

[18] In *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, a majority of this Court held that a “reasonable expectation of privacy is to be determined on the basis of the totality of the circumstances” (para. 45). In subsequent cases, the reasonable expectation of privacy analysis proceeded in two steps, asking whether the accused had a subjective expectation of privacy and whether that expectation of privacy was objectively reasonable (*R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 19; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; and *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579).

[19] In *Tessling*, Binnie J. wrote that because privacy is a varied and wide-ranging concept,

## 2. Analyse

### 2.1 *Les principes juridiques applicables*

[17] Dans l’arrêt de principe *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, notre Cour a jugé que l’art. 8 de la *Charte* protège le droit à la vie privée. Les principes posés dans l’arrêt *Hunter* pour circonscrire le droit à la vie privée s’appliquent avec autant de force aujourd’hui. L’article 8 de la *Charte* protège « les personnes et non les lieux » (p. 159). Le droit à la vie privée protégé par l’art. 8, à l’instar de tous les autres droits garantis par la *Charte*, n’est pas absolu; la *Charte* protège plutôt l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a formulé ainsi la question de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée :

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu’une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi. [Souligné dans l’original; p. 159-160.]

[18] Dans l’arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, la Cour a jugé, à la majorité, que « [l]’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée doit être déterminée eu égard à l’ensemble des circonstances » (par. 45). Dans ses arrêts subséquents, la Cour a scindé l’analyse de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en deux étapes, se demandant d’abord si l’accusé avait une attente subjective en matière de vie privée et, ensuite, si cette attente en matière de vie privée était raisonnable sur le plan objectif (*R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 19; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; et *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579).

[19] Dans l’arrêt *Tessling*, le juge Binnie écrit que, comme le droit à la vie privée est un concept

the s. 8 jurisprudence has evolved to recognize a number of privacy interests, namely:

- (i) personal privacy, involving bodily integrity and the right not to have our bodies touched or explored;
- (ii) territorial privacy, involving varying expectations of privacy in the places we occupy, with privacy in the home attracting heightened protection because of the intimate and private activities taking place there;
- (iii) informational privacy, involving “the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others” (para. 23, quoting A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7).

*Tessling* also recognized that these categories, though analytically useful, do not necessarily exist in isolation and may overlap.

[20] If, in the first instance, a reasonable expectation of privacy is determined to exist, a search intruding upon that interest will engage s. 8 of the *Charter*. Because the *Charter* protects only against unreasonable searches, the next step after a reasonable expectation of privacy has been established is to inquire whether the search is reasonable. A search involving a *Charter*-protected privacy interest will be reasonable if the police are authorized by law to conduct the search, if the law authorizing the search is reasonable, and if the search is conducted in a reasonable manner (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278). In most cases, this requires obtention of a search warrant requiring police to satisfy a judicial authority that there are reasonable and probable grounds to believe that a

vaste et variable, la jurisprudence relative à l’art. 8 a évolué et reconnaît dorénavant plusieurs aspects du droit au respect de la vie privée, à savoir :

- (i) le droit à la vie privée qui a trait à la personne, lequel protège l’intégrité corporelle et le droit de refuser toute palpation ou exploration corporelle;
- (ii) le droit à la vie privée qui a trait aux lieux, lequel comporte diverses attentes en matière de vie privée selon les lieux que nous occupons, le droit à la vie privée dans notre résidence commandant une protection plus grande parce qu’il s’agit du lieu où nos activités les plus intimes et privées se déroulent;
- (iii) le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels, qui se définit comme « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de déterminer eux-mêmes le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués » (par. 23, citant A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7).

Dans l’arrêt *Tessling*, la Cour reconnaît également que, même si elles fournissent des outils d’analyse utiles, ces catégories ne sont pas forcément étanches et peuvent se recouper.

[20] Pour que l’art. 8 de la *Charte* trouve application, il faut d’abord qu’il existe une attente raisonnable de respect du droit à la vie privée et que la fouille ou la perquisition porte atteinte à ce droit. Comme la *Charte* ne protège que contre les fouilles et perquisitions abusives, il faut ensuite déterminer si la fouille ou la perquisition en cause est abusive ou non. Une fouille ou une perquisition qui met en jeu un droit à la vie privée protégé par la *Charte* ne sera pas abusive si la loi autorise les policiers à l’effectuer, si la loi qui l’autorise n’a elle-même rien d’abusif et si la fouille ou la perquisition n’est pas effectuée d’une manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278). Dans la plupart des cas, les policiers doivent obtenir un mandat de perquisition, ce qui les oblige à convaincre une

search will reveal evidence of an offence (see, e.g., *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487). In certain situations where only a lowered expectation of privacy is recognized, police must instead have a reasonable suspicion that a search will uncover evidence of an offence before they may undertake it (see, e.g., *Kang-Brown*). Where no reasonable expectation of privacy is established, no threshold justification is required because the search does not trigger *Charter* protection (see, e.g., *Patrick*).

[21] Thus, before reaching the question of whether a search is reasonable within the meaning of the *Charter*, the accused must first establish that a reasonable expectation of privacy existed to trigger the protection of s. 8. It is this issue which I now address.

## 2.2 *A Reasonable Expectation of Privacy in Home Electricity Use Information*

[22] The present case straddles two categories of privacy interests recognized in the jurisprudence. The primary privacy interest asserted is a claim to informational privacy protecting the electricity use information which Enmax obtained after installing the DRA and turned over to the police. Territorial privacy is also relevant because the information sought involved an activity taking place within Mr. Gomboc's home.

[23] The facts of this case also place it at the intersection of two of the Court's earlier cases where informational and territorial privacy interests overlapped. The first is *Plant*, which established that a homeowner has no expectation of privacy in electricity use records maintained by a utility. The circumstances of this case also resemble those in *Tessling*, where the privacy interest asserted involved

autorité judiciaire de l'existence de motifs raisonnables et probables de croire que la fouille ou la perquisition permettra de recueillir des éléments de preuve d'une infraction (voir, p. ex., *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487). Dans certains cas où l'attente reconnue en matière de respect de la vie privée est moindre, les policiers doivent plutôt avoir, avant de procéder à la fouille ou à la perquisition, des soupçons raisonnables que la fouille ou la perquisition permettra de découvrir des éléments de preuve d'une infraction (voir, p. ex., l'arrêt *Kang-Brown*). Lorsqu'aucune attente raisonnable de respect du droit à la vie privée n'a été reconnue, aucune justification particulière n'est nécessaire, puisque la fouille ou la perquisition ne donne pas ouverture à la protection offerte par la *Charte* (voir, p. ex., l'arrêt *Patrick*).

[21] Ainsi, la question de savoir si une perquisition est abusive au sens de la *Charte* ne se pose que si l'accusé a établi l'existence d'une attente raisonnable de respect du droit à la vie privée qui fait intervenir la protection offerte par l'art. 8. C'est la question de l'existence d'une telle attente que je vais maintenant examiner.

## 2.2 *L'attente raisonnable de respect du droit à la vie privée à l'égard de la consommation d'électricité d'une maison*

[22] La présente affaire touche deux catégories de droits à la vie privée reconnus par les tribunaux. Elle porte principalement sur le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels qu'Enmax a obtenus au sujet de la consommation d'électricité après avoir installé l'AN et qu'elle a relayés à la police. Elle touche aussi le droit à la vie privée qui a trait aux lieux parce que les renseignements recherchés portaient sur une activité qui se déroulait à l'intérieur de la maison de M. Gomboc.

[23] Les faits de la présente affaire la situent à l'intersection de deux affaires déjà jugées par la Cour, qui portaient à la fois sur le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels et sur le droit à la vie privée qui a trait aux lieux. La première est l'affaire *Plant*, dans laquelle notre Cour a jugé qu'un propriétaire n'a pas d'attente en matière de vie privée à l'égard des relevés de consommation

heat patterns emanating from a private home and photographed by police overflying it in an aircraft. In both cases, information was sought because it was capable of supporting in some measure the inference that marijuana was being grown in a private home. The principles laid down in both cases consequently have considerable relevance to the case at bar, although their applicability must take into account the peculiarities of this case, notably Enmax's role as a third party cooperating with a police request and the *Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003, governing the confidentiality of Enmax's customer information. Informational and territorial privacy remain useful tools for organizing the analysis, and they provide the headings under which I assess whether the expectation of privacy asserted is objectively reasonable. I reiterate before undertaking that analysis that context is crucial and that reasonable expectation of privacy is assessed in the totality of the circumstances.

### 2.2.1 Subjective Expectation of Privacy

[24] The available evidence makes clear that Mr. Gomboc exhibited a strong desire for privacy in his habits of electricity use. The electricity meter on the property — the usual device employed to measure the quantity of electricity being used in a home — had been deliberately bypassed to prevent it from performing this function. The only reason can be a desire to shield his electricity use from detection.

[25] In addition, the Court recognized in *Patrick* that a subjective expectation of privacy can be presumed in respect of activities taking place in the home (para. 37).

d'électricité établis par une entreprise de services publics. Les faits de la présente affaire ressemblent aussi à ceux de l'affaire *Tessling*, dans laquelle le droit à la vie privée revendiqué concernait le profil thermique d'une maison privée qui avait été photographiée par la police depuis un avion survolant la maison. Dans les deux cas, les renseignements étaient recherchés parce qu'ils étaient susceptibles d'étayer dans une certaine mesure l'inférence d'une culture de marihuana dans une maison privée. Par conséquent, les principes posés dans ces deux arrêts sont fort pertinents en l'espèce, même si, dans leur application, on doit tenir compte des particularités de la présente affaire, et notamment du rôle joué par Enmax, comme tiers ayant accédé à la demande de la police, et du *Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003, traitant du degré de confidentialité des renseignements sur les clients d'Enmax. Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels et le droit à la vie privée qui a trait aux lieux demeurent des catégories utiles pour la structure de l'analyse et me serviront de rubriques pour l'examen du caractère objectivement raisonnable de l'attente revendiquée en matière de vie privée. Je rappelle donc, avant d'entreprendre cette analyse, que le contexte est d'une importance capitale et qu'il faut apprécier l'attente raisonnable de respect de la vie privée en tenant compte de l'ensemble des circonstances.

### 2.2.1 L'attente subjective de respect de la vie privée

[24] Il ressort clairement de la preuve déposée que M. Gomboc tenait fermement à ce que les renseignements portant sur ses habitudes de consommation d'électricité demeurent confidentiels. Le compteur installé sur la propriété — l'appareil habituel servant à mesurer la consommation d'électricité à une adresse — avait été délibérément contourné pour le rendre inopérant. Cet acte ne peut s'expliquer que par le désir de dissimuler la consommation d'électricité.

[25] Par ailleurs, dans l'arrêt *Patrick*, la Cour a reconnu qu'on peut présumer l'existence d'une attente subjective de respect de la vie privée à l'égard des activités qui se déroulent dans une résidence (par. 37).

[26] I conclude, then, that Mr. Gomboc did exhibit a subjective expectation of privacy in the pattern of electricity use disclosed by the DRA monitoring.

### 2.2.2 Is the Expectation of Privacy Reasonable in the Totality of the Circumstances?

#### 2.2.2.1 *The Informational Privacy Interest*

[27] The *Charter* guarantee of informational privacy protects the right to prevent certain personal information from falling into the hands of the state. The scope of constitutional protection will vary depending upon the nature of the information and the purpose for which it is made available (*R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 53; *Patrick*, at para. 38).

[28] In *Plant*, Sopinka J. rejected a categorical approach to informational privacy, protecting only information that is “personal and confidential” (p. 293). He framed the constitutional protection given to informational privacy in the following purposive terms:

In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [p. 293]

Sopinka J. also outlined factors that could form the basis for a reasonable expectation of privacy which included “the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated” (p. 293).

[26] Je conclus donc que M. Gomboc avait effectivement une attente subjective de respect de la vie privée à l’égard des cycles de consommation d’électricité révélés par l’AN.

### 2.2.2 L’attente de respect de la vie privée était-elle raisonnable compte tenu de l’ensemble des circonstances?

#### 2.2.2.1 *Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels*

[27] La *Charte* garantit le caractère privé des renseignements personnels en protégeant le droit de soustraire certains renseignements personnels à la connaissance de l’État. La portée de cette protection constitutionnelle dépend de la nature des renseignements et du but dans lequel ils sont communiqués (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 53; *Patrick*, par. 38).

[28] Dans l’arrêt *Plant*, le juge Sopinka a écarté toute approche catégorique de la protection du caractère privé des renseignements personnels, ne reconnaissant que la protection des renseignements de nature « personnelle et confidentielle » (p. 293). Il a adopté une approche téléologique pour décrire la protection constitutionnelle du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels :

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d’intégrité et d’autonomie qu’il consacre, il est normal que l’art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État. Il pourrait notamment s’agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu. [p. 293]

Le juge Sopinka a également énuméré certains facteurs susceptibles de fonder une attente raisonnable en matière de vie privée, notamment, « la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l’endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l’objet de l’enquête » (p. 293).

[29] The facts underlying *Plant* are similar to those in the case at bar. The police had consulted electricity use records of a home as part of a marijuana grow operation investigation. Information about relative electricity use in the neighbourhood was included alongside visual observations about the home in an affidavit to obtain a search warrant. The accused's argument that the electricity consumption records were obtained through a warrantless search that violated s. 8 of the *Charter* was rejected by this Court for two reasons. The first involved the nature of the information, about which Sopinka J. said:

The computer records investigated in the case at bar while revealing the pattern of electricity consumption in the residence cannot reasonably be said to reveal intimate details of the appellant's life since electricity consumption reveals very little about the personal lifestyle or private decisions of the occupant of the residence. [p. 293]

A further reason for rejecting the reasonable expectation of privacy claim took into account the relationship between the accused and the utility. That relationship did not involve confidence or a contractual obligation of confidentiality. Instead, the utility's policy was to permit police access to its electronic records via a password-protected computer. Electricity consumption records of a particular address were available to the public at large (p. 294).

[30] As in *Plant*, the nature and quality of the information disclosed by the DRA and the absence of an expectation of confidentiality in respect of Enmax's customer information form part of the totality of the circumstances informing the reasonableness of the privacy expectation in the present case. I will examine the impact of each, starting with the absence of a confidentiality expectation.

[29] Les faits à l'origine de l'affaire *Plant* ressemblent à ceux en cause en l'espèce. La police avait consulté les relevés de consommation d'électricité d'une maison au cours d'une enquête sur une installation de culture de marijuana. Dans l'affidavit présenté en vue d'obtenir un mandat de perquisition, les policiers avaient inclus des renseignements comparatifs sur la consommation d'électricité dans le quartier ainsi que des observations fondées sur leur examen visuel de la maison. L'argument de l'accusé suivant lequel les relevés de consommation d'électricité avaient été obtenus au moyen d'une perquisition effectuée sans mandat en violation de l'art. 8 de la *Charte* a été rejeté par notre Cour pour deux raisons. La première concernait la nature des renseignements. Voici ce que le juge Sopinka dit à ce propos :

Or, on ne saurait raisonnablement prétendre que les dossiers informatisés consultés dans la présente affaire, lesquels font état du niveau de consommation d'électricité dans une résidence, dévoilent des détails intimes de la vie de l'appelant, la consommation d'électricité ne révélant que très peu de chose du mode de vie ou des décisions privées de l'occupant de la résidence. [p. 293]

L'autre raison pour laquelle la Cour a rejeté l'argument fondé sur l'attente raisonnable de respect de la vie privée tenait aux relations entre l'accusé et l'entreprise de services publics. Cette relation ne pouvait être qualifiée de relation de confiance et l'entreprise de services publics n'était pas assujettie à une obligation contractuelle de confidentialité. L'entreprise de services publics avait plutôt comme politique de permettre à la police l'accès à sa banque de données informatiques à l'aide d'un mot de passe. De plus, il était possible pour le grand public de s'enquérir de la consommation d'électricité à une adresse donnée (p. 294).

[30] Comme dans l'affaire *Plant*, la nature et la qualité des renseignements révélés par l'AN et l'absence d'attente de confidentialité concernant les renseignements détenus par Enmax sur ses clients font partie de l'ensemble des circonstances dont il faut tenir compte pour déterminer s'il existe une attente raisonnable de respect de la vie privée dans le cas qui nous occupe. Je vais examiner l'incidence de chaque élément, en commençant par l'absence d'attente de confidentialité.



[31] The terms governing the relationship between Enmax and its customers are highly significant. Mr. Gomboc's expectation of privacy is informed by the *Code of Conduct Regulation* enacted pursuant to the *Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1. The regulation permits disclosure of customer information "to a peace officer for the purpose of investigating an offence if the disclosure is not contrary to the express request of the customer" (s. 10(3)(f)). Mr. Gomboc did not request that his customer information be kept confidential. The *Code of Conduct Regulation* dovetails with s. 487.014 of the *Criminal Code*, which confirms that a peace officer may ask a person to voluntarily provide information that the person is not otherwise prohibited by law from disclosing. Their combined effect establishes that not only was there no statutory barrier to Enmax's voluntary cooperation with the police request, but express notice that such cooperation might occur existed.

[32] Rather than concluding, as my colleague Abella J. does, that the legislative scheme is sufficient to erode the expectation of privacy in this case, I prefer to view it as one factor amongst many which must be weighed in assessing the totality of the circumstances. I do not need to pronounce on the issue of whether this legislative scheme alone is sufficient or not to dissolve any expectation of privacy. Taking that approach, I do not endorse the other extreme position taken by the Chief Justice and Fish J. that the average consumer could not be expected to know that consumption data obtained by the electricity provider may be subject to varying degrees of confidentiality pursuant to relevant legislation. In our highly regulated energy supply environment, it would be unreasonable for anyone to expect energy data not to be dealt with in one way or another by the rules organizing that industry.

[33] That Enmax was at liberty to disclose the information weighs heavily against giving the asserted expectation of privacy constitutional recognition. However, in view of the multitudinous

[31] Les dispositions régissant les rapports entre Enmax et ses clients revêtent une grande importance. Le *Code of Conduct Regulation*, pris en application de l'*Electric Utilities Act*, S.A. 2003, ch. E-5.1, influe sur l'attente de respect de la vie privée de M. Gomboc. Ce règlement permet de communiquer un renseignement sur un client [TRADUCTION] « à un agent de la paix pour les besoins d'une enquête relative à une infraction si la communication ne contrevient pas à une demande expresse du client » (al. 10(3)f)). M. Gomboc n'a pas demandé la confidentialité des renseignements le concernant. Le règlement concorde avec l'art. 487.014 du *Code criminel*, qui confirme qu'un agent de la paix peut demander à une personne de lui fournir volontairement des renseignements qu'aucune règle de droit n'interdit à celle-ci de communiquer. Il résulte de l'effet combiné de ces deux dispositions que la loi n'empêchait pas Enmax de collaborer de plein gré avec la police et qu'un préavis exprès quant à la possibilité d'une telle collaboration existait déjà.

[32] Au lieu de conclure, à l'instar de ma collègue la juge Abella, que le régime législatif suffit à écarter l'attente en matière de vie privée en l'espèce, je préfère considérer ce régime comme l'un des nombreux facteurs dont il faut tenir compte pour apprécier l'ensemble des circonstances. Il n'est pas nécessaire que je décide si ce régime législatif, à lui seul, suffit ou non pour faire disparaître toute attente en matière de vie privée. Par ailleurs, je ne puis non plus souscrire à la position préconisée, à l'autre extrême, par la Juge en chef et le juge Fish selon lesquels on ne saurait s'attendre du consommateur moyen qu'il sache que, par application des lois pertinentes, des degrés de confidentialité différents s'attachent aux données sur la consommation obtenues par le fournisseur d'électricité. Notre réseau d'approvisionnement énergétique étant très réglementé, il serait déraisonnable de s'attendre à ce que la réglementation régissant cette industrie ne traite pas, d'une manière ou d'une autre, des données sur l'énergie.

[33] Le fait qu'Enmax était libre de communiquer les renseignements milite fortement contre la reconnaissance constitutionnelle de l'attente revendiquée en l'espèce en matière de vie privée. Toutefois,

forms of information that are generated in customer relationships and given that consumer relationships are often governed by contracts of adhesion (while noting that in this case Mr. Gomboc was at liberty to prevent the disclosure but did not elect to do so), there is every reason for proceeding with caution when deciding what independent constitutional effect disclosure clauses similar to those in the *Code of Conduct Regulation* may have on determining a reasonable expectation of privacy.

[34] Even if the regulation had been silent on disclosure of energy consumption, the quality and nature of the information disclosed to the police would nonetheless have informed the totality of the circumstances surrounding the expectation of privacy. Determining the expectation of privacy requires examination of whether disclosure involved biographical core data, revealing intimate and private information for which individuals rightly expect constitutional privacy protection. This is consistent with Binnie J.'s comment in *Tessling* that the expectation of privacy is a "normative rather than a descriptive standard" (para. 42). Thus, the fact that the person claiming an expectation of privacy in information ought to have known that the terms governing the relationship with the holder of that information allowed disclosure may not be determinative. Rather, the appropriate question is whether the information is the sort that society accepts should remain out of the state's hands because of what it reveals about the person involved, the reasons why it was collected, and the circumstances in which it was intended to be used.

[35] This brings us to the central issue in this case: whether the DRA discloses intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual that form part of the biographical

étant donné que les renseignements générés dans le cadre des relations d'une entreprise avec ses clients peuvent l'être sous une myriade de formes et que les relations avec les clients sont souvent régies par des contrats d'adhésion (fait à signaler, dans le cas qui nous occupe, M. Gomboc pouvait empêcher la communication, mais ne s'est pas prévalu de cette possibilité), la prudence est évidemment de mise lorsqu'il s'agit de déterminer quelles conséquences constitutionnelles indépendantes des dispositions permettant la communication semblables à celles du *Code of Conduct Regulation* peuvent avoir sur la reconnaissance d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

[34] Même si le règlement avait été muet sur la question de la communication de la consommation d'électricité, la qualité et la nature des renseignements communiqués à la police auraient quand même eu une incidence sur l'ensemble des circonstances entourant l'attente de respect de la vie privée. Pour se prononcer sur l'existence d'une telle attente, il faut déterminer si la communication portait sur des renseignements biographiques d'ordre personnel, révélant des détails intimes et des renseignements sur la vie privée au sujet desquels les particuliers peuvent à juste titre s'attendre à une protection constitutionnelle. Ces observations vont dans le même sens que celles formulées par le juge Binnie dans l'arrêt *Tessling*, lorsqu'il explique que l'attente en matière de vie privée est « de nature normative et non descriptive » (par. 42). Par conséquent, le fait que la personne qui revendique une attente quant au respect du caractère privé de certains renseignements aurait dû savoir que les dispositions régissant ses rapports avec le détenteur de ces renseignements en permettaient la communication n'est pas nécessairement déterminant. Il faut plutôt déterminer si ces renseignements font partie de ceux que la société accepte de voir soustraits à l'État, en raison de ce qu'ils révèlent concernant la personne visée, des motifs pour lesquels ils ont été recueillis et des fins auxquelles ils sont destinés.

[35] Ce qui nous amène à la question centrale en l'espèce, celle de savoir si l'AN révèle des détails intimes, sur le mode de vie et les choix personnels de la personne, qui constituent des renseignements

core data protected by the *Charter's* guarantee of informational privacy.

[36] The Chief Justice and Fish J., Abella J., and the majority in the Court of Appeal seem to accept that the DRA discloses some information about activities or lifestyle choices associated with the home. I do not share this conclusion. The evidence available on the record offers no foundation for concluding that the information disclosed by Enmax yielded any useful information at all about household activities of an intimate or private nature that form part of the inhabitants' biographical core data.

[37] The only evidence on the record is the uncontradicted expert testimony of Det. Sgt. Morrison. It is summarized above, but I reiterate that when presented with a list of private and intimate activities and asked whether the DRA revealed any information about these activities, he answered "no". The DRA data disclosed no personal information comparable to that contained in the garbage put out for collection in which this Court recently held that there was no reasonable expectation of privacy in *Patrick*. Indeed, the DRA reveals very little about what is taking place in the home. As the Saskatchewan Court of Queen's Bench aptly noted, "the DRA would give no information at all as to the normal activities going on in the home and no intimate details of the occupants' lifestyles" (*Cheung*, at para. 62). The Alberta Court of Queen's Bench also noted that "a next-door neighbour or person on the street would likely have more information on what was going on in a house than the information obtained from the DRA" (*R. v. Johnston*, [2002] A.J. No. 843 (QL), at para. 6).

[38] Investigators evidently request installation of the DRA for a specific purpose. The DRA data support a strong inference that a grow operation is located in the home, which in turn is strongly

personnels d'ordre biographique dont le caractère privé est protégé par la *Charte*.

[36] La Juge en chef et le juge Fish, la juge Abella et la majorité des juges de la Cour d'appel semblent accepter que l'AN révèle certains renseignements sur des activités ou des choix personnels associés à la résidence. Je ne partage pas leur avis. Aucun élément de preuve au dossier ne permet de conclure que les données communiquées par Enmax dévoileraient des renseignements révélant quoi que ce soit, au sujet d'activités de nature intime ou privée, qui ferait partie des renseignements personnels d'ordre biographique des occupants de la maison.

[37] Le témoignage non contredit de l'expert, le sergent-détective Morrison, constitue la seule preuve au dossier. Il est résumé plus haut, mais je répète que le témoin a répondu par la négative lorsqu'on lui a énuméré certaines activités privées et intimes et qu'on lui a demandé si l'AN révélait des renseignements à leur sujet. Les données fournies par l'AN ne révèlent aucun renseignement personnel assimilable à ceux contenus dans les sacs d'ordures déposés en vue de leur ramassage, au sujet desquels notre Cour a récemment refusé, dans l'arrêt *Patrick*, de reconnaître une attente raisonnable en matière de vie privée. D'ailleurs, l'AN révèle très peu de chose au sujet des activités qui se déroulent dans une maison. Ainsi que la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan l'a fait observer avec justesse : [TRADUCTION] « l'AN ne révélerait aucun renseignement sur les activités normales se déroulant dans la maison ni détail intime sur le mode de vie des occupants » (*Cheung*, par. 62). Selon la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, [TRADUCTION] « un voisin immédiat ou un passant en saurait probablement plus sur les activités tenues dans une maison que ce que les données obtenues grâce à un AN permettraient de savoir » (*R. c. Johnston*, [2002] A.J. No. 843 (QL), par. 6).

[38] Les enquêteurs demandent de toute évidence l'installation d'un AN dans un but précis. Les données fournies par l'AN appuient sérieusement l'inférence d'une installation de culture à une certaine

correlated with the cultivation of marijuana. The respondent and my colleague Abella J. conclude that the data's reliability in supporting the inference that a grow operation is present in the home weighs in favour of finding a reasonable expectation of privacy in that information. For the Chief Justice and Fish J., the strength of the inferences makes this case distinguishable from *Tessling* and *Plant*, where no expectation of privacy was found in heat signature and electricity consumption information also used to support the inference that a grow operation existed in a home. With respect for the contrary view, I disagree that the stronger inference that the DRA data support meaningfully distinguishes the information they disclose from that in which this Court concluded that there is no reasonable expectation of privacy. As observed by the Saskatchewan Court of Appeal, the distinction involves a "difference of degree only and not a difference that changes the substantive result of the analysis" (*Cheung*, at para. 23). Indeed, the nature of the information has not changed nor is what was disclosed by the DRA about private and intimate activities in the home any more revealing than the information at issue in *Tessling* and *Plant*.

[39] Focussing on the inferential strength of the DRA data in isolation concentrates the analysis too narrowly. We must consider instead the totality of what it is capable of disclosing and the degree to which it invades the privacy of the residents of the home. The criminality of the activity the DRA discloses does not remove it from the ambit of *Charter*-protected privacy rights (*Patrick*, at para. 32). However, as this Court said in *Patrick*, "[t]he issue ought to be framed in terms of the privacy of the area or thing being searched and the potential impact of the search on the person [or thing] being searched, not the nature or identity of the concealed items" (para. 32). Viewed in this light, the DRA's disclosure about electricity use has no greater impact than electricity consumption records or the home's heat signature upon the occupants

adresse, un type d'installation étroitement lié à la culture de marihuana. Selon l'intimé et ma collègue la juge Abella, la fiabilité des données comme fondement à l'inférence d'une installation de culture joue en faveur de la reconnaissance d'une attente raisonnable de respect de la vie privée à l'égard de ces données. Pour la Juge en chef et le juge Fish, la fiabilité des inférences qu'il est possible de tirer distingue la présente espèce des affaires *Tessling* et *Plant*, dans lesquelles notre Cour a refusé de reconnaître une attente en matière de vie privée à l'égard du profil thermique et de la consommation d'électricité qui ont aussi servi à inférer la présence d'une installation de culture de marihuana dans une maison. Avec égard pour l'opinion contraire, je ne suis pas d'accord pour dire que la fiabilité de l'inférence que les données fournies par l'AN permettent de tirer distingue de manière appréciable ces données de celles au sujet desquelles notre Cour a refusé de reconnaître une attente raisonnable en matière de vie privée. Ainsi que la Cour d'appel de la Saskatchewan l'a fait observer, il s'agit là d'une [TRADUCTION] « différence de degré et non d'une différence qui aurait pour effet d'influer sur le résultat de l'analyse sur le fond » (*Cheung*, par. 23). En effet, les renseignements sont de la même nature et ce qu'ils révèlent au sujet des activités privées et intimes qui se déroulent à l'intérieur de la maison n'est pas plus révélateur que les renseignements en cause dans les affaires *Tessling* et *Plant*.

[39] Insister isolément sur la fiabilité des inférences que les données fournies par l'AN permettent de tirer limite indûment la portée de l'analyse. Il convient plutôt de tenir compte de l'ensemble des renseignements que l'AN est susceptible de révéler et de déterminer à quel point il porte atteinte au droit à la vie privée des occupants de la maison. Le caractère criminel de l'activité révélée par l'AN ne la soustrait pas à la protection du droit à la vie privée offerte par la *Charte* (*Patrick*, par. 32). Toutefois, comme notre Cour l'a expliqué dans *Patrick*, « [l]e débat devrait porter sur le caractère privé du lieu ou de l'objet visé par la fouille, ainsi que sur les conséquences potentielles de la fouille pour la personne qui en fait l'objet [ou pour l'objet visé], et non sur la nature ou l'identité de la chose dissimulée » (par. 32). Envisagés sous cet angle, les renseignements

of the home and the privacy of their activities therein.

[40] The DRA's capabilities depend of course on the state of the technology at the time of its use. We are cautioned by the interveners the CCLA about the looming prospect of smart meters being deployed across the country and the possibility of data they record revealing how electricity is being used in homes. A similar concern arose in *Tessling* about the theoretical possibility of what FLIR technology might eventually reveal about activities in the home. The conclusion there applies with equal force to the case at bar:

... the reasonableness line has to be determined by looking at the information generated by *existing* FLIR technology, and then evaluating its impact on a reasonable privacy interest. If, as expected, the capability of FLIR and other technologies will improve and the nature and quality of the information hereafter changes, it will be a different case, and the courts will have to deal with its privacy implications at that time in light of the facts as they then exist. [Emphasis in original; para. 29.]

The CCLA's submissions about smart meters raise concerns about theoretical capabilities and potential future uses of technology rather than realistic privacy concerns applicable in the present case. As DRA technology now stands, it is not capable of giving access to the occupants' personal information. Instead, the DRA data merely yield an additional piece of information to evaluate suspicions — based on an independent evidentiary foundation — police already have about a particular activity taking place in the home. Having concluded that the evidence adduced does not establish that the DRA is meaningfully more invasive of privacy than the electricity consumption records in *Plant* or the heat signatures in *Tessling*, I would, as this Court did in the latter case, leave the privacy

sur la consommation d'électricité fournis par l'AN n'ont pas plus de conséquences sur les occupants de la maison et sur le caractère privé des activités qui s'y déroulent que les relevés de consommation d'électricité ou le profil thermique de la maison.

[40] Les possibilités qu'offre l'AN dépendent évidemment de l'état de la technologie au moment où elle est utilisée. L'ACLIC, intervenante en l'espèce, nous incite à la prudence devant la perspective inquiétante de l'installation de compteurs intelligents un peu partout au Canada et la possibilité que les données enregistrées révèlent à quelle fin l'électricité est utilisée à chaque adresse. Une préoccupation semblable a été exprimée dans l'affaire *Tessling* au sujet de ce que la technique FLIR pourrait en théorie révéler un jour au sujet des activités se déroulant à l'intérieur d'une maison. La conclusion de la Cour dans cet arrêt s'applique avec autant de force à l'affaire qui nous occupe :

... il faut déterminer la limite du caractère raisonnable en examinant les renseignements produits par la technique FLIR *existante* et en analysant ensuite leur incidence sur le droit en matière d'attente raisonnable de vie privée. Si, comme on peut s'y attendre, les possibilités de la technique FLIR et d'autres techniques évoluent et entraînent des changements dans la nature et la qualité des renseignements obtenus, les circonstances seront différentes et les tribunaux devront se prononcer sur son incidence en matière de vie privée à ce moment-là, en fonction des faits qui leur seront alors présentés. [En italique dans l'original; par. 29.]

L'argumentation de l'ACLIC au sujet des compteurs intelligents soulève des questions sur des possibilités théoriques et des utilisations futures potentielles de la technologie, et non des questions réalistes au sujet du respect de la vie privée qui se posent dans la présente instance. Dans sa forme actuelle, l'AN ne permet pas d'avoir accès aux informations personnelles des occupants. Les données fournies par l'AN constituent simplement un élément d'information complémentaire qui aide la police à vérifier les soupçons — fondés sur des preuves indépendantes — qu'elle entretient déjà au sujet d'une activité donnée à l'intérieur d'une maison. Ayant conclu que les éléments de preuve présentés n'établissent pas que l'AN est sensiblement plus attentatoire au droit à la vie privée que les relevés de

implications of the more evolved technology to be decided when a comprehensive evidentiary record has been developed.

[41] A final factor affecting the informational privacy analysis and diminishing Mr. Gomboc's expectation of privacy in the information disclosed by the DRA is the fact that his interest in the electricity use data was not exclusive. His electricity consumption history was not confidential or private information which he had entrusted to Enmax. As the supplier of electricity, Enmax had a legitimate interest of its own in the quantity of electricity its customers consumed. Consequently, it is beyond dispute that Enmax was within its rights to install a DRA on a customer's line on its own initiative to measure the electricity being consumed. That it was not a regular practice by Enmax in no way diminished its freedom to install the DRA. It is also beyond dispute that if Enmax installed the DRA on its own initiative and discovered the same suggestive pattern of electricity use, it could have turned this information over to police.

[42] The Chief Justice and Fish J. take exception to what they variously describe as Enmax being co-opted or conscripted by the police to engage in a search which the authorities could not have conducted independently. They raise the spectre of letter carriers and delivery persons being asked to pry into private homes in the course of their ordinary duties. On the facts of this case, such comparisons are unavailing. Enmax was not an interloper exploiting its access to private information to circumvent the *Charter* at the behest of the state. As the Crown stresses in its submissions, Enmax's role is limited to the wholly voluntary cooperation of a potential crime victim. The coercive undertones evoked by describing Enmax as being co-opted or conscripted are entirely inapposite to the case at bar. As noted above, if the police had merely

consommation d'électricité en cause dans l'affaire *Plant* ou que le profil thermique dont il s'agissait dans l'affaire *Tessling*, j'attendrais, comme notre Cour l'a fait dans *Tessling*, de disposer d'une preuve exhaustive pour me prononcer sur l'incidence des technologies plus poussées sur le respect du droit à la vie privée.

[41] L'analyse du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels comporte un dernier facteur, qui réduit l'attente de M. Gomboc quant au respect du caractère privé des renseignements révélés par l'AN : il n'était pas la seule personne intéressée par les données sur la consommation d'électricité. Son dossier de consommation d'électricité ne constituait pas un renseignement confidentiel ou privé qu'il avait confié à Enmax. En qualité de fournisseur d'électricité, Enmax avait elle-même un intérêt légitime à l'égard de la consommation d'électricité de ses clients. En conséquence, Enmax avait incontestablement le droit d'installer de son propre chef un AN sur la ligne d'un client pour mesurer la consommation d'électricité. Le fait qu'il ne s'agissait pas d'une pratique courante d'Enmax ne diminuait en rien sa liberté d'installer l'appareil. Il est également incontestable que, si Enmax avait découvert les mêmes cycles révélateurs de consommation d'électricité après avoir installé l'AN de son propre chef, elle aurait pu relayer ces renseignements à la police.

[42] La Juge en chef et le juge Fish reprochent aux forces de l'ordre d'avoir réquisitionné ou mobilisé Enmax pour qu'elle participe à une perquisition qu'elles n'auraient pas pu effectuer sans elle. Ils évoquent le risque qu'on demande à des facteurs ou à des livreurs d'épier des maisons privées dans le cadre de leurs fonctions habituelles. Au vu des faits de l'espèce, de telles comparaisons ne servent à rien. Enmax n'était pas une intruse qui profitait de son accès à des renseignements personnels pour contourner la *Charte* sur l'ordre de l'État. Comme le ministère public le souligne dans ses arguments, le rôle d'Enmax se borne à offrir, de son plein gré, sa collaboration à titre de victime potentielle d'un crime. La contrainte que l'on sous-entend lorsqu'on dit qu'Enmax a été réquisitionnée ou mobilisée est totalement hors de propos. Comme je l'ai déjà

notified Enmax of a potential electricity theft and the utility had proceeded on its own initiative to install a DRA and turn over what it disclosed, no *Charter* violation would have arisen. Only by misguidedly elevating form over substance would a contrary conclusion result solely because Enmax installed the DRA subsequent to a police request for cooperation. Indeed, as mentioned, it is clear from s. 487.014 of the *Criminal Code* that no prior judicial authorization is necessary to cooperate with an investigation provided disclosure of the information requested is not otherwise prohibited by law. As the *Code of Conduct Regulation* establishes no such prohibition, Enmax's role is of no import to the *Charter* analysis.

[43] Considerations relevant to the informational privacy analysis therefore lead to the conclusion that no expectation of privacy in the electricity consumption information was objectively reasonable. Disclosing information about electricity consumption is not invasive or revelatory of the respondent's private life. It does not yield anything meaningful in terms of biographical core data that attracts constitutional protection. Disclosure was explicitly permitted by the applicable regulatory scheme. Enmax had an interest in the information, which was not entrusted to it with any expectation of confidentiality, and it employed legitimate means to gather the information. None of the factors relevant to the informational privacy analysis support a conclusion that the information in question was of the sort that attracts *Charter* protection.

#### 2.2.2.2 *The Territorial Privacy Interest*

[44] The marijuana grow operation in this case was situated in Mr. Gomboc's home. The DRA data at issue disclosed information about electricity

signalé, si les policiers s'étaient contentés d'aviser Enmax de la possibilité que de l'électricité ait été volée et si l'entreprise de services publics avait installé un AN de son propre chef et avait relayé les renseignements ainsi obtenus à la police, aucune violation de la *Charte* ne se serait produite. Ce n'est qu'en faisant à tort passer la forme avant le fond qu'on pourrait arriver à la conclusion contraire, et ce, uniquement parce qu'Enmax a installé l'AN à la suite de la demande de collaboration que la police lui avait adressée. Je mentionne de nouveau qu'il ressort clairement de l'art. 487.014 du *Code criminel* qu'aucune autorisation judiciaire préalable n'est nécessaire pour demander la collaboration à une enquête à condition que la loi n'interdise pas par ailleurs la communication des renseignements demandés. Le *Code of Conduct Regulation* ne prévoit aucune interdiction de ce genre. Par conséquent, le rôle d'Enmax n'a aucune importance dans l'analyse fondée sur la *Charte*.

[43] Ces considérations relatives à l'analyse du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels nous amènent donc à conclure qu'aucune attente quant au respect du caractère privé des renseignements relatifs à la consommation d'électricité n'était objectivement raisonnable. La communication de ces renseignements ne porte pas atteinte au droit à la vie privée de l'intimé et ne révèle rien au sujet de cette dernière. Elle ne dévoile aucun renseignement personnel d'ordre biographique suffisamment révélateur pour justifier une protection constitutionnelle. La communication était explicitement permise par le régime réglementaire applicable. Enmax avait un intérêt à l'égard des renseignements, qui ne lui avaient pas été confiés sous réserve de confidentialité, et elle a employé des moyens légitimes pour les recueillir. Aucun des facteurs pertinents pour l'analyse du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels n'appuie la conclusion que les renseignements en question faisaient partie des renseignements protégés par la *Charte*.

#### 2.2.2.2 *Droit à la vie privée qui a trait aux lieux*

[44] En l'espèce, l'installation de culture de marijuana était située à l'intérieur de la maison de M. Gomboc. Les données fournies par l'AN révélaient

consumption taking place in the home. A territorial privacy interest involving the home is therefore a relevant aspect of the totality of the circumstances informing the reasonable expectation of privacy determination.

[45] The case law has long recognized a heightened constitutional expectation of privacy in our dwellings (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *Tessling and Patrick*). Viewed purposively, the rationale behind the elevated expectation of privacy is that although s. 8 of the *Charter* protects “people, not places”, the home is where our most intimate and personal activities often take place (*Tessling*, at para. 22). In recognizing a heightened expectation of privacy in the home, the law thus employs “the notion of place as an analytical tool to evaluate the reasonableness of a person’s expectation of privacy” (para. 22 (emphasis in original)).

[46] As is true of all constitutional rights, the *Charter*’s protection of territorial privacy in the home is not absolute. The Constitution does not cloak the home in an impenetrable veil of privacy. To expect such protection would not only be impractical; it would also be unreasonable.

[47] In discharging their duties, many legitimate avenues are open to police seeking information about activities taking place in the home. As in the present case, they are free to view the home while in the public areas surrounding it. They may take up a position in a publicly accessible location and note what or who is entering and leaving the home. They may ask neighbours about what they have observed taking place around the home. None of this information, though capable to varying degrees of supporting inferences about what is taking place in the home, attracts *Charter* protection. Indeed, in the case at bar, police had already exhausted these legitimate means to build a foundation for the belief that a marijuana grow operation was taking place in the home. I note that they had already spoken to neighbours, learning that the living pattern of

des renseignements sur la consommation d’électricité à cette adresse. Le droit à la vie privée qui a trait à la maison constitue donc un aspect pertinent de l’ensemble des circonstances dont il faut tenir compte pour se prononcer sur l’existence d’une attente raisonnable de respect de la vie privée.

[45] Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps une attente élevée en ce qui concerne le droit constitutionnel au respect de la vie privée dans une maison d’habitation (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *Tessling et Patrick*). D’un point de vue téléologique, cette attente élevée s’explique par le fait que, bien que l’art. 8 protège « les personnes et non les lieux », notre maison est le lieu où se déroulent le plus souvent nos activités les plus intimes et privées (*Tessling*, par. 22). Ainsi, en reconnaissant une attente supérieure en matière de vie privée dans le cas d’une maison, la loi emploie « la notion de lieu comme instrument d’évaluation du caractère raisonnable de l’attente en matière de vie privée » (par. 22 (souligné dans l’original)).

[46] À l’instar des autres droits constitutionnels, la protection offerte par la *Charte* concernant le droit à la vie privée qui a trait à la résidence n’est pas absolue. La Constitution n’enveloppe pas la maison dans un voile impénétrable de confidentialité. S’attendre à une telle protection serait non seulement irréaliste, mais aussi déraisonnable.

[47] Une foule de moyens légitimes s’offrent aux policiers qui, dans l’accomplissement de leurs fonctions, cherchent à obtenir des renseignements sur les activités qui se déroulent dans une maison. Ils peuvent, comme en l’espèce, observer la maison depuis les lieux publics qui l’entourent. Ils peuvent se poster dans un lieu accessible au public et noter le va-et-vient à cette adresse et demander aux voisins leurs observations sur ce qui se passe autour de la maison. Aucun de ces renseignements n’est protégé par la *Charte*, même s’ils sont susceptibles, à divers degrés, d’étayer des inférences au sujet des activités qui se déroulent à l’intérieur de la maison. En fait, dans le cas qui nous occupe, les policiers avaient déjà épuisé ces moyens légitimes pour étayer leur croyance en l’existence d’une installation de culture de marijuana dans la maison. Je signale qu’ils



the occupants was odd for the neighbourhood; the neighbours had noticed unusual condensation, steam emanating from the house (the house was “sweating”) and closed blinds on many windows, and while standing on an adjacent public footpath, Constable McCallum could be “absolutely certain” that it was marijuana she was smelling.

[48] Also noteworthy here is that the home itself was never *directly* the object of a search. The location where the search took place was not the home but the transformer box where the power lines entering the home could be accessed. After some confusion in the courts below about whether the transformer was located on Mr. Gomboc’s property, it was common ground before this Court that it was not. Accordingly, no direct territorial privacy interest is engaged in this case.

[49] Recent cases have recognized overlapping informational and territorial privacy when activities suspected of taking place in the home are under investigation (*Tessling* and *Patrick*). Where, as in the case at bar, there was no direct search of the home itself, the informational privacy interest should be the focal point of the analysis. The fact that information about the home was being sought requires that the informational privacy analysis be alive to the heightened privacy interest that the law recognizes for our homes. However, although informational and territorial privacy interests concerning the home may overlap in certain situations, this Court held under similar circumstances in *Tessling* that the fact that a home was involved “is an important factor but it is not controlling and must be looked at in context and in particular . . . in relation to the nature and quality of the information made accessible” by the alleged search (para. 45).

avaient déjà parlé aux voisins, aux dires desquels le mode de vie des occupants détonnait dans le quartier; les voisins avaient remarqué une condensation anormale, de la vapeur s’échappant de la maison (la maison semblait [TRADUCTION] « transpirer ») et des stores fermés à de nombreuses fenêtres. En outre, du sentier public adjacent où elle se trouvait, l’agente McCallum était [TRADUCTION] « absolument certaine » d’avoir reconnu l’odeur de la marihuana.

[48] Il convient également de signaler en l’espèce que la maison même n’a jamais fait *directement* l’objet d’une perquisition. C’est le transformateur, à partir duquel on pouvait accéder à la ligne électrique reliée à la maison, qui en a fait l’objet. La question de savoir si le transformateur se trouvait sur la propriété de M. Gomboc a été débattue devant les juridictions inférieures, mais il est acquis, devant notre Cour, que le transformateur ne s’y trouvait pas. Aucun droit direct à la vie privée qui a trait aux lieux n’est donc en jeu.

[49] Des décisions récentes ont reconnu que le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels chevauche le droit à la vie privée qui a trait aux lieux lors d’une enquête sur les activités soupçonnées de se dérouler dans une maison (*Tessling* et *Patrick*). Lorsque, comme en l’espèce, aucune perquisition n’a été effectuée directement dans la maison, l’analyse devrait être axée sur le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels. Comme l’on cherchait à obtenir des renseignements au sujet de la maison, l’analyse du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels doit tenir compte de l’importance reconnue par le droit au respect de la vie privée dans le cas d’une maison. Toutefois, bien que le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels et le droit à la vie privée dans le cas d’une résidence puissent se chevaucher dans certains cas, notre Cour a jugé, dans les circonstances similaires en cause dans *Tessling*, que le fait qu’une maison soit en cause « constitue certes un facteur important, mais il n’est pas déterminant; il importe de l’examiner en contexte et en particulier [. . .] en relation avec la nature et la qualité de l’information à laquelle la police avait accès » grâce à la perquisition alléguée (par. 45).

[50] Both the majority in the Court of Appeal and my colleagues place undue emphasis, in my view, on the fact that the information sought by police involved the home, effectively treating it as controlling without adequately addressing what it revealed about the home. The fact that the home was the focus of an otherwise non-invasive and unintrusive search should be subsidiary to what the investigative technique was capable of revealing about the home and what information was actually disclosed. I have analyzed the nature and quality of the information about the home and activities taking place therein and concluded that it reveals nothing meaningful related to the *Charter's* protection of biographical core information of an intimate and personal nature. Where this is true, the fact that the search includes a territorial privacy aspect involving the home should not be allowed to inflate the actual impact of the search to a point where it bears disproportionately on the expectation of privacy analysis.

[51] A final observation relevant to the territorial privacy aspect of this case is that the DRA as it is presently employed can in fact *enhance* overall territorial privacy. A DRA is generally used once the investigation is quite advanced to confirm or dispel suspicion of a marijuana grow operation founded on other evidence. When the DRA does not disclose electricity use cycles consistent with the presence of a marijuana grow operation in the home, police abandon the investigation. Where this happens, DRA technology enhances territorial privacy by ending an investigation before it proceeds to its most invasive stage: a thoroughgoing search of the home authorized by a search warrant. Viewed in the totality of the circumstances, then, the effects of the DRA on territorial privacy are by no means solely detrimental to privacy but in fact have actually spared numerous homeowners the inconvenience of police entering and searching their homes.

[50] Les juges majoritaires de la Cour d'appel et mes collègues accordent une importance exagérée, à mon avis, au fait que les renseignements recherchés par la police portaient sur la maison; ils le considèrent déterminant sans évaluer adéquatement ce que les données révélaient au sujet de la maison. Le fait que la maison était la cible d'une perquisition qui n'était par ailleurs ni attentatoire, ni envahissante doit être considéré comme accessoire par rapport aux renseignements que la technique d'enquête pouvait révéler et a révélés au sujet de la maison. J'ai analysé la nature et la qualité des renseignements sur la maison et sur les activités s'y déroulant et j'arrive à la conclusion qu'ils ne révèlent rien de notable qu'on puisse rattacher à la protection constitutionnelle des renseignements biographiques d'ordre personnel et intime. En pareil cas, le fait que la perquisition touche en partie le droit à la vie privée qui a trait à la résidence ne devrait pas amplifier l'incidence réelle de la perquisition au point de fausser l'analyse de l'attente en matière de vie privée.

[51] Je tiens à formuler une dernière observation au sujet du droit à la vie privée qui a trait aux lieux en l'espèce. Vu la façon dont on l'utilise actuellement, il se peut que l'AN *favorise* en fait le respect général du droit à la vie privée qui a trait aux lieux. On recourt habituellement à l'AN lorsque l'enquête est assez avancée, pour confirmer ou dissiper les soupçons sur l'existence d'une installation de culture de marihuana qui reposent sur d'autres éléments de preuve. Lorsque l'AN ne révèle pas l'existence de cycles de consommation d'électricité compatibles avec la thèse d'une installation de culture de marihuana à cette adresse, la police clôt l'enquête. Dans ce cas, la technologie de l'AN protège la vie privée dans un lieu, car il est mis fin à l'enquête avant qu'elle n'atteigne son stade le plus attentatoire, soit avant une perquisition approfondie, autorisée par un mandat, dans la maison. Vu l'ensemble des circonstances, l'AN est donc loin de n'avoir que des effets négatifs sur le droit à la vie privée qui a trait aux lieux et a en réalité épargné à de nombreux propriétaires les inconvénients d'une perquisition par des policiers dans leur maison.

[52] Thus it would be a strange world if the police could have access to the electricity billing which yields less accurate information, but not to DRA data for the very reason that they are more accurate. Canadians would lose the benefit of this technology and would be exposed to more intrusive investigation methods.

[53] I would therefore conclude that nothing in the territorial privacy analysis displaces the conclusions I have drawn on the informational privacy aspects of this case.

### 3. Conclusion

[54] I would therefore allow the appeal and restore the conviction entered at trial.

The reasons of Binnie, LeBel and Abella JJ. were delivered by

[55] ABELLA J. — In Alberta, the terms of the relationship between a homeowner and his or her utility company are set out by a recently enacted public statute (*Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1, *Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003 (the “*Regulation*”). One of those terms, set out in a clear and unambiguous provision, states that a homeowner can request the confidentiality of “customer information”. If this confidentiality is sought, the utility company cannot disclose the information to anyone, including the police. If, however, no such request is made, the utility company is authorized to disclose it to the police for the purpose of investigating an offence.

[56] This case involves a homeowner who did not request confidentiality. Nor did he challenge the constitutionality of the *Regulation*. As a result, the police were able to obtain information from the utility company about electricity consumption in his home. Inferences drawn from that information allowed the police to obtain a search warrant. The

[52] Quel monde étrange serait le nôtre si les policiers pouvaient obtenir les factures d’électricité, moins précises, et non les données fournies par un AN, justement parce que ces dernières sont plus précises. La population canadienne ne bénéficierait plus des avantages de cette technologie et serait exposée à des méthodes d’enquête plus envahissantes.

[53] Je suis par conséquent d’avis que, dans le présent pourvoi, l’analyse du droit à la vie privée qui a trait aux lieux ne révèle rien qui écarte mes conclusions au sujet du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels.

### 3. Dispositif

[54] Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée au procès.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Abella rendus par

[55] LA JUGE ABELLA — En Alberta, les paramètres de la relation entre un propriétaire et une entreprise de services publics sont définis dans une loi d’intérêt public récente (*Electric Utilities Act*, S.A. 2003, ch. E-5.1, *Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003 (le « Règlement »)). L’un de ces paramètres, énoncé dans une disposition claire et non ambiguë, prévoit la possibilité pour un propriétaire de demander la confidentialité des [TRADUCTION] « renseignements sur le client ». S’il en demande la confidentialité, l’entreprise de services publics ne peut communiquer ces renseignements à personne, pas même à la police. S’il n’en demande pas la confidentialité, l’entreprise est autorisée à les communiquer à la police pour les besoins d’une enquête relative à une infraction.

[56] Le pourvoi concerne un propriétaire qui n’a ni demandé la confidentialité des renseignements, ni contesté la constitutionnalité du Règlement. Par conséquent, la police a pu obtenir de l’entreprise de services publics des renseignements sur la consommation d’électricité de sa maison. Des inférences tirées de ces renseignements ont permis aux

search of the home revealed a marijuana grow operation. The homeowner argued that the police conduct in obtaining the information from the utility company breached his expectations of privacy and triggered a violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. To succeed, he was obliged to prove that his expectations were, objectively, reasonable.

[57] In my view, given the fact that the information emanated from his home, the most protected of privacy spheres, he may well have succeeded but for the existence of the *Regulation*, which makes any expectation of privacy objectively unreasonable. The issue is not whether the homeowner had a *subjective* expectation of privacy — he can reasonably be assumed to have had one. This case turns on the reasonableness of that expectation *objectively*. Because the *Regulation* dictates the terms of a homeowner's relationship with the utility company, it therefore also defines the *objective* reasonableness of the expectations he or she may reasonably have about any privacy interests inherent in that relationship.

[58] In the absence of either the homeowner's request for confidentiality or a *Charter* challenge, it is my respectful view that the 2003 public statute determinatively diminished the objective reasonableness of the customer's expectation of privacy in this case and, accordingly, the strength of his s. 8 claim.

### Background

[59] On January 27, 2004, Constable Steve Kelly of the Calgary Police Service Drug Unit informed Constable Patricia McCallum, also of the Drug Unit at that time, about a residence in Calgary that he believed, based on his observations, might be involved in producing marijuana. He had observed condensation, steam, and covered windows at the residence, and had smelled marijuana near it.

policiers d'obtenir un mandat de perquisition dont l'exécution a mis au jour une installation de culture de marihuana. Le propriétaire a fait valoir que la police, en sollicitant le concours de l'entreprise de services publics pour obtenir les renseignements, a porté atteinte à ses attentes en matière de vie privée et contrevenu à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour avoir gain de cause, il devait prouver que ses attentes étaient raisonnables d'un point de vue objectif.

[57] À mon avis, comme les renseignements émanaient de sa maison, soit la sphère de la vie privée qui bénéficie de la plus grande protection, l'intimé aurait bien pu avoir gain de cause si ce n'était du Règlement, qui rend objectivement déraisonnable toute attente en matière de vie privée. La question ne consiste pas à décider si le propriétaire avait une attente *subjective* en matière de vie privée — on peut raisonnablement présumer que c'était le cas. L'issue du pourvoi dépend du caractère raisonnable de cette attente, d'un point de vue *objectif*. Comme le Règlement fixe les paramètres de la relation entre le propriétaire et l'entreprise de services publics, il définit également le caractère *objectivement* raisonnable des attentes que cette personne peut raisonnablement avoir à l'égard de son droit à la vie privée dans le cadre de cette relation.

[58] En l'absence d'une demande de confidentialité par le propriétaire ou d'une contestation fondée sur la *Charte*, je suis d'avis, en l'espèce, que la loi d'intérêt public de 2003 a affaibli de façon déterminante le caractère objectivement raisonnable de l'attente du client en matière de vie privée et, par conséquent, son argument fondé sur l'art. 8.

### Contexte

[59] Le 27 janvier 2004, l'agent Steve Kelly de l'unité des drogues du service de police de Calgary a informé l'agent Patricia McCallum, également membre de l'unité des drogues à cette époque, qu'il croyait, à partir des observations qu'il avait faites, qu'une maison de Calgary abritait une culture de marihuana. Il y avait remarqué la présence de vapeur et de condensation ainsi que des fenêtres aux stores fermés, et il avait senti une odeur de marihuana dans les parages.

[60] That same afternoon, Constable McCallum and a partner from the RCMP conducted a reconnaissance of the residence as part of the Southern Alberta Marihuana Investigative Team (“SAMIT”), a joint forces operation between the Calgary Police Service and the RCMP. Constable McCallum made the following observations:

- Unlike other windows in the area, those of the residence under observation had varying levels of condensation, and some of its windows “appeared to be wet”;
- Four of the five windows on the south side of the residence had blinds that were closed;
- The back of the residence was surrounded by a brown wooden fence, approximately six feet high, through which Constable McCallum could see patio doors and an adjacent window with closed blinds;
- Constable McCallum briefly caught the smell of growing marijuana while walking on the public pathway to the south of the house (about 10 to 15 feet back from the edge of the residence), and also caught this smell when standing in front of the residence, about 20 feet from it;
- Two vents on the north side of the residence had a buildup of ice;
- Unlike on other houses in the area, ice crystals, about six inches in length, were projecting out of the “chimney-type of opening” on the roof of the house and “steam-like condensation” was coming out of it;
- There was steam emanating from under the deck.

Constable McCallum also made inquiries of neighbours. They advised her that they had heard strange noises coming from inside the residence and had noticed things at the residence that were odd for the neighbourhood: condensation on the windows;

[60] L’après-midi même, l’agente McCallum et un partenaire de la GRC, tous deux membres de la Southern Alberta Marihuana Investigative Team (« SAMIT »), une collaboration du service de police de Calgary et de la GRC, ont procédé à une reconnaissance des lieux. L’agente McCallum a relevé les faits suivants :

- De la condensation s’était formée à des degrés divers sur les fenêtres de la maison sous surveillance, et certaines d’entre elles [TRADUCTION] « semblaient mouillées », ce qui n’était pas le cas ailleurs dans le secteur.
- Les stores de quatre des cinq fenêtres situées du côté sud de la maison étaient fermés.
- Le terrain derrière la maison était bordé d’une clôture de bois brune, d’environ six pieds de hauteur, à travers laquelle l’agente McCallum a pu voir des portes-fenêtres coulissantes et une fenêtre adjacente dont les stores étaient fermés.
- L’agente McCallum a perçu une odeur fugitive de marijuana en marchant dans le sentier public situé au sud de la maison (à environ 10 ou 15 pieds de la maison) et, à nouveau, devant la maison, à une distance d’environ 20 pieds.
- Une accumulation de glace était visible sur deux événements situés du côté nord de la maison.
- Des glaçons d’environ six pouces s’étaient formés à la sortie d’une [TRADUCTION] « ouverture ressemblant à une cheminée » sur le toit et « ce qui ressemblait à de la vapeur » s’en échappait, ce qui n’était pas le cas ailleurs dans le secteur.
- De la vapeur s’échappait du dessous de la terrasse.

L’agente McCallum a également interrogé des voisins. Ils lui ont dit avoir entendu des bruits étranges provenant de l’intérieur de la maison et avoir remarqué des choses inaccoutumées pour le quartier : il y avait de la condensation dans les fenêtres; la

an appearance that the house was “sweating”; open windows in the middle of the winter; and, in the evening, no lights when other houses had lights on. To Constable McCallum, these observations appeared to be consistent with a marijuana grow operation.

[61] Based on Constable McCallum’s observations, the police contacted the utility company to request the installation of a digital recording ammeter (“DRA”). A DRA is a small electrical meter that measures electrical power flowing into a residence in one-ampere increments. It is installed by the utility company, usually for an average of five days. After this period, a graph is produced by the utility company, showing electricity usage. Because marijuana is typically grown in 12- and 18-hour light cycles, patterns indicating such cyclical, high usage of electricity are often indicative of a marijuana grow operation within the home.

[62] The owner of the home was Daniel James Gomboc. Mr. Gomboc’s electricity was supplied by Enmax, the electrical service provider for the area.

[63] The DRA was attached on January 29, 2004, and it remained in place until February 2, 2004. The DRA graph showed a pattern of cycling of approximately 18 hours, a pattern consistent with a marijuana grow operation.

[64] Constable McCallum re-attended at Mr. Gomboc’s residence to conduct a second external viewing on February 2, 2004. She noted some new staining under one of the windows, changes in the levels of condensation, and that the ice stack on top of the roof had grown from six to eight inches in one week. A neighbour told Constable McCallum that he/she had observed a great deal of steam coming out of the vent on the roof of the residence, which continued through the evening and night, and that a white male with no shirt on had opened the blinds on one of the windows, wiped off the condensation, and then closed the blinds again.

[65] On the basis of her observations and the information provided to her, including the DRA

maison semblait « transpirer »; des fenêtres étaient ouvertes en plein hiver; et, le soir, aucune lumière n’était allumée alors qu’elles l’étaient dans d’autres maisons. L’agente McCallum estimait que ces indices étaient compatibles avec la présence d’une installation de culture de marihuana.

[61] Sur la foi des observations de l’agente McCallum, la police a demandé à l’entreprise de services publics d’installer un ampèremètre numérique muni d’un enregistreur (« AN »). Il s’agit d’un petit compteur qui mesure le courant (en ampères) consommé par une maison. L’entreprise de services publics installe cet appareil, habituellement pour une période d’environ cinq jours, après quoi elle produit un graphique illustrant la consommation d’électricité. Comme la culture de la marihuana exige généralement des cycles de 12 et de 18 heures d’éclairage, une consommation élevée d’électricité suivant de telles courbes constitue souvent un indice que la maison est utilisée à cette fin.

[62] La maison appartenait à Daniel James Gomboc. M. Gomboc était un client d’Enmax, le fournisseur d’électricité dans le secteur.

[63] L’AN est resté en place du 29 janvier 2004 au 2 février 2004. Le graphique produit à partir des données enregistrées par l’AN montrait un cycle de consommation d’environ 18 heures, compatible avec la culture de marihuana.

[64] L’agente McCallum a procédé à une deuxième reconnaissance de l’extérieur de la résidence de M. Gomboc le 2 février 2004. Elle a noté une nouvelle tache sous une fenêtre ainsi qu’une variation du niveau de condensation et de la taille des glaçons sur le toit, qui étaient passés de six à huit pouces de longueur en une semaine. Une personne du voisinage lui a dit avoir vu beaucoup de vapeur s’échapper de l’évent sur le toit, et ce même pendant la soirée et la nuit, ainsi qu’un homme de race blanche, torse nu, ouvrir brièvement les stores d’une fenêtre, le temps d’essuyer la buée.

[65] L’agente McCallum a obtenu un mandat de perquisition sur le fondement de ses observations et

graph, Constable McCallum obtained a search warrant. As a result of the search, the police seized 165.33 kg of bulk marijuana, 206.8 g of processed and bagged marijuana located in a freezer, and numerous items relating to a marijuana grow operation.

[66] On January 6, 2005, Mr. Gomboc was charged with possession of marijuana for the purposes of trafficking and production of marijuana contrary to ss. 5(2) and 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. He was also charged with theft of electricity under s. 326(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[67] A *voir dire* was conducted at the beginning of the trial to consider Mr. Gomboc's application to exclude the evidence disclosed by the search on the basis that no warrant had been obtained prior to the installation of the DRA. Crown counsel at trial took the position that, on these facts, without the DRA evidence, there were no reasonable and probable grounds to obtain a search warrant. At the hearing before us, not surprisingly, the Crown questioned why such a concession had been made in the face of so much other physical evidence, but acknowledged that at this late stage of the process, it was bound by the trial Crown's position.

[68] At the *voir dire*, Detective Roger Morrison, a member of the SAMIT and an expert in the area of the investigation of marijuana grow operations, testified that while a DRA cannot provide information about many personal aspects of the home, it can help in determining whether a marijuana grow operation is taking place. In discussing the potential significance of DRA data, Detective Morrison stated:

We look for the cyclical pattern or cyclical use of electricity in growing marijuana.

des renseignements qui lui avaient été fournis, dont le graphique produit au moyen de l'AN. La perquisition a permis à la police de saisir 165,33 kg de marijuana en vrac, 206,8 g de marijuana préparée et ensachée, dans le congélateur, et de nombreux articles liés à la culture de la marijuana.

[66] Le 6 janvier 2005, M. Gomboc a été inculpé de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et de production illégale de marijuana en contravention des par. 5(2) et 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Il a en outre été accusé, en vertu de l'al. 326(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, de vol d'électricité.

[67] Un voir-dire a été tenu au début du procès pour déterminer si la preuve recueillie lors de la perquisition devait être exclue à la demande de M. Gomboc, parce qu'aucun mandat de perquisition n'avait été obtenu préalablement à l'installation de l'AN. Au vu des faits, l'avocate qui représentait le ministère public au procès a fait valoir que, sans la preuve obtenue au moyen de l'AN, il n'existait pas de motifs raisonnables et probables justifiant la délivrance d'un mandat de perquisition. Lors de l'audience devant notre Cour, le ministère public a mis en doute le bien-fondé d'une telle concession, comme on pouvait s'y attendre, vu les nombreux autres éléments de preuve matérielle recueillis, mais il a reconnu être lié, à ce stade avancé de l'instance, par la position adoptée au procès.

[68] Lors du voir-dire, le détective Roger Morrison, membre de la SAMIT et expert en matière d'enquêtes sur les installations de culture de marijuana, a déclaré que, même si l'AN ne révèle pas de renseignements sur de nombreuses activités personnelles des occupants d'une maison, il peut aider à déterminer si une culture de marijuana y est installée. Au sujet de la signification possible des données enregistrées par l'AN, le détective Morrison a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION] On vérifie si les cycles correspondent à la consommation d'électricité que nécessite la culture de la marijuana.

What this graph allows us to do is it gives us information on approximate 12 and/or 18-hour [electricity] use. It allows us, with experience, to draw an inference on what the electrical use in there -- the inference that marijuana may be grown inside. It gives us reasonable and probable grounds.

He indicated that the level of amperage shown in the cycling pattern on the graph showing DRA data from Mr. Gomboc's house was "certainly not" consistent with electricity usage at a normal household, even if its residents had placed most or all of their electrical appliances on 12- or 18-hour timers.

[69] Detective Morrison also testified about the high degree of reliability of DRA data in identifying homes in which a marijuana grow operation is taking place. He indicated that in the approximately 400 cases in which he had seen DRA information used to obtain a search warrant, there was only one where no evidence of a marijuana grow operation was found.

[70] The trial judge, Erb J., relied on the *Regulation* as statutory support for police access to the DRA data. She held that the *Regulation* provides "legislative support for police access to the electrical consumption information and provides a sense of what a citizen's reasonable expectations of privacy regarding electrical consumption records are". Since there was no evidence that Mr. Gomboc made any "express request" for any level of confidentiality of his electrical consumption records, as allowed by the *Regulation*, the *Regulation's* effect was to considerably lessen the degree of privacy that he could expect in the information at issue. The DRA evidence was therefore admitted and Mr. Gomboc was found guilty of the drug-related offences. The Crown agreed to the dismissal of the theft of electricity charge.

Ce que ce graphique nous permet de faire, c'est qu'il nous donne des renseignements sur des cycles de consommation [d'électricité] d'environ 12 ou 18 heures. Il nous permet, avec de l'expérience, de tirer des inférences sur l'usage de l'électricité dans la maison -- d'inférer qu'il est possible que de la marijuana soit cultivée à l'intérieur. Il nous fournit des motifs raisonnables et probables.

Il a indiqué que le courant consommé suivant le cycle illustré sur le graphique établi à partir des données provenant de la maison de M. Gomboc enregistrées par l'AN n'était [TRADUCTION] « certainement pas » compatible avec la consommation normale d'électricité d'un ménage, et ce, même si les occupants avaient branché la totalité ou la quasi-totalité de leurs appareils électriques à des minuteries réglées sur des cycles de 12 ou de 18 heures.

[69] Le détective Morrison a aussi témoigné au sujet de la grande fiabilité des données enregistrées par l'AN pour repérer les maisons abritant une installation de culture de marijuana. Il a précisé que, sur les quelque 400 affaires où on avait utilisé ces données pour obtenir un mandat de perquisition, il n'était arrivé qu'une seule fois qu'aucune preuve de l'existence d'une installation de culture de marijuana ne soit découverte.

[70] La juge Erb, qui a instruit le procès, s'est appuyée sur le Règlement pour conclure que les policiers pouvaient légalement avoir accès aux données enregistrées par l'AN. Selon elle, le Règlement fournit le [TRADUCTION] « fondement législatif autorisant l'accès par les policiers aux renseignements relatifs à la consommation d'électricité et il donne une indication de l'attente raisonnable d'un citoyen en matière de vie privée quant à ces renseignements ». Comme rien n'indique que M. Gomboc ait présenté, comme le permet le Règlement, une quelconque « demande expresse » de confidentialité des renseignements relatifs à sa consommation d'électricité, le Règlement a eu pour effet de réduire considérablement son attente en matière de vie privée à cet égard. Les données enregistrées par l'AN ont donc été admises en preuve, et M. Gomboc a été reconnu coupable des infractions relatives aux drogues. Le ministère public a consenti à l'annulation du chef de vol d'électricité.



[71] A majority in the Alberta Court of Appeal allowed Mr. Gomboc's appeal and ordered a new trial (2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73). Martin J.A. concluded that Mr. Gomboc had a subjective expectation of privacy in the DRA information which was also objectively reasonable. He noted that the DRA technology was much more intrusive and revealing than the Forward Looking Infra-Red ("FLIR") technology at issue in *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, and "must, as a matter of common sense, also disclose biographical or private information" (para. 17). He also concluded that the *Regulation* could not be interpreted to imply the homeowner's consent to allow a utility company to gather information at the request of the state.

[72] O'Brien J.A. dissented, concluding that Mr. Gomboc could not "reasonably expect privacy with respect to records of his electrical usage, when the law provides that such information may be disclosed to the police without his consent" (para. 86).

[73] For the reasons that follow, I agree with O'Brien J.A.'s conclusion.

### Analysis

[74] Section 8 of the *Charter* states:

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

The issue in this appeal is whether the police investigative technique in this case of requesting Enmax to install a DRA without a warrant intruded on Mr. Gomboc's reasonable expectation of privacy and violated s. 8 of the *Charter*.

[75] Since *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, it has been accepted that s. 8 of the *Charter* protects "people, not places", including

[71] La Cour d'appel de l'Alberta a accueilli à la majorité l'appel de M. Gomboc et ordonné la tenue d'un nouveau procès (2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73). Le juge Martin a conclu que M. Gomboc avait une attente subjective en matière de vie privée en ce qui concerne les renseignements obtenus à l'aide de l'AN, et que cette attente était objectivement raisonnable. Il a indiqué qu'il s'agissait d'une technologie beaucoup plus envahissante et révélatrice que le système infrarouge à vision frontale (« FLIR »), dont il était question dans l'arrêt *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, et qu'elle [TRADUCTION] « doit, logiquement, révéler également des renseignements biographiques ou d'ordre personnel » (par. 17). En outre, selon lui, on ne saurait prêter au Règlement une interprétation selon laquelle il est implicite que les propriétaires consentent à ce qu'une entreprise de services publics recueille des renseignements à la demande de l'État.

[72] Le juge O'Brien, dissident, a conclu que M. Gomboc ne pouvait [TRADUCTION] « raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée quant aux renseignements relatifs à sa consommation d'électricité, alors que la loi en permet la communication à la police sans son consentement » (par. 86).

[73] Pour les motifs qui suivent, je souscris à la conclusion du juge O'Brien.

### Analyse

[74] L'article 8 de la *Charte* prévoit :

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

La question qui se pose dans le présent pourvoi est celle de savoir si la méthode d'enquête policière utilisée en l'espèce — à savoir demander à Enmax d'installer un AN sans avoir obtenu de mandat de perquisition — allait à l'encontre de l'attente raisonnable de M. Gomboc en matière de vie privée et a contrevenu à l'art. 8 de la *Charte*.

[75] Depuis l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, il est bien établi que l'art. 8 de la *Charte* protège les « personnes et non les lieux »,

their right to privacy (p. 159). Dickson J. (as he then was) explained how s. 8 protects privacy interests:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original; pp. 159-60.]

(See also *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757.)

[76] The personal nature of the protection was emphasized in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, where Sopinka J. concluded that while s. 8 protects “a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state” (p. 293), there was no reasonable expectation of privacy in electrical billing records accessed via a computer terminal by the police:

The purpose of s. 8 is to protect against intrusion of the state on an individual’s privacy. The limits on such state action are determined by balancing the right of citizens to have respected a reasonable expectation of privacy as against the state interest in law enforcement. . . . It is, therefore, unnecessary to establish a proprietary interest in the thing seized. . . .

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allows for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement. [pp. 291 and 293]

y compris leur droit à la vie privée (p. 159). Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) explique comment l’art. 8 protège le droit à la vie privée :

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu’une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi. [Souligné dans l’original; p. 159-160.]

(Voir également *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757.)

[76] Le caractère personnel de la protection a été souligné dans *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, où le juge Sopinka a conclu que, bien que l’art. 8 protège « un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État » (p. 293), aucune attente raisonnable en matière de vie privée ne s’attache aux factures d’électricité consultées par les policiers à l’aide d’un ordinateur :

L’article 8 a pour objet de protéger les particuliers contre l’intrusion de l’État dans leur vie privée. Les limites de l’action étatique sont déterminées en pondérant le droit des citoyens au respect d’une attente raisonnable en matière de vie privée et le droit de l’État d’assurer l’application de la loi. [ . . . ] Il est, par conséquent, inutile d’établir un droit de propriété sur la chose saisie. . . .

L’examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l’endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l’objet de l’enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l’intégrité et de l’autonomie de la personne et l’application efficace de la loi. [p. 291 et 293]

[77] And in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, Cory J. clarified that the approach to s. 8 should take place in two steps:

There are two distinct questions which must be answered in any s. 8 challenge. The first is whether the accused had a reasonable expectation of privacy. The second is whether the search was an unreasonable intrusion on that right to privacy. [para. 33]

Thus, a particular activity will only constitute a “search” for the purposes of s. 8 of the *Charter* where an individual has a reasonable expectation of privacy in the information sought by that activity (*R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 533).

[78] The test in *Edwards* was further developed in *Tessling*, where Binnie J. confirmed that whether an individual has a reasonable expectation of privacy depends on the subject matter of the information sought, whether the individual had a direct interest in this subject matter, whether the individual had a subjective expectation of privacy in the subject matter, and whether such an expectation of privacy in the subject matter was also objectively reasonable (para. 32; see also *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 27, *per* Binnie J.). The final branch of inquiry, focussing on the objective reasonableness of the expectation of privacy, may entail consideration of a wide array of relevant factors and circumstances. As La Forest J. wrote in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 53, “[t]he need for privacy can vary with the nature of the matter sought to be protected, the circumstances in which and the place where state intrusion occurs, and the purposes of the intrusion.” As such, the determination of whether a reasonable expectation of privacy exists must ultimately be assessed “in light of the totality of the circumstances of a particular case” (*Edwards*, at para. 31 (emphasis added)).

[79] Throughout the development of this jurisprudence, the Court has consistently recognized the overriding constitutional importance of the privacy interests connected with activities taking place

[77] De plus, dans *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, le juge Cory a précisé que l’analyse relative à l’art. 8 comporte deux étapes :

Dans toute attaque fondée sur l’art. 8, il faut répondre à deux questions distinctes. La première est de savoir si l’accusé pouvait raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée. La seconde est de savoir si la perquisition constituait une atteinte abusive à ce droit à la vie privée. [par. 33]

Par conséquent, une activité particulière constitue une « fouille » ou une « perquisition » pour l’application de l’art. 8 de la *Charte* uniquement si l’intéressé a une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements recherchés dans le contexte de cette activité (*R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 533).

[78] Dans l’affaire *Tessling*, le juge Binnie a étoffé le critère énoncé dans *Edwards*, en confirmant que, pour répondre à la question de savoir si une personne a une attente raisonnable en matière de vie privée, il faut déterminer quel est l’objet des renseignements recherchés et se demander si la personne possède un droit direct sur cet objet; si elle avait une attente subjective en matière de vie privée relativement à cet objet; et si cette attente était objectivement raisonnable (par. 32; voir également *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 27, le juge Binnie). La dernière étape de l’analyse, qui concerne le caractère objectivement raisonnable de l’attente, peut nécessiter l’examen de nombreux facteurs et circonstances. Comme l’a dit le juge La Forest dans *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 53, « le besoin de voir respecter sa vie privée peut varier selon la nature de ce qu’on veut protéger, les circonstances de l’ingérence de l’État et l’endroit où celle-ci se produit, et selon les buts de l’ingérence ». L’analyse requise pour déterminer s’il existe une attente raisonnable en matière de vie privée doit donc se faire « eu égard à l’ensemble des circonstances d’un cas particulier » (*Edwards*, par. 31 (je souligne)).

[79] Au fil de l’évolution de cette jurisprudence, la Cour a constamment reconnu l’importance primordiale, sur le plan constitutionnel, du droit à la vie privée rattaché aux activités qui se déroulent

*inside the home* (*Plant*, at p. 302, *per* McLachlin J. (as she then was; concurring in the result); *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at para. 140, *per* Cory J.; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 43, *per* Sopinka J.; *Tessling*, at paras. 13 and 22, *per* Binnie J.; *Patrick*, at paras. 19 and 40, *per* Binnie J., and at paras. 77, 79 and 83, *per* Abella J. (concurring in the result)).

[80] This brings us to the information in this case. A DRA measures the flow of electricity, in one-ampere increments, going into a residence over a specific period of time, usually five days. It was unequivocally accepted by the courts and the parties in these proceedings that DRA data indicating a certain cyclical pattern permits a strong inference of the presence of a marijuana grow operation. The existence of such activity, in my view, is presumptively information about which individuals are entitled to expect privacy because it is information about an activity *inside the home*. The information is, therefore, personal information. The fact that the activity is criminal does not, under our jurisprudence, remove it from the expectation of and entitlement to privacy protection and, therefore, the requirement of a warrant (*Patrick*, at para. 32).

[81] As a result, I respectfully disagree with Deschamps J.'s conclusion that the DRA is insufficiently revelatory. I agree instead with Mr. Gomboc that the DRA data can in fact reveal more personal information about a customer than the billing records at issue in *Plant* because of the strong and reliable inference that can be made from the patterns of electricity consumption it conveys. It is indisputably more revealing than what Binnie J. suggested was the "meaningless" information provided by the FLIR data in *Tessling* (para. 58). FLIR data, Binnie J. found, was capable of supporting a "number of hypotheses including as *one* possibility the existence of a marijuana grow-op" (para. 53 (emphasis in original)). In contrast, the DRA is a surveillance technique that is intrusive enough to yield usually reliable inferences as to the presence within the home of one particular

à l'intérieur d'une maison (*Plant*, p. 302, la juge McLachlin (plus tard Juge en chef; souscrivant au résultat); *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, par. 140, le juge Cory; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 43, le juge Sopinka; *Tessling*, par. 13 et 22, le juge Binnie; *Patrick*, par. 19 et 40, le juge Binnie, et par. 77, 79 et 83, la juge Abella (souscrivant au résultat)).

[80] Nous en venons donc aux renseignements en cause en l'espèce. Un AN mesure le courant (en ampères) consommé par une maison pendant une certaine période, habituellement cinq jours. Tant les juridictions inférieures que les parties à l'instance ont reconnu, sans équivoque, que les données enregistrées par un AN révélant certains cycles de consommation donnent de fortes raisons d'inférer qu'une maison abrite une installation de culture de marijuana. Selon moi, l'existence d'une telle culture constitue *a priori* un renseignement à l'égard duquel une personne est en droit de s'attendre au respect de sa vie privée étant donné qu'il s'agit d'une activité menée à l'intérieur de la maison. Il s'agit donc d'un renseignement personnel. Selon notre jurisprudence, le fait qu'il s'agisse d'une activité criminelle n'écarte ni l'attente ni le droit à la protection en matière de vie privée et, par conséquent, n'élimine pas l'obligation d'obtenir un mandat de perquisition (*Patrick*, par. 32).

[81] Je ne peux, par conséquent, souscrire à la conclusion de la juge Deschamps selon laquelle l'AN n'est pas suffisamment révélateur. En fait, je suis d'accord avec M. Gomboc pour dire que les données enregistrées par l'AN peuvent effectivement révéler des renseignements plus personnels concernant un client que les factures en cause dans *Plant*, en raison de la solidité et de la fiabilité des inférences pouvant être tirées à partir des cycles de consommation d'électricité révélés. Ces données sont indéniablement plus révélatrices que celles obtenues à l'aide de la technique FLIR qui, selon le juge Binnie dans *Tessling*, n'avaient « aucune signification » (par. 58). De l'avis du juge Binnie, celles-ci pouvaient étayer « un certain nombre d'hypothèses, dont *l'une* peut être la culture de marijuana » (par. 53 (en italique dans l'original)). Par contraste, l'AN constitue une technique de surveillance suffisamment

activity: a marijuana grow operation. The nature of this information evokes the words of McLachlin J. in her concurring reasons in *Plant*, where she observed that “[t]he very reason the police wanted [the electricity consumption records at issue] was to learn about the appellant’s personal lifestyle, i.e., the fact that he was growing marihuana” (p. 302). DRA data gives such information to the police with a high degree of certainty. (See also “SmartPrivacy for the Smart Grid: Embedding Privacy into the Design of Electricity Conservation”, Information and Privacy Commissioner of Ontario and Future of Privacy Forum (November 2009), at pp. 9-11.)

[82] Given the overriding significance of protecting the privacy interests in one’s home, the concerns regarding the warrantless use of DRAs seem to me to be well founded. And this case may well have been differently decided but for a crucial factor: the relationship between Mr. Gomboc and his utility provider is governed by a regulatory scheme, which, in my view, effectively erodes the objective reasonableness of any expectation of privacy in the DRA data.

[83] The relevant provisions of the *Regulation* state that customer information can be disclosed to police investigating an offence unless the customer has expressly requested confidentiality. The exact wording is as follows:

1 In this Regulation,

. . .

- (e) “customer information” means information that is not available to the public and that

envahissante pour permettre des inférences généralement fiables relativement à la tenue d’une activité particulière à une adresse : la culture de marihuana. La nature de ces renseignements me rappelle les propos suivants formulés par la juge McLachlin, dans ses motifs concourants dans *Plant*, où elle faisait remarquer que « [c]’est d’ailleurs précisément pour se renseigner sur le mode de vie personnel de l’appelant (c.-à-d. sur le fait qu’il se livrait à la culture du chanvre indien) que la police souhaitait consulter ces dossiers » de consommation d’électricité (p. 302). Les données enregistrées par l’AN renseignent les policiers à cet égard avec un degré de certitude élevé. (Voir également « SmartPrivacy for the Smart Grid : Embedding Privacy into the Design of Electricity Conservation », Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario et Future of Privacy Forum (novembre 2009), p. 9-11.)

[82] En raison de l’importance primordiale de la protection de la vie privée des personnes dans leur maison, les préoccupations concernant le recours à un AN sans mandat de perquisition me semblent valables. D’ailleurs, l’issue du présent pourvoi aurait fort bien pu être différente, n’eût été un facteur essentiel : la relation entre M. Gomboc et son fournisseur d’électricité est régie par un régime réglementaire qui, selon moi, a pour effet de réduire le caractère objectivement raisonnable de toute attente en matière de vie privée à l’égard des données enregistrées par l’AN.

[83] Les dispositions pertinentes du Règlement permettent la communication des renseignements sur le client aux policiers qui enquêtent sur une infraction, sauf dans le cas où le client a expressément demandé qu’ils soient gardés confidentiels. Ces dispositions sont reproduites ci-dessous :

[TRADUCTION]

1 Les définitions qui suivent s’appliquent au présent règlement.

. . .

- e) « renseignements sur le client » Renseignements qui ne sont pas accessibles au public et qui, selon le cas,

- (i) is uniquely associated with a customer,
- (ii) could be used to identify a customer, or
- (iii) is provided by a customer to an owner;

. . . .

10 . . .

(3) Customer information may be disclosed without the customer's consent to the following specified persons or for any of the following purposes:

. . . .

- (f) to a peace officer for the purpose of investigating an offence if the disclosure is not contrary to the express request of the customer;

[84] Under this scheme, Enmax was entitled to divulge Mr. Gomboc's "customer information" — that is, information "not available to the public" that "is uniquely associated with a customer" — "to a peace officer for the purpose of investigating an offence" so long as "the disclosure is not contrary to the express request of the customer".

[85] The fact that the customer can request that his or her information be protected means essentially that under this *Regulation*, the customer is presented with the unrestricted ability to control the expectation of privacy in his or her relationship with Enmax. A request by a customer to prohibit disclosure of customer information revokes the legislative authority for its disclosure. Mr. Gomboc made no such request, yet urges the Court to treat his expectation of privacy as if he had.

[86] As previously noted, the constitutionality of the *Regulation* was not challenged either before

- (i) sont associés au client à l'exception de tout autre;
- (ii) peuvent être utilisés pour identifier un client;
- (iii) sont fournis par un client à un propriétaire;

. . . .

10 . . .

(3) Les renseignements sur le client peuvent être communiqués sans le consentement du client aux personnes suivantes ou à l'une des fins suivantes :

. . . .

- f) à un agent de la paix pour les besoins d'une enquête relative à une infraction si la communication ne contrevient pas à une demande expresse du client;

[84] Ces dispositions habilitaient Enmax à communiquer les [TRADUCTION] « renseignements sur le client » — c.-à-d. les renseignements qui n'étaient pas « accessibles au public » et qui étaient « associés au client à l'exception de tout autre » — qui concernaient M. Gomboc « à un agent de la paix pour les besoins d'une enquête relative à une infraction » pour autant que « la communication ne contrev[ienne] pas à une demande expresse du client ».

[85] Essentiellement, la possibilité pour le client de demander la confidentialité des renseignements le concernant lui donne, pour l'application du Règlement, l'entière liberté de définir son attente en matière de respect de la vie privée dans sa relation avec Enmax. La demande présentée par un client en vue d'interdire la communication des renseignements qui le concernent annule le pouvoir légal de les communiquer. Or, M. Gomboc n'a fait aucune demande en ce sens et presse néanmoins la Cour d'apprécier son attente en matière de vie privée comme s'il avait demandé la confidentialité des renseignements.

[86] Comme je l'ai déjà souligné, la constitutionnalité du Règlement n'a pas été contestée devant

this Court or at any stage of the proceedings. Mr. Gomboc, however, argued that the *Regulation* must nonetheless be read in accordance with *Charter* “values” and interpreted so as to prevent Enmax from collecting information to assist the investigative efforts of the police.

[87] With respect, this is an approach which has been clearly rejected by this Court. There is no doubt that the application of *Charter* values can be a valuable interpretive tool, but it is only to be used where there is genuine ambiguity (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559). It cannot be used as a freewheeling *deus ex machina* to subvert clear statutory language, or to circumvent the need for direct *Charter* scrutiny with its attendant calibrated evidentiary and justificatory requirements. As Iacobucci J., writing for a unanimous Court, confirmed in *Bell ExpressVu*:

... to the extent this Court has recognized a “*Charter* values” interpretive principle, such principle can only receive application in circumstances of genuine ambiguity, i.e., where a statutory provision is subject to differing, but equally plausible, interpretations.

... if courts were to interpret all statutes such that they conformed to the *Charter*, this would wrongly upset the dialogic balance. Every time the principle were applied, it would pre-empt judicial review on *Charter* grounds, where resort to the internal checks and balances of s. 1 may be had. In this fashion, the legislatures would be largely shorn of their constitutional power to enact reasonable limits on *Charter* rights and freedoms, which would in turn be inflated to near absolute status. Quite literally, in order to avoid this result a legislature would somehow have to set out its justification for qualifying the *Charter* right expressly in the statutory text, all without the benefit of judicial discussion regarding the limitations that are permissible in a free and democratic society. Before long, courts would be asked to interpret this sort of enactment in light of *Charter* principles. The patent unworkability of such a scheme highlights the importance of retaining a forum for dialogue among the branches of governance. As such, where a statute is unambiguous, courts must

notre Cour ni à aucune autre étape. M. Gomboc a néanmoins fait valoir que le Règlement doit tout de même être interprété au regard des « valeurs » de la *Charte* et de façon à empêcher Enmax de recueillir des renseignements pour aider les policiers dans la conduite de leurs enquêtes.

[87] Soit dit avec égards, il s’agit là d’une approche que la Cour a déjà rejetée sans équivoque. Certes, le recours aux valeurs de la *Charte* constitue un outil d’interprétation de grande valeur, mais dont l’utilisation n’est possible qu’en cas d’ambiguïté véritable (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559). Il ne peut servir, tel un *deus ex machina* omnipotent, à éclipser des dispositions législatives claires ni à éluder un examen directement fondé sur la *Charte*, assorti d’exigences bien définies en matière de preuve et de justification. Le juge Iacobucci, au nom de la Cour à l’unanimité, l’a confirmé en ces termes dans *Bell ExpressVu* :

... dans la mesure où notre Cour a reconnu un principe d’interprétation fondé sur le respect des « valeurs de la *Charte* », ce principe ne s’applique uniquement qu’en cas d’ambiguïté véritable, c’est-à-dire lorsqu’une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais par ailleurs tout aussi plausibles l’une que l’autre.

... si les tribunaux devaient interpréter toutes les lois de manière à faire en sorte qu’elles soient conformes à la *Charte*, cela perturberait à tort l’équilibre dialogique. Chaque fois que ce principe serait appliqué, il préviendrait tout contrôle judiciaire fondé sur des motifs prévus par la *Charte*, recours qui permet de profiter des mécanismes internes de pondération que comporte l’article premier. Ainsi, les législateurs seraient en grande partie dépouillés du pouvoir que leur reconnaît la Constitution d’apporter, par voie législative, des restrictions raisonnables aux droits et libertés garantis par la *Charte*, lesquels possèderaient dès lors un caractère quasi absolu. En fait, le législateur qui ne voudrait pas se retrouver dans une telle situation devrait, d’une manière ou d’une autre, justifier expressément dans le texte législatif la limitation du droit garanti par la *Charte*, sans bénéficier des avantages d’un débat devant les tribunaux relativement aux restrictions qui sont acceptables dans une société libre et démocratique. Avant longtemps, les tribunaux seraient appelés à interpréter ce genre de texte

give effect to the clearly expressed legislative intent and avoid using the *Charter* to achieve a different result. [Emphasis in original; paras. 62 and 66.]

[88] More recently, Charron J. observed in *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 18, that it is “well settled that, in the interpretation of a statute, *Charter* values as an interpretative tool can *only* play a role where there is a genuine ambiguity in the legislation” (emphasis in original). Absent ambiguity, as Charron J. explained, a court that interprets a clear statutory provision “so as to accord with its view of minimal constitutional norms”, risks “effectively trump[ing] the constitutional analysis, rewrit[ing] the legislation, and depriv[ing] the government of the means of justifying, if need be, any infringement on constitutionally guaranteed rights” (para. 20; see also *Charlebois v. Saint John (City)*, 2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563, at para. 23).

[89] I see no room for interpretive creativity in this case because I see no ambiguity in the language of the provisions. “[C]ustomer information” is defined as information that is “uniquely associated with a customer”. DRA information is information relating to the electrical flow and consumption of electricity in a specific home, something that is obviously “uniquely associated with a customer”.

[90] This means that DRA information, whenever it is collected, is, necessarily, “customer information” and, as such, information under s. 10(3)(f) of the *Regulation* that can be collected by Enmax and disclosed “without the customer’s consent” to the police investigating an offence.

[91] Absent a direct *Charter* challenge, we must presume the *Regulation* to be constitutional. And absent any ambiguity, we must treat its clear meaning

de loi à la lumière des principes consacrés par la *Charte*. Le caractère manifestement impraticable d’une telle façon de faire met en évidence l’importance de maintenir le dialogue entre les pouvoirs composant l’État. Par conséquent, lorsqu’une loi n’est pas ambiguë, les tribunaux doivent donner effet à l’intention clairement exprimée par le législateur et éviter d’utiliser la *Charte* pour arriver à un résultat différent. [Souligné dans l’original; par. 62 et 66.]

[88] Comme l’a dit plus récemment la juge Charron dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, au par. 18, il est « bien établi qu’une disposition législative *ne* peut être interprétée au regard des valeurs de la *Charte* que si elle comporte une ambiguïté véritable » (en italique dans l’original). En l’absence de toute ambiguïté, la juge Charron précise qu’un tribunal qui interprète une disposition législative claire « de façon qu’elle s’harmonise avec sa conception des normes constitutionnelles minimales » risque « de fait [de] court-circuit[er] l’analyse constitutionnelle, reformull[er] la loi et priv[er] le gouvernement de la possibilité de justifier, au besoin, une atteinte à des droits garantis par la *Charte* » (par. 20; voir également *Charlebois c. Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563, par. 23).

[89] Selon moi, toute interprétation faisant appel à la créativité est exclue en l’espèce, car le libellé des dispositions législatives ne comporte aucune ambiguïté. Les « renseignements sur le client » sont définis comme des renseignements « associés au client à l’exception de tout autre ». Les données enregistrées par l’AN concernent le débit et la consommation d’électricité à une adresse donnée, des renseignements qui sont de toute évidence « associés au client à l’exception de tout autre ».

[90] Ainsi, les données enregistrées par l’AN constituent nécessairement des « renseignements sur le client » et donc des renseignements visés à l’al. 10(3)(f) du Règlement, qu’Enmax peut recueillir et communiquer « sans le consentement du client » aux policiers qui enquêtent sur une infraction.

[91] En l’absence de contestation expressément fondée sur la *Charte*, il faut présumer que le Règlement est constitutionnel et, en l’absence de



as binding. According to the *Regulation*, the relationship between the customer and the company is such that the company is legally authorized to collect and disclose customer information to the police unless the customer expressly requests its non-disclosure. Mr. Gomboc made no request to the utility company to protect the confidentiality of his customer information. He therefore did not revoke the legislative authority that allowed Enmax to hand over his information to the police.

[92] McLachlin C.J. and Fish J. are of the view that “a reasonable person would not have concluded that his or her expectation of privacy in activities inside the home was negated because of the *Regulation*” (para. 139). They also suggest that “[t]he average consumer . . . cannot be expected to be aware of the details of a complex regulatory scheme” (para. 139). Based on this “judicial notice”, and despite the absence of any actual evidence as to Mr. Gomboc’s state of knowledge, they impute a lack of awareness to him that justifies their conclusion that the *Regulation* had no impact on the reasonableness of his expectation of privacy.

[93] Leaving aside the policy wisdom of using the attributed or notional ignorance of an average customer about his or her contractual obligations for purposes of assessing the reasonableness of privacy expectations, this is an approach, with great respect, which conflates the subjective and objective branches of the privacy inquiry. As Binnie J. notes in *Patrick*, the subjective branch of analysis considers “whether the appellant had, or is presumed to have had, an expectation of privacy in the information . . . [while the] ‘reasonableness’ of an individual’s belief in the totality of the circumstances of a particular case is to be tested at the second *objective* branch of the privacy analysis” (para. 37 (emphasis in original)). They are distinct inquiries. The second, objective branch is predicated on an assessment of all relevant facts. An individual’s actual — or imputed — knowledge is undoubtedly relevant when assessing whether there is a subjective expectation of privacy. But

toute ambiguïté, considérer que son sens clair a force obligatoire. Le Règlement définit la relation entre le client et l’entreprise et autorise cette dernière à recueillir et à communiquer des renseignements sur le client à la police, à moins que le client ait expressément demandé qu’ils ne soient pas communiqués. M. Gomboc n’a pas demandé au fournisseur d’électricité de préserver la confidentialité des renseignements sur le client le concernant. Il n’a donc pas retiré à Enmax son pouvoir légal de communiquer les renseignements le concernant à la police.

[92] Selon la juge en chef McLachlin et le juge Fish, « une personne raisonnable n’aurait pas conclu que le Règlement éliminait son attente en matière de vie privée relativement aux activités se déroulant à l’intérieur de sa maison » (par. 139). Ils affirment également qu’on « ne peut attendre du consommateur moyen [. . .] qu’il connaisse le menu détail d’un régime de réglementation complexe » (par. 139). Ils s’appuient sur cette « connaissance d’office », sans égard à l’absence de toute preuve concrète sur ce que savait M. Gomboc, pour présumer son ignorance et conclure, sur le fondement de cette présomption, que le Règlement n’avait pas d’incidence sur le caractère raisonnable de son attente en matière de vie privée.

[93] Abstraction faite de l’opportunité de prendre en compte l’ignorance présumée ou théorique du consommateur moyen quant à ses obligations contractuelles pour évaluer le caractère raisonnable des attentes en matière de vie privée, j’estime, en toute déférence, que cette approche confond les volets subjectif et objectif de l’analyse relative à l’attente. Comme le juge Binnie l’a fait remarquer dans *Patrick*, à l’étape du volet subjectif de l’analyse, il s’agit de déterminer « si l’appelant avait — ou était présumé avoir — une attente en matière de respect de sa vie privée » à l’égard des renseignements, alors que le « “caractère raisonnable” de l’attente de la personne concernée, eu égard à l’ensemble des circonstances d’une affaire donnée, est examiné dans le cadre du second volet de l’analyse sur le droit au respect de la vie privée, qui porte sur l’aspect *objectif* » (par. 37 (en italique dans l’original)). Il s’agit d’étapes distinctes. La deuxième étape, qui porte sur le caractère objectif, repose sur

when assessing the *objective* reasonableness of the expectation, unsubstantiated assumptions about a customer's state of awareness should not be determinative. Allowing such assumptions to govern collapses the two branches of the inquiry into a single inquiry into subjectivity.

[94] Such an approach also artificially limits the factual record by effectively reading out the existence of the *Regulation*. An examination of the "totality of the circumstances" involves consideration of *all*, not just some, of the relevant circumstances. There can be no examination of the totality of the relevant circumstances without including the fact that the *Regulation* exists. It cannot, therefore, be seen as neutral or irrelevant. The contractual terms the statutory scheme creates are not only clear and unambiguous; they are also clearly relevant to an objective assessment of the reasonableness of any expectations of privacy Mr. Gomboc may have had in the DRA information, regardless of whether he decided to inform himself of the legal parameters of his relationship with his utility provider.

[95] In my view, when considered among all the circumstances of this case, the legislative authority provided by the *Regulation* is in fact determinative and leads to the conclusion that any expectation of privacy that Mr. Gomboc may have had was *objectively* unreasonable. In the absence of a reasonable expectation of privacy, the collection of the DRA information in this case did not constitute a "search" within the meaning of s. 8.

[96] I would allow the appeal, set aside the Court of Appeal's decision directing a new trial, and restore the convictions of Mr. Gomboc under ss. 5(2) and 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*.

l'appréciation de tous les faits pertinents. Certes, ce qu'une personne sait réellement ou est censée savoir est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si elle a une attente subjective en matière de vie privée. Mais lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère raisonnable de l'attente d'un point de vue *objectif*, des hypothèses sans fondement sur ce que sait un consommateur ne devraient pas être déterminantes. Laisser jouer de telles hypothèses équivaut à fusionner les deux étapes de l'évaluation pour en arriver à un seul examen, subjectif.

[94] En outre, une telle approche restreint artificiellement le dossier factuel en faisant fi de l'existence du Règlement. L'examen de « l'ensemble des circonstances » doit porter sur *toutes* les circonstances pertinentes et non uniquement sur certaines d'entre elles. Il est impossible d'examiner l'ensemble des circonstances pertinentes sans tenir compte de l'existence du Règlement. Ce dernier ne saurait être considéré comme un facteur neutre ou sans pertinence. Les obligations contractuelles créées par le régime législatif sont non seulement claires et non ambiguës, mais manifestement pertinentes dans l'évaluation objective du caractère raisonnable de toute attente en matière de vie privée que M. Gomboc pouvait avoir à l'égard des renseignements recueillis à l'aide de l'AN, et ce, qu'il ait décidé de s'informer ou non des paramètres juridiques de sa relation avec son fournisseur d'électricité.

[95] Selon moi, le pouvoir conféré par le Règlement, examiné dans le contexte de l'ensemble des circonstances pertinentes, joue un rôle déterminant et m'amène à conclure au caractère *objectivement* déraisonnable de toute attente en matière de vie privée que M. Gomboc pouvait avoir. Comme il n'avait pas d'attente raisonnable en matière de vie privée, la collecte de renseignements à l'aide de l'AN ne constituait pas en l'espèce une « perquisition » au sens de l'art. 8.

[96] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir les déclarations de culpabilité prononcées contre M. Gomboc en vertu des par. 5(2) et 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

THE CHIEF JUSTICE AND FISH J. (dissenting) —

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE FISH (dissidents) —

### I. Introduction

### I. Introduction

[97] Invoking a series of decisions which are readily distinguishable, the Crown urges us in this case to take an incremental but ominous step toward the erosion of the right to privacy guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[97] Invoquant plusieurs décisions dont les assises factuelles diffèrent considérablement des faits du présent dossier, le ministère public nous exhorte à faire un pas qui risque de mener à l'érosion du droit à la protection de la vie privée garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[98] We would decline to do so.

[98] Nous refusons de franchir ce pas.

[99] In our view, this appeal involves neither an isolated nor a *technical* matter regarding electrical consumption only. It raises core issues regarding the protection of privacy safeguarded by s. 8 of the *Charter*.

[99] À notre avis, le présent pourvoi ne porte pas sur une question particulière ou *technique* qui ne concernerait que la consommation d'électricité. Il soulève plutôt des questions fondamentales touchant au droit à la vie privée que protège l'art. 8 de la *Charte*.

[100] Every day, we allow access to information about the activities taking place inside our homes by a number of people, including those who deliver our mail, or repair things when they break, or supply us with fuel and electricity, or provide television, Internet, and telephone services. Our consent to these “intrusions” into our privacy, and into our homes, is both necessary and conditional: necessary, because we would otherwise deprive ourselves of services nowadays considered essential; and conditional, because we permit access to our private information for the sole, specific, and limited purpose of receiving those services.

[100] Chaque jour, nous permettons à un certain nombre de personnes d'avoir accès à des renseignements sur les activités qui se déroulent dans nos maisons; pensons notamment à celles qui nous apportent notre courrier, réparent nos appareils en panne, nous livrent du mazout, nous approvisionnent en électricité ou nous fournissent des services téléphoniques, télévisuels ou Internet. Notre consentement à ces « intrusions » dans notre vie privée et dans nos maisons est à la fois nécessaire et conditionnel : nécessaire, parce que nous nous priverions autrement de services considérés comme essentiels de nos jours; conditionnel, parce que nous ne donnons accès à nos renseignements personnels que dans le seul but, précis et limité, de recevoir ces services.

[101] A necessary and conditional consent of this sort does not trump our reasonable expectation of privacy in the information to which access is afforded for such a limited and well-understood purpose. When we subscribe for cable services, we do not surrender our expectation of privacy in respect of what we access on the Internet, what we watch on our television sets, what we listen to on

[101] Ce consentement nécessaire et conditionnel n'élimine pas pour autant notre attente raisonnable de respect de la vie privée relativement aux renseignements communiqués dans ce but limité et bien compris. Lorsque nous nous abonnons à des services de câblodistribution, nous ne renonçons pas de ce fait à notre attente en matière de vie privée à l'égard des sites que nous visitons sur Internet,

our radios, or what we send and receive by e-mail on our computers.

[102] Likewise, when we subscribe for public services, we do not authorize the police to conscript the utilities concerned to enter our homes, physically or electronically, for the purpose of pursuing their criminal investigations without prior judicial authorization. We authorize neither undercover officers nor utility employees acting as their proxies to do so.

[103] This case concerns a police operation that co-opted an electric utility, Enmax, to install a digital recording ammeter (“DRA”) on its power line in order to generate, record and disclose to the police otherwise non-existent data for the purposes of an ongoing criminal investigation.

[104] Such actions go beyond the voluntary cooperation of a private actor with the police. In our view, they constitute a search that infringes s. 8 of the *Charter*.

[105] Ultimately, the appeal raises two issues. The first concerns the intrusiveness of the DRA. In this regard, we are in essential agreement with Justice Abella (Binnie and LeBel JJ. concurring): “Given the overriding significance of protecting the privacy interests in one’s home, the concerns regarding the warrantless use of DRAs seem . . . to be well founded” (para. 82). Moreover, according to our colleague, Mr. Gomboc’s unreasonable search claim “may well have succeeded but for the existence of the *Regulation*” (para. 57). The second issue concerns the effect of the *Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003 (“*Regulation*”). On this issue, we are unable to agree with Justice Abella that the *Regulation* is conclusive.

des émissions que nous regardons à la télévision ou écoutons à la radio, ou encore des messages que nous échangeons par courriel avec d’autres personnes au moyen de notre ordinateur.

[102] De même, lorsque nous nous abonnons à un service public, nous n’autorisons pas la police à réquisitionner le service concerné pour s’introduire — physiquement ou électroniquement — dans nos foyers, sans autorisation judiciaire, dans le cadre d’une enquête criminelle. Nous n’autorisons ni les agents d’infiltration de la police, ni des employés des services publics qui agiraient pour le compte de celle-ci à s’immiscer ainsi dans notre vie privée.

[103] Le présent pourvoi concerne une opération policière au cours de laquelle les policiers ont mobilisé un fournisseur de services d’électricité, Enmax, afin qu’il installe sur sa ligne électrique un ampèremètre numérique muni d’un enregistreur (« AN ») pour générer et enregistrer des données qui n’existaient pas jusque-là, et qu’il les lui communique pour les besoins d’une enquête criminelle.

[104] De tels actes débordent le cadre des mesures de collaboration volontaire d’un acteur privé avec la police. À notre avis, ils constituent une perquisition qui contrevient à l’art. 8 de la *Charte*.

[105] En définitive, le pourvoi soulève deux questions. La première concerne le caractère envahissant de l’AN. À ce sujet, nous partageons essentiellement l’opinion exprimée par la juge Abella dans ses motifs (auxquels ont souscrit les juges Binnie et LeBel) : « En raison de l’importance primordiale de la protection de la vie privée des personnes dans leur maison, les préoccupations concernant le recours à un AN sans mandat de perquisition [. . .] semblent valables » (par. 82). Notre collègue estime aussi, en ce qui concerne le caractère abusif de la perquisition, que M. Gomboc « aurait bien pu avoir gain de cause si ce n’était du Règlement » (par. 57). La seconde question intéresse l’incidence du *Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003 (le « Règlement »). À ce sujet, nous ne pouvons souscrire à l’avis de la juge Abella selon laquelle le Règlement est déterminant.

## II. The Law

### A. *The Analytical Framework*

[106] The s. 8 analysis consists of two steps: (1) whether the state action constitutes a search; and if so, (2) whether the search was reasonable: *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227.

[107] A search occurs when state conduct interferes with an individual's reasonable expectation of privacy: *Law*. Whether an expectation of privacy is reasonable depends on whether the individual concerned has (1) a subjective expectation of privacy in the subject matter of the alleged search, and (2) whether that subjective expectation is objectively reasonable: *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851, at para. 30. The onus of proof of reasonable expectation lies on the *Charter* claimant: *Nolet*.

[108] The determination of "objective reasonableness" requires a contextual analysis, which takes into account the totality of the circumstances, viewed through the lens of what a reasonable person would expect: *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at paras. 18 and 21; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 31. The following factors are relevant:

- The subject matter of the search: that is, the nature of the information obtained or sought to be obtained;
- The place of the search: for example, whether it intrudes on the subject's home or person, as opposed to more public places;
- The degree of intrusiveness, or the amount of information that could potentially be revealed;

## II. Les règles de droit

### A. *Le cadre d'analyse*

[106] L'analyse fondée sur l'art. 8 comporte deux étapes : (1) le tribunal se demande d'abord si l'acte de l'État constituait une fouille ou une perquisition; (2) dans l'affirmative, il se demande ensuite si cette fouille ou perquisition était abusive : *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227.

[107] Il y a fouille ou perquisition lorsque la conduite de l'État porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée : *Law*. Le caractère raisonnable de cette attente dépend de la réponse donnée aux questions suivantes : (1) L'intéressé a-t-il une attente subjective de respect de sa vie privée à l'égard de l'objet de la fouille ou de la perquisition contestée? (2) Cette attente subjective est-elle objectivement raisonnable? (*R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851, par. 30). La charge de la preuve quant à cette attente raisonnable incombe à la partie qui invoque la *Charte* : *Nolet*.

[108] Pour déterminer si une attente est « objectivement raisonnable », le tribunal doit procéder à une analyse contextuelle tenant compte de l'ensemble des circonstances, considérées du point de vue d'une personne raisonnable : *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 18 et 21; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 31. Les facteurs suivants sont pertinents :

- L'objet de la fouille ou de la perquisition; en d'autres termes, la nature des renseignements obtenus ou que l'on cherche à obtenir.
- Le lieu de la fouille ou de la perquisition; par exemple, celle-ci constitue-t-elle une intrusion dans la maison de l'intéressé ou une atteinte à sa personne, par opposition à une fouille ou une perquisition dans des lieux davantage publics?
- L'ampleur de l'intrusion ou la quantité de renseignements susceptibles d'être révélés.

- A legislative or regulatory framework authorizing the search, and of which the individual may be expected to be aware (see below);
- Whether the expectation of privacy has been abandoned or waived; and
- Any other factors that may strengthen or weaken the expectation of privacy.

[109] In weighing these factors, the court should consider any countervailing interests that might reduce a reasonable person's privacy expectation. For example, in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, the need to maintain a safe school environment was held to be a factor reducing the reasonable expectation of privacy, because "[s]tudents know that their teachers and other school authorities are responsible for providing a safe environment and maintaining order and discipline in the school" (para. 33).

[110] If a search is established, the court must then determine whether the search was reasonable. A warrantless search is presumptively unreasonable: *Nolet*. To establish that a warrantless search is reasonable, the state must generally establish, on a balance of probabilities, that the search was authorized by law, that the authorizing law was reasonable, and that the manner in which the search was conducted was reasonable: *Nolet*, at para. 21; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278; and *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10. A search that is not authorized by law may nonetheless be reasonable if there was an emergency "in the sense of the evidence being in danger of being destroyed if the time were taken to obtain a search warrant": *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768, at pp. 778-79.

#### B. *The Impact of Authorizing Legislation*

[111] The existence of authorizing legislation is clearly relevant to the question whether a

- L'existence d'un cadre législatif ou réglementaire qui autorise la fouille ou la perquisition et que l'intéressé devrait connaître (voir plus loin).
- La question de savoir s'il y a eu renonciation ou abandon à l'égard de l'attente en matière de vie privée.
- Tout autre facteur susceptible de renforcer ou d'affaiblir l'attente en matière de vie privée.

[109] Dans l'appréciation de ces divers facteurs, le tribunal doit tenir compte des intérêts contraires qui pourraient réduire l'attente d'une personne raisonnable en matière de vie privée. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, il a été reconnu que la nécessité d'assurer un milieu scolaire sûr réduisait l'attente raisonnable en matière de vie privée, parce que « [l]es élèves savent que leurs enseignants et autres autorités scolaires ont la responsabilité de procurer un environnement sûr et de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école » (par. 33).

[110] S'il conclut qu'il y a eu une fouille ou perquisition, le tribunal doit se demander si celle-ci était abusive. Une fouille ou perquisition effectuée sans mandat est présumée abusive : *Nolet*. Pour qu'elle ne soit pas jugée abusive, l'État doit en règle générale établir, selon la prépondérance des probabilités, que la fouille ou la perquisition était autorisée par la loi, que la loi elle-même n'avait rien d'abusif et que la fouille ou la perquisition n'a pas été effectuée de manière abusive : *Nolet*, par. 21; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10. Une fouille ou une perquisition qui n'est pas autorisée par la loi peut néanmoins être considérée comme non abusive s'il y avait urgence, parce que « la preuve risquait d'être détruite si on prenait le temps d'obtenir un mandat de perquisition » : *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768, p. 779.

#### B. *Incidence du texte législatif autorisant la fouille ou la perquisition*

[111] L'existence d'un texte législatif autorisant la fouille ou la perquisition constitue de toute évidence

warrantless search was authorized by law at the second step of the s. 8 analysis. However, authorizing legislation may also be relevant at the first step of the analysis, in determining whether there was a reasonable expectation of privacy.

[112] For example, in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, individuals engaged in the securities market were held not to have an expectation of privacy over business records they were required, under a regulatory scheme, to disclose. In making that finding, the Court noted that “[t]he greater the departure from the realm of criminal law, the more flexible will be the approach to the standard of reasonableness. The application of a less strenuous approach to regulatory or administrative searches and seizures is consistent with a purposive approach to the elaboration of s. 8” (para. 52).

[113] The Court went on to say that individuals engaged in the securities market were presumed to know about the rules that governed their conduct within the industry:

All those who enter into this market know or are deemed to know the rules of the game. As such, an individual engaging in such activity has a low expectation of privacy in business records. In fact, “there will be instances in which an individual will have no privacy interest or expectation in a particular document or article required by the state to be disclosed”: *McKinlay Transport, supra*, at pp. 641-42. [para. 64]

As a result, no expectation of privacy could be claimed.

[114] The effect of a regulatory scheme to reduce an individual’s expectation of privacy was most recently affirmed in *Nolet*. Speaking of commercial trucking, a highly regulated field, Binnie J., quoting in part from the Saskatchewan Court of Appeal, stated: “The [truck drivers] would be well

un facteur pertinent à la deuxième étape de l’analyse fondée sur l’art. 8, lorsqu’il s’agit de déterminer si une fouille ou une perquisition effectuée sans mandat était autorisée par la loi. Toutefois, ce facteur peut également être utile à la première étape de l’analyse, pour décider s’il existait ou non une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

[112] Ainsi, dans l’arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, la Cour a refusé de reconnaître à des particuliers exerçant dans le domaine des valeurs mobilières une attente en matière de vie privée relativement aux dossiers d’entreprise qu’ils étaient tenus de produire conformément à un régime de réglementation. Dans l’analyse menant à cette conclusion, la Cour a fait observer que « [p]lus l’on s’éloignera du domaine du droit criminel, plus la façon d’aborder la norme du caractère raisonnable sera souple. Le recours à une façon moins rigide d’aborder les fouilles, perquisitions et saisies dans le contexte administratif ou réglementaire est conforme à une interprétation fondée sur l’objet de l’art. 8 » (par. 52).

[113] La Cour a poursuivi en expliquant que les particuliers exerçant dans le marché des valeurs mobilières sont présumés être au courant des règles régissant leur conduite dans ce secteur :

Toutes les personnes qui gagnent ce marché connaissent ou sont réputées connaître les règles du jeu. Alors, une personne qui se livre à une telle activité a peu d’attentes en matière de vie privée pour ce qui est de ses dossiers d’entreprise. En fait, « [i] arrive sans aucun doute qu’un particulier n’a aucun intérêt ni aucune attente à ce que soit protégé un document ou un article particulier dont l’État réclame la production » : *McKinlay Transport, précité*, à la p. 642. [par. 64]

En conséquence, aucune attente en matière de vie privée ne pouvait être revendiquée.

[114] Le fait qu’un régime de réglementation réduit l’attente d’une personne en matière de vie privée a été confirmé très récemment dans l’arrêt *Nolet*. S’agissant de camionnage, un secteur très réglementé, le juge Binnie, reprenant en partie les propos de la Cour d’appel de la Saskatchewan, a

aware of the possibility of mandatory inspections and searches . . . . Accordingly, there can be little expectation of privacy . . . .” He concluded: “A stop may quickly precipitate a search, and the occupants either know or ought to know of that reality and govern themselves accordingly” (para. 31).

[115] Although *Branch* and *Nolet* involved factual situations very different from the one before us in this case, they are helpful guides as to the reasons that legislation may reduce an otherwise existent expectation of privacy. When weighing the impact of legislation on the expectation of privacy, courts should consider (1) whether the search being challenged is regulatory — in which case, it is more likely to reduce an individual’s expectation of privacy — or criminal in nature; (2) whether the subject of the legislation is part of a highly regulated area; and (3) whether a reasonable person in the circumstances of the individual being searched would or should know about the legislation. The legislation is only one factor that is to be considered when determining whether an expectation of privacy is objectively reasonable and it may be insufficient to negate an expectation of privacy that is otherwise particularly compelling. As Justice Binnie explained in *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, the expectation of privacy is a “normative rather than a descriptive standard”: para. 42.

### III. Application

#### A. *Was There a Search?*

[116] To determine whether the police action in this case constituted a search, we must decide if Mr. Gomboc had a subjective expectation of privacy that was objectively reasonable. If no such expectation existed, no search took place.

déclaré ceci : « Les [camionneurs] sont normalement bien au fait de la possibilité de contrôles et de fouilles obligatoires [. . .] Pour cette raison, il ne peut pas exister une grande attente en matière de vie privée . . . » Le juge Binnie a tiré la conclusion suivante : « Une demande d’arrêt du véhicule peut rapidement donner lieu à une fouille et les occupants connaissent ou devraient connaître cette réalité et agir en conséquence » (par. 31).

[115] Certes, les affaires *Branch* et *Nolet* présentaient des faits très différents de ceux qui nous occupent en l’espèce, mais elles nous éclairent sur les raisons pour lesquelles des textes législatifs peuvent réduire une attente par ailleurs existante en matière de vie privée. Dans leur appréciation de l’incidence d’un texte législatif sur l’attente en matière de vie privée, les tribunaux doivent tenir compte des questions suivantes : (1) La fouille ou perquisition contestée est-elle de type réglementaire (auquel cas elle est davantage susceptible de réduire l’attente de l’intéressé en ce qui concerne le respect de sa vie privée) ou bien de nature pénale? (2) L’objet du texte législatif relève-t-il d’un domaine très réglementé? (3) Une personne raisonnable se trouvant dans la situation de la personne soumise à la fouille ou à la perquisition connaîtrait-elle le texte législatif ou devrait-elle le connaître? Le texte législatif pertinent n’est que l’un des facteurs à considérer pour décider si une attente en matière de vie privée est objectivement raisonnable, et il peut d’ailleurs être insuffisant pour écarter une attente en matière de vie privée particulièrement impérieuse. Ainsi que l’a expliqué le juge Binnie dans l’arrêt *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, l’attente en matière de vie privée est « de nature normative et non descriptive » (par. 42).

### III. Application

#### A. *Y a-t-il eu perquisition?*

[116] Pour déterminer si l’intervention policière constituait en l’espèce une perquisition, il nous faut décider si M. Gomboc avait, quant au respect de sa vie privée, une attente subjective qui était objectivement raisonnable. Si cette attente n’existait pas, aucune perquisition n’a eu lieu.



[117] The subjective test is a low hurdle, and individuals are presumed to have a subjective expectation of privacy regarding information about activities within the home: *Tessling*, at para. 38. Thus, resolution of this issue turns on whether Mr. Gomboc's expectation of privacy was objectively reasonable.

[118] The factors relevant to determining an objectively reasonable expectation of privacy, as discussed above, include the subject matter of the search, the place of the search, whether the privacy interest was abandoned or waived, the degree of intrusiveness, and, in some cases, the presence of a regulatory framework that would diminish any expectation of privacy. Ultimately, the question is whether a reasonable person in the place of Mr. Gomboc would have expected his DRA-revealed electricity information to remain private.

[119] In our view, the resolution of this issue turns on the last two factors above: the degree of intrusiveness and the presence of a regulatory framework. The first three factors, although not dispositive, suggest a reasonable expectation of privacy. The subject matter of the search was DRA data, which sheds light on private activities within the home. This subject matter could not have been otherwise discovered, as it was not in the public view. The place of the search was a home, the most private of locations. And there was no issue of abandonment.

[120] We turn then to the issue of intrusiveness. Here, Justice Deschamps finds that the DRA data is not intrusive in the constitutional sense. In so doing, she relies heavily on the evidence of Det. Sgt. Morrison to conclude that the DRA is "[not] meaningfully more invasive of privacy than the

[117] Le critère subjectif est peu exigeant. Les particuliers sont présumés avoir une attente subjective en matière de vie privée en ce qui concerne les renseignements portant sur les activités se déroulant à l'intérieur de leur maison : *Tessling*, par. 38. Par conséquent, le sort de la présente affaire dépend de la réponse à la question de savoir si l'attente de M. Gomboc en matière de vie privée était objectivement raisonnable.

[118] Comme nous l'avons vu précédemment, l'objet de la fouille ou de la perquisition, le lieu où elle est effectuée, la question de savoir s'il y a eu renonciation ou abandon à l'égard du droit à la vie privée, le degré d'intrusion et, dans certains cas, l'existence d'un cadre de réglementation susceptible de réduire l'attente en matière de vie privée sont des facteurs pertinents pour déterminer si une attente en matière de vie privée est objectivement raisonnable. En définitive, il s'agit de décider si une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que M. Gomboc se serait attendue à ce que les renseignements révélés par l'AN au sujet de sa consommation d'électricité demeurent secrets.

[119] À notre avis, la réponse à cette question dépend des deux derniers facteurs précités, à savoir le degré d'intrusion et l'existence d'un cadre de réglementation. Quoique non déterminants, les trois premiers facteurs tendent à établir l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée. Ainsi, la perquisition avait pour objet les données enregistrées par l'AN, qui éclairent sur les activités privées se déroulant à l'intérieur de la maison. Cette information n'aurait pu être découverte autrement, puisqu'elle n'était pas accessible au public. La perquisition a été effectuée dans une maison d'habitation, le lieu le plus privé qui soit. De plus, la question de la renonciation ne se posait pas en l'espèce.

[120] Nous allons maintenant examiner la question de l'intrusion. En l'espèce, la juge Deschamps conclut que les données fournies par l'AN n'ont pas un caractère envahissant au sens constitutionnel. Dans son analyse, elle s'appuie fortement sur le témoignage du sergent-détective Morrison et

electricity consumption records in *Plant* or the heat signatures in *Tessling*” (para. 40).

[121] Det. Sgt. Morrison was asked at trial whether he could use DRA information to make certain determinations about a home. The determinations included whether any occupants are home at a particular time, whether anyone is watching television, whether anyone is using a computer, whether anyone is listening to a stereo, whether anyone is taking a bath, sitting in a hot tub, or showering, whether anyone is cooking or washing dishes, the gender of the occupants, the political affiliation of the occupants, the sexual orientation of the occupants, where electricity is being used in the house, and whether any electrical devices are on a timer. For each question, he responded that he could not make the relevant determination (A.R., at pp. 101-2).

[122] From this testimony, Justice Deschamps concludes: “The evidence available on the record offers no foundation for concluding that the information disclosed by Enmax yielded any useful information at all about household activities of an intimate or private nature that form part of the inhabitants’ biographical core data” (para. 36).

[123] With respect, we disagree. The fruits of a search need not produce *conclusive* determinations about activities within a home in order to be considered informative and thus intrusive.

[124] The significance of the DRA data derives from its utility in making informed *predictions* concerning the *probable* activities taking place within a home. Predictions of this sort, while not conclusive, nonetheless convey useful private information to the police. For instance, DRA data may be used to make extremely reliable predictions regarding the existence of a plant growing operation within a house. The large-scale growing of

conclut que l’AN « [n’]est [pas] sensiblement plus attentatoire au droit à la vie privée que les relevés de consommation d’électricité en cause dans l’affaire *Plant* ou que le profil thermique dont il s’agissait dans l’affaire *Tessling* » (par. 40).

[121] Au procès, on a demandé au sergent-détective Morrison si les renseignements fournis par l’AN lui permettaient de tirer certaines conclusions au sujet d’une habitation, par exemple de savoir si quelqu’un se trouve dans la maison à un moment donné, regarde la télévision, utilise un ordinateur, écoute une chaîne stéréo, prend un bain ou une douche, est assis dans un spa, cuisine ou bien fait la vaisselle, ou encore de savoir de quel sexe sont les occupants, quelle est leur allégeance politique ou leur orientation sexuelle, dans quelles pièces de la maison l’électricité est consommée ou si des appareils électriques sont branchés à une minuterie. Dans chaque cas, il a répondu par la négative (d.a., p. 101-102).

[122] Sur la foi de ce témoignage, la juge Deschamps conclut : « Aucun élément de preuve au dossier ne permet de conclure que les données communiquées par Enmax dévoilaient des renseignements révélant quoi que ce soit, au sujet d’activités de nature intime ou privée, qui ferait partie des renseignements personnels d’ordre biographique des occupants de la maison » (par. 36).

[123] Avec égards, nous ne sommes pas de cet avis. Il n’est pas nécessaire que les renseignements recueillis mènent à des conclusions *définitives* au sujet des activités se déroulant dans une maison pour être jugés révélateurs et qu’il y ait, de ce fait, intrusion.

[124] L’importance des données enregistrées par l’AN découle de leur utilité dans la formulation d’hypothèses éclairées au sujet des activités qui se déroulent *probablement* à l’intérieur d’une habitation. Bien que non concluantes, de telles hypothèses révèlent néanmoins aux policiers des renseignements personnels utiles. Par exemple, les données obtenues grâce à l’AN peuvent servir à formuler des hypothèses extrêmement fiables au sujet de

plants within one's home is a private activity, and a surveillance technique capable of making strong predictions regarding its existence is an intrusion on the occupant's privacy, even though such predictions are only rationally drawn inferences and not demonstrably certain conclusions.

[125] Because we do not believe that DRA data needs to be used to make conclusive determinations in order for the data to be considered private information, we do not find Justice Deschamps's reliance on Det. Sgt. Morrison's testimony helpful. Det. Sgt. Morrison was not asked whether he could use the DRA to make predictions regarding the probable activities taking place within a home. He was only asked whether he could make conclusive determinations regarding certain activities. Without evidence concerning the type of predictions he could make using the DRA, Det. Sgt. Morrison's testimony on this issue is unhelpful.

[126] In the absence of evidence on the predictive value of DRA data, we agree with Justice Martin of the Alberta Court of Appeal that "the court must consider the nature of the particular surveillance technique to determine whether there is an intrusion to the privacy within the home": 2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73, at para. 15. We have evidence before us regarding the operation of the DRA. From it, we can draw certain inferences about the DRA's intrusiveness.

[127] DRA devices record the flow of electricity to a residence over a period of time. In doing so, they measure the amount of electricity being used at a given point based on one-ampere increments. While the DRA does not indicate the source of electrical consumption within the residence, it

l'existence d'une installation de culture à l'intérieur d'une maison. Le fait de cultiver des plantes à grande échelle chez soi constitue une activité privée, et une méthode de surveillance qui permet d'émettre de solides hypothèses au sujet de l'existence d'une telle activité porte atteinte au droit à la vie privée des occupants, et ce, même si ces hypothèses ne constituent que des inférences rationnelles et non des conclusions dont la certitude peut être démontrée.

[125] Comme nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire que les données enregistrées par l'AN servent à tirer des conclusions définitives pour être considérées comme des renseignements personnels, l'appui que la juge Deschamps trouve dans le témoignage du sergent-détective Morrison ne nous semble pas utile. On n'a pas demandé au sergent-détective Morrison s'il pouvait utiliser les données révélées par l'AN pour formuler des hypothèses au sujet des activités se déroulant probablement à l'intérieur d'une habitation. On lui a seulement demandé s'il était en mesure de tirer des conclusions définitives au sujet de certaines activités. À défaut d'éléments de preuve sur le type d'hypothèses qu'il pourrait formuler à l'aide des données enregistrées par l'AN, le témoignage du sergent-détective sur la question n'est pas utile.

[126] En l'absence de preuve sur la valeur des données enregistrées par l'AN comme fondement à des hypothèses, nous souscrivons aux propos du juge Martin de la Cour d'appel de l'Alberta selon lequel [TRADUCTION] « le tribunal doit examiner la nature de la technique de surveillance employée pour déterminer s'il a été porté atteinte au droit à la vie privée à l'intérieur de la maison » : 2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73, par. 15. Nous disposons, au sujet du fonctionnement de l'AN, d'éléments de preuve qui permettent de tirer certaines inférences quant au caractère envahissant de cet appareil.

[127] L'AN est un appareil qui sert à mesurer l'intensité du courant électrique transmis à une résidence au cours d'une période déterminée. Ainsi, l'AN mesure en ampères l'électricité consommée à tout moment. Bien qu'il n'indique pas les sources précises de consommation d'électricité dans la

produces detailed information as to the amount of electricity being used in a home and when it is being used: C.A. reasons, at para. 16.

[128] The intervener the Canadian Civil Liberties Association (“CCLA”) submits that this type of information can be used to make several intrusive predictions regarding the probable activities taking place within a home. The CCLA submits, correctly in our view, that these predictions may include whether anyone is home, the approximate time at which the occupants go to bed and wake up, and guesses as to particular appliances being used. Of course, these predictions cannot be made with certainty. However, they do have the potential to reveal private or “biographical” information, and are significantly more reliable than any predictions that can be made using the electricity-usage information collected in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281.

[129] In addition, DRAs are extremely accurate in disclosing the existence of plant growing operations within a house. This is evident from the Crown’s own evidence at trial, where Det. Sgt. Morrison testified that DRA devices had been used to a nearly 100 percent success rate in identifying marijuana grow operations, and can give the police the reasonable and probable grounds necessary to obtain a search warrant:

What this graph [of DRA data] allows us to do is it gives us information on approximate 12 and/or 18-hour use. It allows us, with experience, to draw an inference on what the electrical use in there -- the inference that marijuana may be grown inside. It gives us reasonable and probable grounds. [Emphasis added.]

[130] Therefore, while DRAs may be used in conjunction with other evidence, they are not just “one more investigative tool” (Deschamps J., at para. 11).

maison, il fournit néanmoins des renseignements détaillés sur la quantité d’électricité utilisée et les moments où elle est utilisée : motifs de la C.A., par. 16.

[128] L’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles (« ACLC ») fait valoir que ce type de renseignements peut être utilisé pour formuler un certain nombre d’hypothèses attentatoires à la vie privée au sujet des activités qui se déroulent probablement à l’intérieur d’une maison. L’ACLC affirme, à juste titre à notre avis, qu’il serait possible d’émettre des hypothèses, par exemple, sur la présence ou non de personnes dans la maison, sur l’heure approximative à laquelle les occupants se couchent et se lèvent et sur le type d’appareils électriques utilisés. Évidemment, ces hypothèses ne sont pas des certitudes. Elles sont toutefois susceptibles de révéler des renseignements personnels ou « biographiques », et elles sont beaucoup plus fiables que les hypothèses fondées sur les relevés de consommation d’électricité en cause dans l’affaire *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

[129] Qui plus est, un AN permet de détecter avec une très grande précision l’existence d’une installation de culture dans une maison. C’est ce qui ressort de la preuve déposée par le ministère public lui-même au procès, au cours duquel le sergent-détective Morrison a expliqué que cet appareil permettait de détecter les cultures de marihuana dans près de 100 p. 100 des cas et pouvait fournir aux policiers les motifs probables et raisonnables nécessaires à l’obtention d’un mandat de perquisition :

[TRADUCTION] Ce que ce graphique [des données enregistrées par l’AN] nous permet de faire, c’est qu’il nous donne des renseignements sur des cycles de consommation d’environ 12 ou 18 heures. Il nous permet, avec de l’expérience, de tirer des inférences sur l’usage de l’électricité dans la maison -- d’inférer qu’il est possible que de la marihuana soit cultivée à l’intérieur. Il nous fournit des motifs raisonnables et probables. [Je souligne.]

[130] Par conséquent, quoique les données enregistrées par l’AN puissent être utilisées avec d’autres éléments de preuve, cet appareil ne

Such evidence of criminal activity, or of a connection to criminality, has previously been considered by this Court to be “very personal” biographical information: *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at para. 175. Even if DRA evidence *alone* were not sufficient for a warrant, the point would remain. The Crown has conceded that it would not have been able to obtain a warrant in this case without the DRA evidence obtained by the police through Enmax.

[131] Without drawing a formal conclusion on the issue, Justice Abella makes similar findings. She concludes that information emanating from a home is “presumptively information about which individuals are entitled to expect privacy” (para. 80); that a DRA reveals “personal information about a customer”; and that DRA data is “intrusive enough to yield usually reliable inferences as to the presence within the home of one particular activity” (para. 81). Justice Abella also notes that concerns about the use of DRAs are “well founded” in light of “the overriding significance of protecting the privacy interests in one’s home” (para. 82).

[132] The Crown attempts to rebut these arguments by drawing an analogy between this case and *Plant*, where the Court found that no reasonable expectation of privacy applied to biannual electricity consumption information. The analogy fails. Academics have explained the inferences that hourly consumption data can yield this way:

Electricity consumption patterns generated from advanced metering infrastructure will reveal variations in power consumption that can be associated with various household activities; detailed power consumption information can reveal personal sleep, work, and travel habits, and likely identify the use of medical equipment

constitue pas simplement un « outil d’enquête additionnel » (motifs de la juge Deschamps, par. 11). De tels éléments de preuve d’activités criminelles ou de l’existence d’un lien avec la criminalité ont déjà été considérés par la Cour comme des données biographiques très « personnelle[s] » : *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 175. Même si la preuve fournie par l’AN ne permettait pas à *elle seule* d’obtenir un mandat, cela ne changerait rien. Le ministère public a concédé qu’il lui aurait été impossible d’obtenir un mandat en l’espèce sans la preuve fournie par l’AN, que la police avait recueillie par l’intermédiaire d’Enmax.

[131] Sans trancher formellement cette question, la juge Abella tire des conclusions analogues. Selon elle, un renseignement provenant d’une maison « constitue *a priori* un renseignement à l’égard duquel une personne est en droit de s’attendre au respect de sa vie privée » (par. 80), l’AN révèle « des renseignements [. . .] personnels concernant un client » et l’AN est une technique « suffisamment envahissante pour permettre des inférences généralement fiables relativement à la tenue d’une activité particulière » (par. 81). La juge Abella qualifie de « valables » les préoccupations exprimées en ce qui concerne l’utilisation d’un AN, compte tenu de « l’importance primordiale de la protection de la vie privée des personnes dans leur maison » (par. 82).

[132] Le ministère public tente de réfuter ces arguments en faisant une analogie entre la présente espèce et l’affaire *Plant*, dans laquelle la Cour a conclu à l’absence d’attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard de renseignements semestriels sur la consommation d’électricité. Cette analogie ne tient pas. Des auteurs ont expliqué ainsi les inférences que les données relatives à la consommation horaire permettent de tirer :

[TRADUCTION] Les données sur les cycles de consommation d’électricité qui sont produites par une infrastructure de compteurs perfectionnée révèlent des fluctuations de consommation susceptibles d’être associées à diverses activités domestiques. Des renseignements détaillés sur la consommation d’énergie peuvent révéler

and other specialized devices (if not ordinary appliances).

(J. I. Lerner and D. K. Mulligan, “Taking the ‘Long View’ on the Fourth Amendment: Stored Records and the Sanctity of the Home”, 2008 *Stan. Tech. L. Rev.* 3, at para. 41)

Such inferences constitute intimate details about an individual’s lifestyle. And they cannot be drawn from a biannual total of power consumption.

[133] *Tessling* is also of little assistance to the Crown. The information collected by the Forward Looking Infra-Red (“FLIR”) heat-seeking device at issue in that case was described by this Court as both “meaningless” and “mundane” (paras. 36 and 55 (emphasis deleted)). Those labels, for reasons we have already explained, do not apply to the information collected by a DRA.

[134] Justice Deschamps contends as well that the use of a DRA serves as a substitute for more intrusive investigatory techniques. In her opinion, DRAs can “enhance overall territorial privacy” by providing evidence that rules out a suspect before any physical search of the home is conducted (para. 51 (emphasis in original)). With respect, this assertion does not withstand scrutiny for at least three reasons.

[135] First, the constitutionality of a search does not hinge on whether there are even more intrusive search methods the police could have improperly used. Section 8 rights are hollow indeed if a search without warrant may be justified on the grounds that the police could have done worse. As mentioned earlier, the Crown concedes that the police could not have obtained any search warrant at all without the grounds provided by the DRA. If the Crown is wrong in making this concession, there

les habitudes de sommeil, de travail et de déplacements, et vraisemblablement l’utilisation d’équipement médical et d’autres appareils spécialisés (sinon d’appareils courants).

(J. I. Lerner et D. K. Mulligan, « Taking the “Long View” on the Fourth Amendment : Stored Records and the Sanctity of the Home », 2008 *Stan. Tech. L. Rev.* 3, par. 41)

De telles inférences portent sur des détails intimes au sujet du mode de vie d’une personne. Et elles ne sauraient être tirées à partir de données sur la consommation semestrielle totale d’énergie.

[133] L’arrêt *Tessling* n’est guère plus utile au ministère public. Dans cette affaire, la Cour a jugé que les renseignements recueillis au sujet de la distribution de la chaleur grâce au dispositif infra-rouge à vision frontale (« FLIR ») étaient de nature « inoffensive » et n’avaient « aucune signification » (par. 55 et 36 (soulignement omis)). Pour les raisons que nous avons déjà exposées, ces qualificatifs ne s’appliquent pas aux données recueillies au moyen de l’AN.

[134] La juge Deschamps affirme également que l’AN remplace d’autres techniques d’enquête plus envahissantes. Selon elle, il se peut que l’emploi de cet appareil « favorise en fait le respect général du droit à la vie privée qui a trait aux lieux », car la preuve qu’il fournit permet d’écarter les soupçons pesant sur une personne avant même qu’une perquisition physique soit effectuée dans sa résidence (par. 51 (en italique dans l’original)). Soit dit en toute déférence, cette affirmation ne résiste pas à l’analyse, et ce, pour au moins trois raisons.

[135] Premièrement, on ne saurait conclure à la constitutionnalité d’une fouille ou d’une perquisition du fait qu’il existe des méthodes d’enquête encore plus envahissantes auxquelles la police aurait pu, à tort, avoir recours. En effet, les droits protégés par l’art. 8 seraient vides de tout sens si une perquisition effectuée sans mandat pouvait être justifiée au motif que la police aurait pu faire pire. Comme nous l’avons indiqué plus tôt, le ministère public concède que la police n’aurait

is no excuse at all for conducting a DRA search without a warrant.

[136] Second, we find it unhelpful to compare a DRA search conducted without a warrant to a physical search conducted with a warrant. The issue on this appeal is whether warrants should be required for the use of DRAs in police investigations. Justice Deschamps's reasons may well support the view that a search by DRA pursuant to a warrant is preferable to a physical search of a home. They do not, however, provide grounds for concluding that the police may perform a DRA search without prior judicial authorization.

[137] Finally, it is hardly apparent that the use of DRAs will reduce the total intrusion into a suspect's territorial privacy. The use of a DRA only serves as a substitute for a physical search of a suspect's home *if the police could have obtained a warrant to search the home*. In many cases, the police will not have reasonable grounds to obtain a warrant for a physical search prior to using the DRA. In these cases, the DRA will not serve as a substitute for a physical search — it will instead serve as part of the evidentiary basis for authorizing the physical search. Even where the DRA data does not yield grounds for a physical search, the suspect's total territorial privacy will have suffered by virtue of the DRA search itself.

[138] The remaining issue in determining whether a search occurred is whether the *Regulation* of the *Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1, which permits disclosure of certain information to the

pas été en mesure d'obtenir quelque mandat de perquisition que ce soit sans les motifs fondés sur les données recueillies grâce à l'AN. Si le ministère a tort lorsqu'il fait cette concession, il est alors absolument inexcusable qu'il ait procédé sans mandat à une perquisition au moyen d'un AN.

[136] Deuxièmement, nous estimons qu'il n'est pas utile de comparer une perquisition sans mandat effectuée au moyen d'un AN à une perquisition physique avec mandat. La question qu'il faut trancher en l'espèce consiste à déterminer si la police est tenue d'obtenir un mandat avant d'utiliser un AN au cours d'une enquête. Les motifs de la juge Deschamps permettent peut-être d'affirmer qu'une perquisition effectuée au moyen d'un AN et autorisée par un mandat est préférable à une perquisition physique, mais ils ne justifient pas de conclure que la police peut procéder à une perquisition au moyen d'un AN sans autorisation judiciaire préalable.

[137] Enfin, il est loin d'être évident que le recours à un AN permet d'éviter aux suspects toute atteinte à leur droit à la vie privée qui a trait aux lieux. En effet, l'utilisation d'un tel dispositif ne remplace véritablement l'exécution d'une perquisition physique dans la maison du suspect *que dans les cas où la police aurait pu obtenir un mandat de perquisition visant ce lieu*. Dans bien des cas, les policiers ne disposent pas des motifs raisonnables requis pour obtenir un mandat avant d'avoir utilisé l'AN. Dans ces situations, le recours à l'AN ne remplace pas la perquisition physique, mais les données qu'il permet de recueillir font partie des éléments de preuve qui étayaient la demande de mandat. Par ailleurs, même lorsque les données enregistrées par l'AN ne fournissent pas de motifs justifiant une perquisition physique, l'intégrité du droit du suspect à la vie privée qui a trait aux lieux aura subi une atteinte du fait même de la perquisition effectuée au moyen de l'AN.

[138] La question qu'il nous reste à trancher pour savoir s'il y a eu une perquisition en l'espèce consiste à déterminer si le Règlement, pris en application de la loi intitulée *Electric Utilities*

police, negates or reduces the objectively reasonable privacy interest the other factors suggest. The argument is essentially that Mr. Gomboc could have requested an exemption from this provision but failed to do so; as a result, he consented to a diminution of his privacy interest and cannot be said to have had a reasonable expectation of privacy in the DRA data.

[139] In our view, a reasonable person would not have concluded that his or her expectation of privacy in activities inside the home was negated because of the *Regulation*. This is not a situation, like *Branch* or *Nolet*, where a reasonable person engaged in the highly regulated fields of securities trading or trucking would be expected to be aware of the relevant legislation. The average consumer signing up for electricity cannot be expected to be aware of the details of a complex regulatory scheme — the vast majority of which applies to the companies providing services, and not to the consumers themselves — which permits the utility company to pass information on electricity usage to the police, especially when a presumption of awareness operates to, in effect, narrow the consumer's constitutional rights.

[140] In addition, if they were made aware of the *Regulation* — something that did not happen in this case — reasonable consumers would likely not read it as permitting the intrusion at issue. They might reasonably suppose that the information passed to police would be information gathered in the normal course of utility operations. However, they would not read the provision as permitting the police to ask the utility company to take special measures, including the installation of new technology such as a DRA, to obtain information the

*Act*, S.A. 2003, ch. E-5.1, qui permet la communication de certains renseignements à la police, a pour effet d'écartier le droit objectivement raisonnable au respect de la vie privée suggéré par les autres facteurs ou d'en diminuer la portée. L'argument est essentiellement le suivant : comme M. Gomboc aurait pu demander d'être soustrait à l'application de cette disposition et qu'il ne l'a pas fait, il a consenti à une diminution de son droit à la protection de sa vie privée et il ne peut prétendre qu'il avait une attente raisonnable de respect de sa vie privée à l'égard des données recueillies grâce à l'AN.

[139] À notre avis, une personne raisonnable n'aurait pas conclu que le Règlement éliminait son attente en matière de vie privée relativement aux activités se déroulant à l'intérieur de sa maison. La situation n'est pas assimilable à celles qui existaient dans les affaires *Branch* ou *Nolet*, où il était normal de s'attendre qu'une personne raisonnable exerçant dans le secteur très réglementé du commerce des valeurs mobilières ou du camionnage, selon le cas, connaisse les dispositions législatives applicables. On ne peut attendre du consommateur moyen qui s'abonne à un service de distribution d'électricité qu'il connaisse le menu détail d'un régime de réglementation complexe — dont la vaste majorité des dispositions s'appliquent aux entreprises qui fournissent ces services et non aux consommateurs eux-mêmes — qui permet aux entreprises de communiquer à la police des renseignements sur l'utilisation de l'électricité, particulièrement si la présomption de connaissance de ce régime a pour effet de réduire les droits constitutionnels garantis au consommateur.

[140] De plus, même si un consommateur raisonnable était au courant de l'existence du Règlement — ce qui n'était pas le cas en l'espèce — il ne considérerait probablement pas que ce texte autorise le type d'intrusion en cause. Le consommateur pourrait raisonnablement supposer que les renseignements communiqués à la police seraient des renseignements obtenus dans le cours normal des activités de l'entreprise de services publics. Il ne croirait pas que les dispositions pertinentes habiliter les forces de l'ordre à demander à l'entreprise



company neither already had nor intended to obtain about what was happening inside their house.

[141] Finally, although the *Regulation* is not a criminal law, the provisions relied upon by the Crown are explicitly criminal rather than regulatory in purpose. In light of all of these differences between this situation and the cases of *Branch* and *Nolet*, we are of the view that the legislation in this case did not render Mr. Gomboc's expectation of privacy unreasonable.

[142] Considering the "totality of the circumstances", a reasonable person would not accept that the type of information at issue — collected for the reasons and in the manner explained — should be freely available to the state without prior authorization. Contrary to Justice Abella's suggestion, our consideration of the reasonable person does not "collapse[] the two branches of the inquiry into a single inquiry into subjectivity" (para. 93). Mr. Gomboc is presumed to have a subjective expectation of privacy within his home. The existence of an obscure regulation that the reasonable person is unlikely to understand does nothing to render Mr. Gomboc's subjective expectation objectively unreasonable. We conclude that the respondent had a reasonable expectation of privacy in the DRA data and that the intrusion and transmittal of the information gleaned thus constituted a search.

#### B. *Was the Search Reasonable?*

[143] The police had no warrant for the search, rendering it presumptively unreasonable. In order to overcome this presumption, the Crown bears the burden of establishing, on a balance of probabilities, that (1) the search was authorized by law, (2) the law itself is reasonable, and (3) the

de prendre des mesures spéciales — par exemple l'installation d'un nouveau moyen technologique comme l'AN — pour obtenir des renseignements dont celle-ci ne dispose pas déjà et qu'elle n'entendait pas recueillir au sujet de ce qui se passe à l'intérieur de sa maison.

[141] Enfin, bien que le Règlement ne soit pas un texte législatif à caractère pénal, les dispositions invoquées par le ministère public ne visent pas un objectif réglementaire, mais possèdent un caractère pénal explicite. À la lumière de toutes les distinctions relevées entre la présente affaire et les affaires *Branch* et *Nolet*, nous sommes d'avis que, dans le cas qui nous occupe, le texte législatif en cause ne rend pas déraisonnable l'attente de M. Gomboc en matière de vie privée.

[142] Vu l'« ensemble des circonstances », une personne raisonnable n'accepterait pas que le type de renseignements en litige — qui ont été recueillis pour les motifs et de la manière expliqués — puissent être mis librement à la disposition de l'État sans autorisation préalable. Contrairement à ce qu'affirme la juge Abella, notre analyse fondée sur la personne raisonnable n'a pas pour effet de « fusionner les deux étapes de l'évaluation pour en arriver à un seul examen, subjectif » (par. 93). M. Gomboc est présumé avoir une attente subjective quant au respect de sa vie privée chez lui. L'existence d'un obscur règlement, qu'une personne raisonnable ne comprendrait vraisemblablement pas, n'a pas pour effet de rendre objectivement déraisonnable l'attente subjective de M. Gomboc. Nous concluons que l'intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des données obtenues au moyen de l'AN, et que l'intrusion commise pour recueillir ces données et leur communication constituaient une perquisition.

#### B. *La perquisition était-elle abusive?*

[143] Comme les policiers n'avaient pas de mandat de perquisition, la perquisition est présumée abusive. Pour réfuter cette présomption, le ministère public a la charge d'établir, selon la prépondérance des probabilités, (1) que la perquisition était autorisée par la loi, (2) que la loi elle-même n'avait rien

manner in which the search was carried out is reasonable.

[144] In order to demonstrate that the search was authorized by law, the Crown must show common law or legislative authorization. The Crown attempts to show common law authorization by relying upon the ancillary police powers doctrine articulated in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.). To succeed, the Crown must show that (1) the search “fell within the general scope of the duties of a police officer under statute or common law”, and (2) the “interference with liberty [was] necessary for the carrying out of the particular police duty and [was] reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference”: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 35.

[145] Without commenting on whether the first branch of the *Waterfield* test is satisfied, the warrantless use of the DRA in this case fails the second branch of the test. The search was not shown to be reasonably necessary to the police activity, as the police unit in this case has demonstrated by virtue of its general policy of applying for warrants before attaching DRAs to transformers located on private property. This is not a case like *Kang-Brown* where police used a sniffer dog to detect drugs in the bag of a suspicious-looking person at a bus station. A police “stop and search”, by virtue of its exigent nature, provides a more compelling reason for expanding common law police powers than a situation like the present where a warrant can be obtained in a timely fashion with appropriate grounds.

d’abusif et (3) que la perquisition n’a pas été effectuée de manière abusive.

[144] Pour établir que la perquisition était autorisée par la loi, le ministère public doit démontrer l’existence d’une règle de common law ou d’un texte législatif l’autorisant. En l’espèce, le ministère public tente de démontrer que la perquisition était autorisée par la common law en invoquant la théorie des pouvoirs accessoires de la police, qui a été exposée dans l’arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.). Pour y arriver, le ministère public doit démontrer (1) que la perquisition entraine « dans le cadre général des devoirs d’un agent de police en vertu de la loi ou de la *common law* » et (2) que l’« atteinte à la liberté [était] nécessaire à l’accomplissement du devoir particulier de la police et elle [était] raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l’importance de l’objet public poursuivi par cette atteinte » : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 35.

[145] Sans nous prononcer sur la conformité de la perquisition avec le premier volet du critère de l’arrêt *Waterfield*, nous concluons que l’utilisation sans mandat de l’AN en l’espèce ne satisfait pas au second volet de ce critère. Il n’a pas été établi que la perquisition était raisonnablement nécessaire à l’accomplissement d’une activité policière, comme en fait foi d’ailleurs la politique générale du service policier concerné qui consiste à obtenir un mandat avant de fixer un AN à un transformateur situé sur une propriété privée. Nous ne sommes pas en présence d’une situation comme celle qui existait dans l’affaire *Kang-Brown*, où les policiers avaient utilisé un chien renifleur pour détecter la présence de drogues dans le sac d’un individu suspect dans une gare d’autobus. Une interpellation suivie d’une fouille — du fait du caractère urgent d’une telle intervention policière — justifie davantage un élargissement des pouvoirs reconnus par la common law aux policiers qu’une situation comme celle qui nous occupe, où il est possible d’obtenir un mandat en temps utile en démontrant l’existence de motifs suffisants.

[146] The Crown argues also that there was legislative authorization for the search, by virtue of the *Regulation*. We do not agree. The *Regulation* permits the disclosure of “customer information”. It may be that “customer information” includes routinely collected consumption rates, thus permitting disclosure of energy usage without a warrant. However, the *Regulation* does not authorize the utility company to operate as an agent for the police for the purpose of spying on consumers. The DRA data that concerns us here was not pre-existing information in an Enmax subscriber’s file. Rather, the police enlisted the company to install the device in order to gather new information about the respondent for the purpose of pursuing an ongoing criminal investigation of which he was the target.

[147] We also note that the relevant section of the *Regulation* (s. 10(3)(f)) is an exception to the general rule of confidentiality set out in s. 10(1), which states:

Neither an owner or a retailer, nor an officer, employee, contractor or agent of an owner or retailer may disclose customer information to any person without the consent of the person that is the subject of the information . . .

As an exception to this general rule, s. 10(3)(f) must be interpreted restrictively. It must also be interpreted in accordance with our constitutional values, notably respect for our privacy, the sanctity of our homes, and security against unreasonable searches or seizures.

[148] Although Enmax might have chosen to collect this data on its customers on its own initiative and for its own purposes, it neither did so nor manifested any intention to do so in this case. The

[146] Le ministère public soutient également que la perquisition était autorisée par la loi, à savoir par le Règlement. Nous ne partageons pas cet avis. Le Règlement permet la communication de [TRADUCTION] « renseignements sur le client ». Il est possible que ce type de renseignements inclue des données sur les taux de consommation recueillies par l’entreprise dans le cours habituel de ses activités, ce qui permettrait la communication sans mandat des renseignements sur la consommation d’électricité. Toutefois, le Règlement n’autorise pas l’entreprise de services publics à espionner ses clients pour le compte de la police. Les données enregistrées par l’AN qui nous intéressent en l’espèce ne sont pas des renseignements qui existent déjà dans les dossiers des abonnés d’Enmax. La police a plutôt mobilisé Enmax pour qu’elle installe ce dispositif afin de recueillir de nouveaux renseignements au sujet de l’intimé dans le cadre d’une enquête criminelle dont il était la cible.

[147] Nous tenons également à souligner que la disposition applicable du Règlement (l’al. 10(3)(f)) est une exception à la règle générale de la confidentialité énoncée en ces termes au par. 10(1) :

[TRADUCTION]

Le propriétaire, le détaillant, l’agent, l’employé, l’entrepreneur ou le mandataire d’un propriétaire ou d’un détaillant ne peuvent communiquer à qui que ce soit des renseignements sur un client sans le consentement de la personne visée par ces renseignements . . .

Comme il constitue une exception à cette règle générale, l’al. 10(3)(f) doit être interprété de façon restrictive. Il doit aussi être interprété conformément à nos valeurs constitutionnelles, notamment celles relatives au respect de la vie privée, à l’inviolabilité du foyer et à la protection contre les fouilles, les saisies et les perquisitions abusives.

[148] Bien que Enmax ait la faculté de décider de recueillir de telles données concernant ses clients de son propre chef et pour ses propres besoins, elle ne l’a pas fait et n’a manifesté aucune intention en

information, we reiterate once more, was gathered in response to a police request for assistance with a criminal investigation. It did not exist prior to the police action. In our view, the regulatory scheme should not be interpreted to authorize police agents to act in a manner forbidden to the police themselves.

[149] Accordingly, we are of the view that the Crown has not demonstrated that the search was authorized by law.

#### IV. Remedy

[150] For the reasons given, we are satisfied that Mr. Gomboc's rights under s. 8 of the *Charter* were infringed in this case. We now turn to the question of remedy.

[151] Before this Court, the Crown made no submissions under s. 24(2) regarding the issue of exclusion of the evidence obtained. Instead, we have been urged by both the Crown and Mr. Gomboc's counsel to return the file to the trial court for a determination under s. 24(2) of the *Charter*, should we find that the DRA data was acquired by the police in violation of s. 8. This was the order made in the Court of Appeal, since it is common ground that the s. 24(2) issue requires further evidence and argument.

[152] In the result, we would affirm the judgment of the Court of Appeal and dismiss the Crown's appeal against that judgment to this Court.

ce sens dans le cas qui nous occupe. Les renseignements en question, nous le répétons une fois de plus, ont été recueillis en réponse à une demande d'assistance de la part de la police, pour les besoins d'une enquête criminelle. Ces renseignements n'existaient pas avant l'intervention de la police. À notre avis, le régime de réglementation ne saurait être interprété de façon à permettre à des personnes agissant pour le compte de la police de faire ce que la police elle-même n'est pas autorisée à faire.

[149] Par conséquent, nous sommes d'avis que le ministère public n'a pas démontré que la perquisition était autorisée par la loi.

#### IV. Réparation

[150] Pour les motifs exposés précédemment, nous sommes convaincus qu'il a été porté atteinte aux droits garantis à M. Gomboc par l'art. 8 de la *Charte*. Nous passons maintenant à la question de la réparation.

[151] Devant la Cour, le ministère public n'a présenté aucune observation, en vertu du par. 24(2), au sujet de l'exclusion des éléments de preuve recueillis. Les avocats du ministère public et de M. Gomboc nous demandent plutôt, si nous concluons que les données enregistrées par l'AN ont été obtenues en contravention de l'art. 8 par les policiers, de renvoyer l'affaire à la juridiction de première instance pour qu'elle statue sur la question touchant le par. 24(2) de la *Charte*. C'est ce que la Cour d'appel avait ordonné, puisqu'il est admis que l'examen de cette question requiert la présentation d'éléments de preuve et d'arguments supplémentaires.

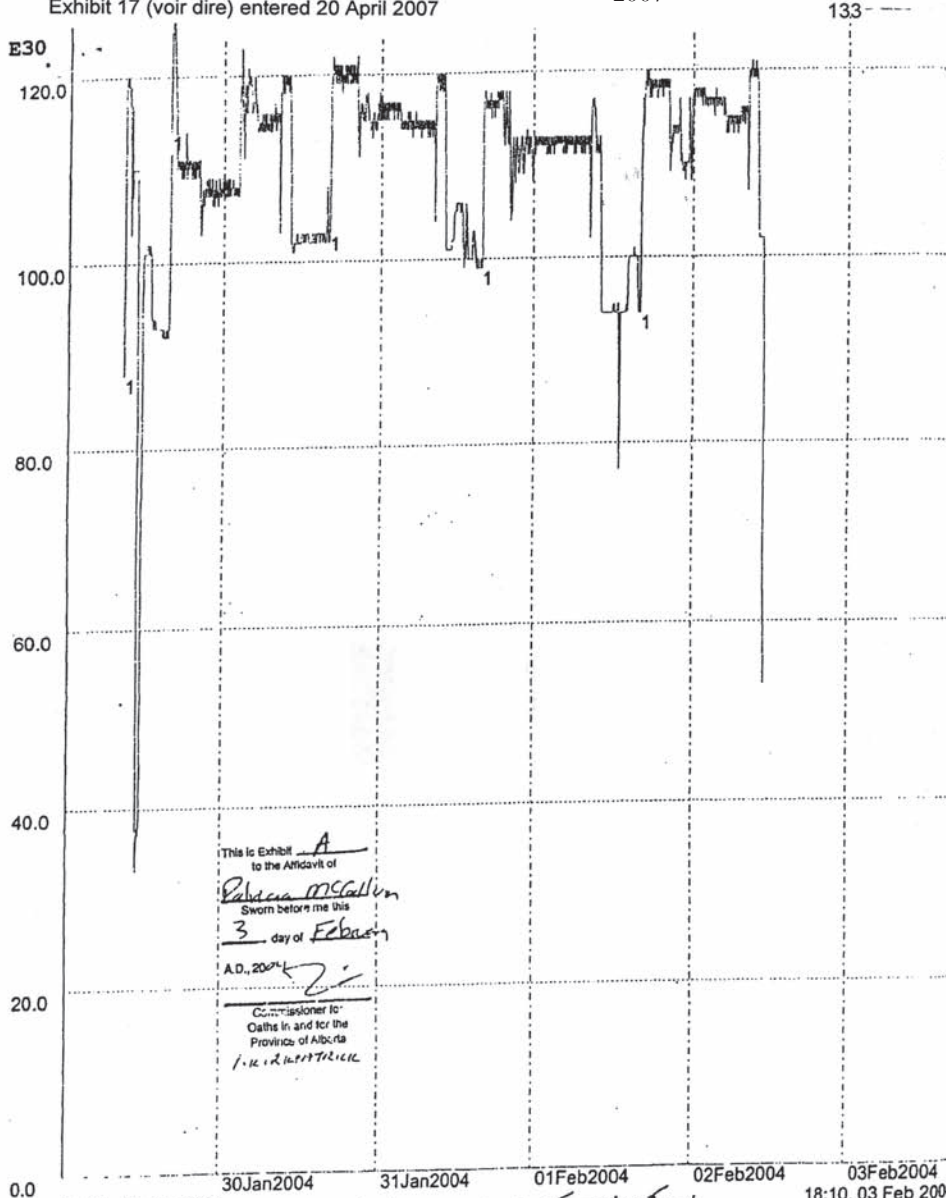
[152] En conséquence, nous sommes d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rejeter le pourvoi formé par le ministère public devant notre Cour à l'encontre de cet arrêt.

APPENDIX

ANNEXE

[TRADUCTION] Graphique de l'AN daté du 3 février 2004  
Pièce 17 (voir-dire) déposée le 20 avril 2007

DRA Graph dated 03 February 2004  
Exhibit 17 (voir dire) entered 20 April 2007



This is Exhibit A  
to the Affidavit of  
Richard McCallum  
Sworn before me this  
3 day of February  
A.D., 2004  
[Signature]  
Commissioner for  
Oaths in and for the  
Province of Alberta  
[Signature]

01:00, 29 Jan 2004  
1 = S/N: 243

16762 SOMERCHEST STREET S.W.  
LoadPlot 2 (C) 1999 Dura Controls Inc., Page 1 of 1

18:10, 03 Feb 2004  
[Signature]  
12 21-11

*Appeal allowed, MCLACHLIN C.J. and FISH J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: Stewart & Andrews, Calgary.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Quebec.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Neuberger Rose, Toronto.*

*Pourvoi accueilli, la juge en chef MCLACHLIN et le juge FISH sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimé : Stewart & Andrews, Calgary.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Neuberger Rose, Toronto.*