

Vice Media Canada Inc. and Ben Makuch
Appellants

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Aboriginal Peoples Television Network, Advocates in Defence of Expression in Media, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression, Canadian Media Guild/Communications Workers of America Canada, Centre for Free Expression, Global News, a Division of Corus Television Limited Partnership, Postmedia Network Inc., Canadian Broadcasting Corporation, Canadian Muslim Lawyers Association, Media Legal Defence Initiative, Reporters Without Borders, Reporters Committee for Freedom of the Press, Media Law Resource Centre, International Press Institute, Article 19, Pen International, Pen Canada the Canadian Centre of Pen International, Index on Censorship, Committee to Protect Journalists, World Association of Newspapers and News Publishers, International Human Rights Program, British Columbia Civil Liberties Association and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. VICE MEDIA CANADA INC.
2018 SCC 53

File No.: 37574.

2018: May 23; 2018: November 30.

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

Média Vice Canada Inc. et Ben Makuch
Appelants

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureure générale de l'Ontario, Réseau de télévision des peuples autochtones, Avocats pour la défense de l'expression dans les médias, Association Canadienne des Journalistes, Canadian Journalists for Free Expression, Guilde canadienne des médias/Syndicat des Communications d'Amérique Canada, Centre for Free Expression, Global News, a Division of Corus Television Limited Partnership, Postmedia Network Inc., Société Radio-Canada, Association canadienne des avocats musulmans, Media Legal Defence Initiative, Reporters Sans Frontières, Reporters Committee for Freedom of the Press, Media Law Resource Centre, International Press Institute, Article 19, Pen International, Pen le Centre Canadien de Pen International, Index on Censorship, Committee to Protect Journalists, World Association of Newspapers and News Publishers, International Human Rights Program, British Columbia Civil Liberties Association et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MÉDIA VICE CANADA INC.
2018 CSC 53

N° du greffe : 37574.

2018 : 23 mai; 2018 : 30 novembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Media — Framework governing applications by police for search warrants and production orders — Police obtaining ex parte production order compelling media organization and journalist to hand over instant messages exchanged with suspected terrorist — Whether current framework provides adequate protection to media in view of special role it plays in free and democratic society — Whether production order validly issued — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Criminal law — Production orders — Standard of review — Notice — Police obtaining ex parte production order compelling media organization and journalist to hand over instant messages exchanged with suspected terrorist — Standard of review applicable to production and other investigative orders relating to media — Whether presumptive notice requirement should be imposed when police seeking production order or search warrant in relation to media — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.014.

A media organization and one of its journalists (together, “Vice Media”) wrote and published three news stories in 2014 based on exchanges between the journalist and a source, a Canadian man suspected of having joined a terrorist organization in Syria. The articles contained statements by the source that, if true, could provide strong evidence implicating him in multiple terrorism offences. The RCMP successfully applied *ex parte* to the Ontario Court of Justice, under s. 487.014 of the *Criminal Code*, for an order directing Vice Media to produce the screen captures of the messages exchanged with the source. Rather than producing that material, Vice Media brought an application in the Superior Court to quash the order. The reviewing judge dismissed Vice Media’s challenge to the production order, holding that it was open to the authorizing judge to conclude that the media’s interest was outweighed by the public interest in obtaining reliable evidence of very serious terrorism offences. The Court of Appeal dismissed Vice Media’s appeal.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’expression — Média — Cadre d’analyse applicable aux demandes visant l’obtention de mandats de perquisition et d’ordonnances de communication présentées par la police — Obtention par la police d’une ordonnance de communication ex parte intimant à un organe de presse et à un journaliste de remettre des messages échangés par messagerie texte instantanée avec un individu soupçonné de terrorisme — Le cadre d’analyse actuel offre-t-il une protection suffisante aux médias compte tenu du rôle particulier qu’ils jouent dans une société libre et démocratique? — L’ordonnance de communication a-t-elle été délivrée valablement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit criminel — Ordonnances de communication — Norme de contrôle — Préavis — Obtention par la police d’une ordonnance de communication ex parte intimant à un organe de presse et à un journaliste de remettre des messages échangés par messagerie texte instantanée avec un individu soupçonné de terrorisme — Norme de contrôle applicable aux ordonnances de communication et à d’autres ordonnances d’investigation en lien avec les médias — Y a-t-il lieu d’imposer une obligation présumée de signifier un avis lorsque la police sollicite une ordonnance de communication ou un mandat de perquisition en lien avec un média? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 487.014.

Un organe de presse et un de ses journalistes (ensemble, « Média Vice ») ont écrit et publié trois articles en 2014 fondés sur les échanges entre le journaliste et une source, un Canadien soupçonné d’avoir rallié une organisation terroriste en Syrie. Les articles faisaient état de déclarations de la source qui, si elles s’avèrent exactes, pourraient fournir des éléments de preuve solide de sa participation à de multiples infractions terroristes. La GRC a sollicité *ex parte* et obtenu une ordonnance de la Cour de justice de l’Ontario en application de l’art. 487.014 du *Code criminel*, pour qu’il soit intimé à Média Vice de produire les captures d’écran des messages échangés avec la source. Plutôt que de produire ces documents, Média Vice a présenté une demande à la Cour supérieure pour que l’ordonnance soit annulée. Le juge chargé de la révision a rejeté la contestation de l’ordonnance de communication par Média Vice, concluant que le juge saisi de la demande pouvait statuer que l’intérêt du public dans l’obtention d’éléments de preuve fiables attestant de la perpétration d’infractions très sérieuses de terrorisme l’emportait sur l’intérêt du média. La Cour d’appel a rejeté l’appel interjeté par Média Vice.

Held: The appeal should be dismissed. The production order was properly issued and should be upheld.

Per Moldaver, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.: The framework set out in *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, and its companion case, *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, continues to provide a suitable model for considering applications for search warrants and production orders relating to the media and provides adequate protection to the media and the special role it plays in Canadian society. However, certain aspects of that framework should be refined: its factors should be reorganized; the effect of prior partial publication of the materials sought should be assessed on a case-by-case basis; and a modified standard of review should be adopted when reviewing an order related to the media that was made *ex parte*.

The *Lessard* framework, which seeks to balance the state's interest in the investigation and prosecution of crime and the media's right to privacy in gathering and disseminating the news, sets out nine factors for judges to consider when determining whether to issue a search warrant relating to the media. These factors should be reorganized to make them easier to apply in practice. On an application for a production order against the media, a four-part analysis should be applied: (1) the authorizing judge must consider whether to exercise his or her discretion to require notice to the media; (2) all statutory preconditions must be met; (3) the authorizing judge must balance the state's interest in the investigation and prosecution of crimes and the media's right to privacy in gathering and disseminating the news; and (4) if the authorizing judge decides to exercise his or her discretion to issue the order, he or she should consider imposing conditions to ensure that the media will not be unduly impeded in the publishing and dissemination of the news.

With respect to the first stage of the analysis, a presumptive notice requirement should not be imposed in situations where the police are seeking a production order in relation to the media. The traditional model of *ex parte* applications gives effect to the language of the *Criminal Code* and to this Court's decision in *R. v. National Post*,

Arrêt : L'appel est rejeté. L'ordonnance de communication a été rendue comme il se doit et sa validité devrait être confirmée.

Le juge Moldaver et les juges Gascon, Côté, Brown et Rowe : Le cadre d'analyse énoncé dans *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, et la cause connexe, *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, constitue encore un modèle convenable pour juger du bien-fondé des demandes visant l'obtention de mandats de perquisition et d'ordonnances de communication en lien avec les médias et protège adéquatement les médias et le rôle particulier qu'ils jouent dans la société canadienne. Cependant, certains aspects de ce cadre doivent être précisés : ses facteurs doivent être réorganisés; l'effet d'une publication partielle antérieure des renseignements doit être évalué au cas par cas; et une version modifiée de la norme de contrôle doit être adoptée lors de l'examen d'une ordonnance rendue *ex parte* en lien avec un média.

Le cadre d'analyse énoncé dans *Lessard*, qui vise à mettre en balance l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations, dresse une liste de neuf facteurs dont les juges doivent tenir compte lorsqu'ils décident s'ils doivent délivrer un mandat de perquisition en lien avec les médias. Ces facteurs doivent être réorganisés pour en faciliter l'application en pratique. Pour trancher une demande relative à une ordonnance de communication en lien avec un média, il faut procéder à une analyse en quatre étapes : (1) le juge saisi de la demande doit établir s'il y a lieu qu'il exige, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, que le média soit avisé; (2) toutes les conditions légales préalables doivent être réunies; (3) le juge saisi de la demande doit mettre en balance l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs, d'une part, et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations, d'autre part; et (4) si le juge saisi de la demande décide de décerner l'ordonnance en vertu de son pouvoir discrétionnaire, il doit envisager d'assortir celle-ci de conditions pour que le média ne soit pas indûment empêché de publier et de diffuser les informations.

En ce qui a trait à la première étape de l'analyse, il n'y a pas lieu d'imposer une obligation présumée de signifier un avis dans les situations où les services de police sollicitent une ordonnance de communication en lien avec un média. Le modèle traditionnel de demandes *ex parte* donne effet au texte du *Code criminel* et à la

2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477. The *Criminal Code* permits *ex parte* applications for production orders, subject to the authorizing judge's overriding discretion to require notice where he or she deems appropriate. Absent urgency or other circumstances that justify proceeding *ex parte*, the authorizing judge may find it desirable to require that notice be given to the media, especially if he or she considers that more information is necessary to properly balance the rights and interests at stake. However, that conclusion is not mandatory. The police should show some evidentiary basis for why there is urgency or other circumstances that justify proceeding *ex parte*; bare assertions will not provide a basis for doing so. A broad and unsupported claim that the media is unlikely to cooperate with police or that the media could theoretically put the materials beyond the reach of authorities if notice were to be given should not suffice.

In performing the balancing exercise at the third stage of the analysis, the authorizing judge should consider all of the circumstances, including, but not limited to, the likelihood and extent of any potential chilling effects; the scope of the materials sought by the police and whether the order sought is narrowly tailored; the likely probative value of the materials; whether there are alternative sources from which the information may reasonably be obtained and, if so, whether the police have made all reasonable efforts to obtain the information from those sources; the effect of prior partial publication of the materials sought; and more broadly, the vital role that the media plays in the functioning of a democratic society and the fact that the media will generally be an innocent third party. The decision as to whether to grant the order sought is discretionary, and the relative importance of the various factors guiding that discretion will vary from case to case. Although chilling effects cannot be overlooked, they should not be presumed in all cases regardless of the circumstances; rather, the existence and extent of any potential chilling effects should be assessed on a case-by-case basis. Further, the distinction between confidential and non-confidential sources should not be erased. Additionally, a strict necessity test for production orders should not be imposed. While probative value may be a relevant consideration, requiring the police to demonstrate that a production order is necessary to secure a conviction would effectively transform the production order application into a trial of the alleged

décision de la Cour dans *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477. Le *Code criminel* permet de présenter une demande *ex parte* afin d'obtenir une ordonnance de communication, sous réserve du pouvoir discrétionnaire prépondérant du juge saisi de la demande qui peut exiger qu'un avis soit donné lorsqu'il le juge approprié. En l'absence de situations d'urgence ou d'autres circonstances qui peuvent justifier la procédure *ex parte*, le juge saisi de la demande peut fort bien conclure qu'il est préférable d'aviser le média, surtout s'il ou elle considère qu'il serait nécessaire de disposer de plus de renseignements pour mettre correctement en balance les droits et intérêts en jeu. Le juge n'est toutefois pas tenu de tirer une telle conclusion. Les policiers doivent faire état de certains éléments de preuve qui expliquent pourquoi il y a une situation d'urgence ou d'autres circonstances qui justifient la tenue d'une audience *ex parte*; de simples affirmations ne sauraient servir de fondement pour ce faire. Une allégation générale et non étayée selon laquelle il est improbable que le média coopère avec les services de police ou qu'il puisse théoriquement mettre les renseignements hors de portée des autorités si un avis est donné ne devrait pas être suffisante.

Lorsqu'il procède à la mise en balance prévue à la troisième étape de l'analyse, le juge saisi de la demande doit tenir compte de l'ensemble des circonstances, y compris, notamment, la probabilité qu'il y ait des effets dissuasifs et l'étendue de ceux-ci, le cas échéant; la portée des renseignements demandés par la police et la question de savoir si l'ordonnance demandée est formulée de façon restrictive; la valeur probante éventuelle des renseignements; la question de savoir s'il existe d'autres sources desquelles les renseignements peuvent raisonnablement être obtenus et, dans l'affirmative, si les services de police ont déployé tous les efforts raisonnables pour obtenir les renseignements auprès de ces sources; l'effet de la publication partielle antérieure des renseignements demandés; et, de façon plus générale, le rôle vital que jouent les médias dans le fonctionnement d'une société démocratique et le fait qu'ils sont généralement des tiers innocents. La décision de décerner ou non l'ordonnance relève d'un pouvoir discrétionnaire, et l'importance relative des divers facteurs guidant l'exercice de ce pouvoir variera d'une affaire à l'autre. Même s'il ne faut pas négliger les effets dissuasifs, il ne faudrait pas simplement présumer qu'il s'en produirait dans tous les cas, quelles que soient les circonstances; l'existence et l'étendue de tout effet éventuel de cette nature devraient être évaluées au cas par cas. De plus, il ne faut pas écarter la distinction entre les sources confidentielles et celles qui ne le sont pas. Qui plus est, le critère de stricte nécessité

offence on the merits and would seriously undermine the ability of the police to investigate and gather evidence of potential criminality.

Rather than being assessed as an independent factor to be considered on its own, prior partial publication of the information sought should now be treated as part of the overall *Lessard* balancing exercise. While prior partial publication was considered in *Lessard* as a factor that always militates in favour of granting an order, the effect of prior partial publication should now be assessed on a case-by-case basis. Prior partial publication should not necessarily lessen the degree of protection afforded to the unpublished materials, since permitting state access to these materials still interferes with the media's right to privacy in gathering and disseminating the news and compelled production of these materials may still cause chilling effects. In determining the effect of prior partial publication, the authorizing judge should consider all the circumstances, including the nature of the materials (both published and unpublished) and how much of the full body of materials has already been published. This more nuanced approach adds greater flexibility to the *Lessard* framework and permits a more contextual inquiry.

The standard of review to be applied to *ex parte* production orders targeting the media should be a modified version of the standard set out in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421. The traditional *Garofoli* approach, namely, whether in light of the record before the authorizing judge, as amplified on review, the latter could have granted the authorization, is highly deferential and, in some cases, works unfairness due to absence of the media at the authorization stage. In such circumstances, the authorizing judge would have performed the *Lessard* analysis without having fully weighed both sides of the scale. A decision made without having considered all of the relevant information that could reasonably have affected the outcome cannot rightly be shown deference, and therefore a fresh weighing by the reviewing judge is justified. Thus, the following test should be applied: if the media points to information not before the authorizing judge that, in the reviewing judge's opinion, could reasonably have affected

ne doit pas être imposé. Même si la valeur probante peut être un facteur pertinent, exiger que les policiers démontrent qu'une ordonnance de communication est nécessaire pour obtenir une déclaration de culpabilité transformerait en fait la demande de communication en un procès sur le fond de l'infraction reprochée et entraverait grandement la capacité de la police à mener une enquête et à obtenir des éléments de preuve à l'égard de possibles crimes.

Plutôt que de considérer la publication partielle antérieure des renseignements demandés comme un facteur indépendant, il faut désormais la considérer comme un aspect du critère global de mise en balance établi dans *Lessard*. Même si, dans cet arrêt, la publication partielle antérieure a été considérée comme un facteur qui milite toujours pour le prononcé de l'ordonnance, il faut évaluer l'effet d'une telle publication au cas par cas. Elle ne devrait pas nécessairement réduire la protection accordée aux renseignements non publiés, puisque le fait de permettre à l'État d'avoir accès à ce type de renseignements entrave toujours le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations et que la communication forcée des renseignements non publiés peut toujours causer un effet dissuasif. Pour évaluer l'effet de la publication partielle antérieure, le juge saisi de la demande doit tenir compte de toutes les circonstances, y compris de la nature des renseignements (tant de ceux qui ont été publiés que de ceux qui ne l'ont pas été) et de la portion de l'ensemble complet de renseignements qui a déjà été publiée. Cette approche plus nuancée assouplit le cadre d'analyse établi dans *Lessard* et permet de procéder à une analyse plus contextuelle.

La norme de contrôle applicable aux demandes *ex parte* d'ordonnances de communication en lien avec les médias doit être une version modifiée de celle adoptée dans *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421. La norme traditionnelle établie dans cet arrêt, à savoir si, au vu du dossier qui a été soumis au juge saisi de la demande étoffé lors de la révision, le juge qui a accordé l'autorisation pouvait le faire, commande une grande déférence et, dans certains cas, crée des injustices en raison de l'absence des médias au stade de l'autorisation. Dans ces circonstances, ce juge saisi de la demande aurait effectué l'analyse énoncée dans *Lessard* sans avoir pleinement mis en balance les différents intérêts en jeu. Une décision qui a été prise sans que tous les renseignements pertinents raisonnablement susceptibles d'avoir une incidence sur le résultat n'aient été examinés ne peut à bon droit être traitée avec déférence; il est donc justifié, dans ces circonstances, que le juge chargé de la révision procède à une nouvelle mise en

the authorizing judge's decision to issue the order, then the media will be entitled to a *de novo* review. If, on the other hand, the media fails to meet this threshold requirement, then the traditional *Garofoli* standard will apply. Where the media was given notice and appeared before the authorizing judge, there is generally good reason to apply the traditional *Garofoli* standard on review, since permitting a *de novo* review may do little more than add unnecessary time and expense.

Applying the refined *Lessard* framework to the facts of this case, the production order should not be set aside. First, it was open to the authorizing judge to proceed *ex parte* and decline to exercise his discretion to require notice. The authorizing judge was justified in relying on the police's explanation for seeking the order *ex parte*, which included the risk that Vice Media could move the materials beyond the reach of Canadian courts if alerted to the police's interest in the material. Vice Media did not point to any information not before the authorizing judge that could reasonably have affected the decision to issue the order. Accordingly, the traditional *Garofoli* standard of review applies. Second, the statutory pre-conditions for the issuance of a production order were satisfied. Notably, the evidence of the police provided reasonable grounds to believe that (1) the source had committed certain offences; (2) Vice Media had in its possession the materials sought; and (3) those materials would afford evidence respecting the commission of the alleged offences. Third, based on the record, it was open to the authorizing judge in conducting the *Lessard* balancing exercise to conclude that the state's interest in the investigation and prosecution of crime outweighed the media's right to privacy in gathering and disseminating the news. Even on a *de novo* review, the order was properly granted. Disclosure of the materials sought would not reveal a confidential source; no "off the record" or "not for attribution" communications would be disclosed; there is no alternative source through which the materials sought may be obtained; the source used the media to publicize his activities with a terrorist organization as a sort of spokesperson on its behalf; and the state's interest in investigating and prosecuting allegations of serious terrorism offences weighs heavily in the balance. Fourth, the authorizing judge imposed adequate terms in the production order, providing Vice Media with ample time to comply with the order. Vice Media thus had sufficient

balance. Ainsi, il faut appliquer le test suivant : si le média expose des renseignements qui n'ont pas été portés à la connaissance du juge saisi de la demande et qui, selon le juge chargé de la révision, auraient pu raisonnablement avoir une incidence sur la décision du premier juge de délivrer l'ordonnance, le média aura droit à une révision *de novo*. Si, par contre, le média ne respecte pas cette exigence minimale, la norme traditionnelle établie dans *Garofoli* s'appliquera. Lorsque le média a reçu un avis et comparu devant le juge saisi de la demande, il existe généralement de bonnes raisons d'appliquer la norme de contrôle *Garofoli* traditionnelle puisque permettre une révision *de novo* ne ferait guère plus qu'ajouter des délais et des dépenses indus.

En appliquant aux faits de la présente cause le cadre d'analyse établi dans *Lessard* et désormais peaufiné, il appert que l'ordonnance de communication doit être maintenue. Premièrement, le juge saisi de la demande pouvait entendre la demande *ex parte* et, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, refuser d'exiger l'envoi d'un avis. Le juge chargé de la demande était justifié de se fonder sur les raisons pour lesquelles les policiers ont demandé une audience *ex parte*, soit notamment le risque que Média Vice mette les renseignements hors de la portée des tribunaux canadiens une fois informée de l'intérêt qu'ils suscitent pour les services de police. Média Vice n'a relevé aucun renseignement qui n'a pas été soumis au juge saisi de la demande et qui aurait raisonnablement pu avoir une incidence sur sa décision de délivrer l'ordonnance. En conséquence, c'est la norme traditionnelle établie dans *Garofoli* qui s'applique. Deuxièmement, les exigences législatives initiales applicables à la délivrance d'une ordonnance de communication étaient respectées. Plus particulièrement, la preuve présentée par la police fournissait des motifs raisonnables de croire que (1) la source avait commis certaines infractions; (2) Média Vice avait en sa possession les renseignements sollicités; et (3) ces renseignements offriraient des éléments de preuve concernant la perpétration des infractions présumées. Troisièmement, selon le dossier, le juge saisi de la demande pouvait, en procédant à la mise en balance prévue par l'arrêt *Lessard*, conclure que l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leur auteur prévalait sur le droit du média à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations. Même au terme d'un examen *de novo*, il faudrait conclure que l'ordonnance de communication a été décernée à bon droit. La communication des renseignements recherchés ne révélerait pas l'identité d'une source confidentielle; aucune communication faite « à titre confidentiel » ou « sous le couvert de l'anonymat » ne serait divulguée; il n'existe aucune autre source par qui

opportunity to move to have the production order set aside, as it did.

It is neither necessary nor appropriate in this case to formally recognize that freedom of the press enjoys distinct and independent constitutional protection under s. 2(b) of the *Charter*. The appeal can readily be disposed of without rethinking s. 2(b), and the matter was not fully argued by the parties or considered by the courts below.

Finally, this case does not engage the new *Journalistic Sources Protection Act* because the facts arose before the legislation came into force.

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Martin J.J.: A strong, independent and responsible press ensures that the public's opinions about its democratic choices are based on accurate and reliable information. This is not a democratic luxury — there can be no democracy without it. Section 2(b) of the *Charter* contains a distinct constitutional press right which protects the media's core expressive functions — its right to gather and disseminate information for the public benefit without undue interference. The press enjoys this constitutional protection, not only because “freedom of the press and other media” is specifically mentioned in the text of s. 2(b), but also because of its distinct and independent role.

Strong constitutional safeguards against state intrusion are a necessary precondition for the press to perform its essential democratic role effectively. A vigorous, rigorous, and independent press holds people and institutions to account, uncovers the truth, and informs the public. It further provides the public with the information it needs to engage in informed debate.

Given the media's unique role, the purpose underlying protection for the press in s. 2(b) is related to, but separate from, the broader guarantee of freedom of expression.

il serait possible d'obtenir les renseignements demandés; la source a utilisé le média, en tant en quelque sorte que porte-parole pour elle, afin de rendre publiques ses activités auprès d'un groupe terroriste; et l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes allégués d'infractions graves de terrorisme et à poursuivre leur auteur pèse lourd dans la balance. Quatrièmement, le juge saisi de la demande a assorti l'ordonnance de communication de conditions adéquates, qui donnaient à Média Vice amplement de temps pour se conformer à l'ordonnance, ce qui lui laissait suffisamment l'occasion de chercher à faire annuler l'ordonnance de communication, comme elle l'a d'ailleurs fait.

Il n'est ni nécessaire ni approprié en l'espèce de reconnaître officiellement que la liberté de la presse jouit d'une protection constitutionnelle distincte et indépendante aux termes l'al. 2b) de la *Charte*. Le présent pourvoi peut être facilement tranché sans repenser l'al. 2b), et la question n'a pas été pleinement débattue par les parties ou examinée par les tribunaux d'instances inférieures.

Enfin, la présente affaire ne met pas en cause la nouvelle *Loi sur la protection des sources journalistiques*, parce que les faits se sont produits avant son entrée en vigueur.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis et Martin : Une presse forte, indépendante et responsable garantit que les opinions du public quant à ses choix démocratiques soient fondées sur des renseignements exacts et fiables. Cela n'est pas un luxe démocratique — il ne peut y avoir de démocratie sans elle. L'alinéa 2b) de la *Charte* traite d'un droit constitutionnel distinct pour la presse, qui protège ses fonctions essentielles d'expression — sa capacité de recueillir et de diffuser des renseignements pour le bien public, sans ingérence indue. La presse jouit de cette protection constitutionnelle non seulement parce que « la liberté de la presse et des autres moyens de communication » est spécifiquement nommée dans le texte de l'al. 2b), mais également en raison de son rôle distinct et indépendant.

Des garanties constitutionnelles fortes contre les intrusions de l'État sont des conditions préalables nécessaires pour que la presse puisse exercer efficacement son rôle démocratique essentiel. Une presse vigoureuse, rigoureuse et indépendante tient les individus et les institutions responsables, découvre la vérité et informe le public. Elle fournit en outre au public l'information dont il a besoin pour participer à un débat éclairé.

Compte tenu du rôle unique joué par les médias, l'objet sous-jacent de la protection de la presse prévue à l'al. 2b) a un lien avec la protection plus large de la liberté

When the state seeks access to information in the hands of the media through a production order, both the press' s. 2(b) rights and s. 8 *Charter* privacy rights are engaged. A rigorously protective harmonized analysis is therefore required.

The press' s. 2(b) right includes not only the right to transmit news and other information, but also the right to gather this information without undue interference from government. Section 2(b)'s press and media guarantee includes protection for journalistic work product, such as a reporter's personal notes, recordings of interviews, or source contact lists. It also includes protecting communications with confidential sources as well as those whose comments are "off the record" or "not for attribution". And it includes protecting the journalist's documentation of his or her investigative work. These are the indispensable tools which help the press gather, assess and disseminate information.

This Court previously set out the approach for how s. 8 applies to production orders when the target is the press in *Lessard* and its companion case, *New Brunswick*. In these cases, the Court held that there must be a balancing of the constitutional s. 8 privacy rights of the press with the interests of the state in investigating crime. Both cases were decided on the assumption that although the press had enhanced privacy interests under s. 8, there was no distinct role for the press' s. 2(b) rights.

An approach based solely on s. 8 privacy rights is no longer sustainable. Recognizing a distinct press guarantee in s. 2(b) of the *Charter* means that the press is no longer just the "backdrop" referred to in *New Brunswick*. An independent, distinct protection for the press in s. 2(b) requires an approach that explicitly addresses those rights, as well as the s. 8 privacy rights. The fact that *both* constitutional rights for the press are engaged suggests a new harmonized analysis, in which the press' right to be secure against unreasonable search and seizure *as well* as its right to be protected from undue interference with legitimate newsgathering activities, are explicitly taken into account.

d'expression, tout en étant distinct d'elle. Lorsque l'État sollicite, au moyen d'une ordonnance de communication, l'accès à des renseignements qui sont entre les mains des médias, les droits garantis à la presse par l'al. 2b) ainsi que ses droits au respect de la vie privée, protégés par l'art. 8 de la *Charte*, entrent en jeu. Il faut donc procéder à une analyse harmonisée rigoureusement protectrice.

Le droit de la presse protégé par l'al. 2b) comprend non seulement le droit de transmettre des nouvelles et d'autres informations, mais également le droit de collecter cette information sans l'intervention indue du gouvernement. La protection de la liberté de la presse et des médias prévue à l'al. 2b) comprend la protection du produit du travail journalistique, comme les notes personnelles d'un journaliste, les enregistrements d'entrevues ou les listes de ses sources ainsi que leurs coordonnées. Elle comprend aussi les communications non seulement avec les sources confidentielles, mais aussi avec ceux dont les commentaires ont été faits « à titre confidentiel » ou « sous réserve d'anonymat ». Elle inclut en outre la protection de la documentation du journaliste relative à son travail d'enquête. Il s'agit d'outils indispensables pour aider la presse à recueillir, à évaluer et à diffuser l'information.

La Cour a déjà établi, dans l'arrêt *Lessard* et dans la décision connexe *Nouveau-Brunswick*, la façon dont l'art. 8 s'applique aux ordonnances de communication lorsque la cible est la presse. Dans ces jugements, la Cour a statué qu'il faut établir un équilibre entre le droit protégé par l'art. 8 de la *Charte* à la vie privée du média et l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes. Les deux causes ont été décidées en partant de l'hypothèse que même si la presse avait des intérêts accrus en matière de protection de la vie privée suivant l'art. 8, il n'y avait pas de rôle distinct pour le droit de la presse protégé par l'al. 2b).

Une approche fondée uniquement sur le droit à la vie privée prévu à l'art. 8 n'est plus viable. La reconnaissance d'une protection distincte pour la presse à l'al. 2b) de la *Charte* signifie qu'elle ne serait plus seulement la « toile de fond » dont il était question dans *Nouveau-Brunswick*. Une protection indépendante et distincte pour la presse découlant de l'al. 2b) exige une approche qui viserait explicitement ces droits, ainsi que les droits à la vie privée que garantit l'art. 8. Le fait que les *deux* droits constitutionnels de la presse soient engagés suggère qu'il faille adopter une nouvelle analyse harmonisée, dans laquelle on tiendrait compte explicitement du droit de la presse d'être à l'abri des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives *ainsi que* de son droit d'être protégé contre toute ingérence indue dans ses activités légitimes de collecte d'informations.

What is now required is a proportionality inquiry showing that the benefit of the state's interests in obtaining the information outweighs the harmful impact on the press' constitutionally protected s. 8 and s. 2(b) rights. Among the considerations to be weighed by authorizing judges are: the media's reasonable expectation of privacy; whether there is a need to target the press at all; whether the evidence is available from any other source, and if so, whether reasonable steps were taken to obtain it; and whether the proposed order is narrowly tailored to interfere with the press' rights no more than necessary. Generally, the more intrusive the proposed order is on the s. 8 privacy and s. 2(b) rights of the media, the greater the impact on the press' ability to gather and publish the news. And, in turn, the greater the harmful impact on the public's right to know the fruits of the press' activities. An obvious collateral impact on the press of being required to comply with a production order is a chilling effect not only on the particular press being targeted, but on the press generally.

On the other side of the balance, the more serious the crime under investigation, the more cogent the evidence sought and the more urgent the investigative need, the stronger the state's interest will be. While the cogency of the evidence is a relevant consideration, an assessment of whether it is necessary for the Crown to obtain a conviction is not required in evaluating the strength of the state's interest.

Recognizing that s. 2(b) requires a more rigorous approach to authorizations against the press compels clarification of some aspects of the jurisprudence, the first being the relevance of prior publication. One of the media's core functions is the exercise of discretion over what is and is not published, and there is often an expanse of unpublished material behind each published story. State access to the unpublished portion clearly interferes with both privacy and newsgathering. Where part or all of a communication with a journalist was intended or understood to be "off the record", it too is entitled to protection from disclosure requirements. This aligns with the need to protect journalists' source materials even where the identification of a confidential source is not at issue.

Ce qu'il faut désormais, c'est une analyse de la proportionnalité démontrant que le bénéfice que retirerait l'État de l'obtention de l'information l'emporte sur l'atteinte aux droits de la presse protégés constitutionnellement par l'art. 8 et l'al. 2b). Les juges prendraient en considération notamment les facteurs suivants : l'attente raisonnable des médias en matière de respect de la vie privée; s'il est nécessaire de cibler la presse; si la preuve est disponible d'une autre source et, dans l'affirmative, si des mesures raisonnables ont été prises pour l'obtenir; et si l'ordonnance proposée est étroitement adaptée pour ne porter atteinte aux droits de la presse que dans la mesure nécessaire. Généralement, plus l'ordonnance proposée est intrusive à l'égard des droits des médias garantis par l'art. 8 et par l'al. 2b), plus l'impact sur la capacité de la presse de recueillir et de publier les nouvelles est important et, par conséquent, plus l'atteinte au droit du public de connaître les fruits des activités de la presse est grand. Une incidence collatérale évidente du fait que la presse puisse être contrainte de se conformer à une ordonnance de communication est un effet dissuasif non seulement sur l'organe de presse ciblé, mais aussi sur la presse en général.

Le pendant de cet effet dissuasif, c'est que plus le crime faisant l'objet de l'enquête est grave, plus la preuve recherchée est convaincante et plus le besoin d'enquête est urgent, plus l'intérêt de l'État est élevé. Bien que la force probante de la preuve soit une considération pertinente, il ne serait pas approprié d'exiger une évaluation de la nécessité que la Couronne présente les éléments de preuve en cause pour obtenir une déclaration de culpabilité.

Si l'on reconnaît que l'al. 2b) exige d'adopter une approche plus rigoureuse pour autoriser des perquisitions contre la presse, il faut également clarifier certains éléments qui ressortent de la jurisprudence dont, en premier lieu, la pertinence de la publication antérieure. Les médias ont notamment pour fonction principale d'exercer un pouvoir discrétionnaire pour décider ce qui est publié et ce qui ne l'est pas, et derrière les articles publiés ou les reportages diffusés, il y a souvent une quantité importante d'informations qui n'est pas rendue publique. L'accès qu'aurait l'État aux renseignements non publiés serait clairement une ingérence tant dans la vie privée du média que dans ses activités de collecte d'informations. Lorsqu'une partie ou la totalité d'une communication avec un journaliste était destinée à être faite « à titre confidentiel » ou comprise comme devant être telle, elle aussi a droit à une protection contre les exigences en matière de communication. Cette vision est conforme à la nécessité de protéger l'information fournie par les sources des journalistes même lorsque l'identification d'une source confidentielle n'est pas en litige.

Finally, this Court has interpreted provisions similar to s. 487.014(1) of the *Criminal Code* to permit, but not require, *ex parte* proceedings. There are strong rationales for requiring notice to the press in cases like this. If the authorizing judge lacks evidence and submissions from the party exclusively in possession of the information needed for the balancing — the innocent media third party whose s. 2(b) rights are engaged — there is nothing to balance. While the issue of notice is ultimately a matter within the discretion of the authorizing judge, it is highly preferable in most cases to proceed on notice to the media. Where there are exigent circumstances or a real risk of the destruction of evidence, notice may not be feasible, but these cases will be rare.

The orthodox approach for reviewing production orders set out in *Garofoli* was not designed to scrutinize whether s. 2(b) *Charter* rights were sufficiently protected. In proceedings where the press is involved, and there has been no notice before the authorizing judge, the press will not have had the opportunity to explain how the order would interfere with its work until after the authorization is made. In such cases, the press is entitled to a *de novo* balancing on the review. If, on the other hand, the press was present and able to make its case before the authorizing judge, the more deferential *Garofoli* approach would be justified.

In this case, the production order strikes a proportionate balance between the rights and interests at stake. The order is narrowly tailored, targeting only the journalist's communications with the source, and those communications are not available from any other source. The suggestion that the production order would interfere with Vice Media's newsgathering and publication functions shrivels in a context where the source was not a confidential one and wanted everything he said to be made public. Crucially, there is no suggestion that anything the source said was intended or understood to be "off the record". The journalist's own conduct shows that the relationship was not confidential in any way. Accordingly, the benefit of the state's interest in obtaining the messages outweighs any harm to Vice Media's rights.

Finalement, la Cour a interprété des dispositions similaires au par. 487.014(1) du *Code criminel* pour qu'elles permettent, mais pas pour qu'elles exigent, la tenue de procédures *ex parte*. Il existe de bonnes raisons pour exiger que la presse soit avisée dans de tels cas. Si le juge saisi de la demande n'a pas été informé par la partie qui est la seule à disposer — le média tiers innocent dont les droits protégés par l'al. 2b) sont en cause — de certains éléments de preuve ou de certaines allégations dont il a besoin pour mettre en balance les différents intérêts en cause, il n'aura rien à mettre en balance. Bien que la question de l'avis soit ultimement une question qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande, il est nettement préférable dans la plupart des cas d'aviser le média. Dans les rares cas où il existe des circonstances qui l'exigent ou un risque réel de destruction d'éléments de preuve, l'envoi d'un avis pourrait ne pas être possible.

L'approche traditionnelle pour réviser les ordonnances de communication énoncée dans *Garofoli* n'a pas été conçue pour examiner si les droits visés à l'al. 2b) de la *Charte* avaient été suffisamment protégés. Dans les procédures auxquelles elle prend part sans avoir été avisée de la demande dont le juge est saisi, la presse n'aura pas eu l'occasion avant que l'autorisation soit accordée d'expliquer comment l'ordonnance interférerait avec son travail. Dans de tels cas, la presse a droit à ce qu'une *nouvelle* mise en balance soit faite dans le contexte de la révision. Si, par contre, la presse était présente et a eu l'occasion de présenter sa thèse au juge saisi de la demande, il serait justifié d'adopter l'approche plus déférente établie dans *Garofoli*.

En l'espèce, l'ordonnance de communication représente une mise en balance proportionnée des droits et intérêts en jeu. L'ordonnance a une portée limitée et vise uniquement les communications entre le journaliste et la source, communications que ne peut fournir aucune autre source. La suggestion selon laquelle l'ordonnance de communication interférerait avec les fonctions de collecte des renseignements et de diffusion des nouvelles de Média Vice perd de son importance dans un contexte où la source n'était pas confidentielle et souhaitait que tous ses propos soient rendus publics. Fait crucial, rien ne suggère que tout ce que la source a dit était destiné à être révélé « à titre confidentiel » ou compris comme tel. La conduite du journaliste lui-même illustre que la relation n'était aucunement confidentielle. En conséquence, les avantages pour l'intérêt de l'État à obtenir les messages l'emportent sur le préjudice causé aux droits de Média Vice.

Cases Cited

By Moldaver J.

Modified: *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; **applied:** *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; **referred to:** *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *British Steel Corp. v. Granada Television Ltd.*, [1981] A.C. 1096; *Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba (Attorney General)*, 2009 MBCA 122, 250 C.C.C. (3d) 61; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 52 O.R. (3d) 757; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609.

By Abella J.

Referred to: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *Houchins v. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978); *Goodwin v. United Kingdom* (1996), 22 E.H.R.R. 123; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592; *Nagla v. Latvia*, No. 73469/10, July 16, 2013 (HUDOC); *R. (Miranda) v. Secretary of State for the Home Department*, [2016] EWCA Civ 6, [2016] 1 W.L.R. 1505; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba (Attorney General)*, 2009 MBCA 122, 250 C.C.C. (3d) 61; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney*

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts modifiés : *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; **arrêt appliqué :** *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; **arrêts mentionnés :** *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *British Steel Corp. c. Granada Television Ltd.*, [1981] A.C. 1096; *Canadian Broadcasting Corp. c. Manitoba (Attorney General)*, 2009 MBCA 122, 250 C.C.C. (3d) 61; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 52 O.R. (3d) 757; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609.

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Branzburg c. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *Houchins c. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978); *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (HUDOC); *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Nagla c. Latvia*, No. 73469/10, July 16, 2013 (HUDOC); *R. (Miranda) c. Secretary of State for the Home Department*, [2016] EWCA Civ 6, [2016] 1 W.L.R. 1505; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Canadian Broadcasting Corp. c. Manitoba (Attorney General)*, 2009 MBCA 122, 250 C.C.C. (3d) 61; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *R.*

General), [1999] 1 S.C.R. 743; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *R. v. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *World Bank Group v. Wallace*, 2016 SCC 15, [2016] 1 S.C.R. 207; *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.1(1) “journalistic source”, “journalist”.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 8.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 83.18, 83.2, 487.014 [ad. 2014, c. 31, s. 20; formerly s. 487.012], 487.0193(1), (4), 488.02(3).
Journalistic Sources Protection Act, S.C. 2017, c. 22.

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 [the *European Convention on Human Rights*], art. 10.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 1998 (loose-leaf updated July 2018, release 2).
 Cameron, Jamie. *Section 2(b)'s Other Fundamental Freedom: The Press Guarantee, 1982-2012* (2013) (online: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1270&context=clpe>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC53_1_eng.pdf).
 Chan, Gerald. “Transparency Confined to the Courthouse: A Critical Analysis of *Criminal Lawyers' Assn.*, *C.B.C.* and *National Post*” (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 169.
 Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated June 2018, release 58).
 Hutchison, Scott C., et al. *Search and Seizure Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2018, release 7).
 Oliphant, Benjamin. “Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee” (2013), 59 *McGill L.J.* 283.
 Québec. *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques — Rapport*. Québec: Publications du Québec, 2017.

c. S.A.B., 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *R. c. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *Groupe de la Banque mondiale c. Wallace*, 2016 CSC 15, [2016] 1 R.C.S. 207; *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 8.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 83.18, 83.2, 487.014 [aj. 2014, c. 31, art. 20; auparavant art. 487.012], 487.0193(1), (4), 488.02(3).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 39.1(1) « source journalistique », « journaliste ».
Loi sur la protection des sources journalistiques, L.C. 2017, c. 22.

Traités et autres instruments internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 [la *Convention européenne des droits de l'homme*], art. 10.

Doctrines et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 1998 (loose-leaf updated July 2018, release 2).
 Cameron, Jamie. *Section 2(b)'s Other Fundamental Freedom : The Press Guarantee, 1982-2012* (2013) (en ligne : <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1270&context=clpe>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC53_1_eng.pdf).
 Chan, Gerald. « Transparency Confined to the Courthouse : A Critical Analysis of *Criminal Lawyers' Assn.*, *C.B.C.* and *National Post* » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 169.
 Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure*. Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated June 2018, release 58).
 Hutchison, Scott C., et al. *Search and Seizure Law in Canada*, Toronto, Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2018, release 7).
 Oliphant, Benjamin. « Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee » (2013), 59 *R.D. McGill* 283.
 Québec. *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques — Rapport*, Québec, Publications du Québec, 2017.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Hoy A.C.J.O. and Doherty and Miller J.J.A.), 2017 ONCA 231, 137 O.R. (3d) 263, 412 D.L.R. (4th) 531, 352 C.C.C. (3d) 355, 23 Admin. L.R. (6th) 66, [2017] O.J. No. 1431 (QL), 2017 CarswellOnt 3901 (WL Can.), affirming in part a decision of MacDonnell J., 2016 ONSC 1961, 352 C.R.R. (2d) 60, [2016] O.J. No. 1597 (QL), 2016 CarswellOnt 4901 (WL Can.), dismissing applications to quash, vary or revoke a production order and allowing in part an application to set aside a sealing order. Appeal dismissed.

M. Philip Tunley, Iain A. C. MacKinnon and Jennifer P. Saville, for the appellants.

Croft Michaelson, Q.C., and *Sarah Shaikh*, for the respondent.

John Patton and Deborah Krick, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Justin Safayeni, for the interveners the Aboriginal Peoples Television Network, the Advocates in Defence of Expression in Media, the Canadian Association of Journalists, the Canadian Journalists for Free Expression, the Canadian Media Guild/ Communications Workers of America Canada, the Centre for Free Expression, Global News, a Division of Corus Television Limited Partnership and Postmedia Network Inc.

Sean A. Moreman and Katarina Germani, for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation.

Faisal Mirza and Yavar Hameed, for the intervener the Canadian Muslim Lawyers Association.

Paul Schabas and Kaley Pulfer, for the interveners the Media Legal Defence Initiative, Reporters Without Borders, the Reporters Committee for Freedom of the Press, the Media Law Resource Centre, the International Press Institute, Article 19, Pen International, Pen Canada the Canadian Centre of Pen International, the Index on Censorship,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (la juge en chef adjointe Hoy et les juges Doherty et Miller), 2017 ONCA 231, 137 O.R. (3d) 263, 412 D.L.R. (4th) 531, 352 C.C.C. (3d) 355, 23 Admin. L.R. (6th) 66, [2017] O.J. No. 1431 (QL), 2017 CarswellOnt 3901 (WL Can.), qui a confirmé en partie une décision du juge MacDonnell, 2016 ONSC 1961, 352 C.R.R. (2d) 60, [2016] O.J. No. 1597 (QL), 2016 CarswellOnt 4901 (WL Can.), rejetant les demandes d'annulation, de modification ou de révocation d'une ordonnance de communication et accueillant en partie la demande d'annulation d'une ordonnance de mise sous scellés. Pourvoi rejeté.

M. Philip Tunley, Iain A. C. MacKinnon et Jennifer P. Saville, pour les appelants.

Croft Michaelson, c.r., et *Sarah Shaikh*, pour l'intimée.

John Patton et Deborah Krick, pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Justin Safayeni, pour les intervenants le Réseau de télévision des peuples autochtones, les Avocats pour la défense de l'expression dans les médias, l'Association Canadienne des Journalistes, Canadian Journalists for Free Expression, la Guilde canadienne des médias/Syndicat des Communications d'Amérique Canada, Centre for Free Expression, Global News, a Division of Corus Television Limited Partnership et Postmedia Network Inc.

Sean A. Moreman et Katarina Germani, pour l'intervenante la Société Radio-Canada.

Faisal Mirza et Yavar Hameed, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats musulmans.

Paul Schabas et Kaley Pulfer, pour les intervenants Media Legal Defence Initiative, Reporters Sans Frontières, Reporters Committee for Freedom of the Press, Media Law Resource Centre, International Press Institute, Article 19, Pen International, Pen le Centre Canadien de Pen International, Index on Censorship, Committee to Protect Journalists, World

the Committee to Protect Journalists, the World Association of Newspapers and News Publishers and the International Human Rights Program.

Tae Mee Park, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Brian N. Radnoff and *Rebecca Shoom*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Moldaver, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] Over 25 years ago, in *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, and its companion case *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, this Court established a general framework governing applications by the police for search warrants — and, as recognized in subsequent cases, production orders — relating to the media. This framework, reaffirmed just eight years ago in *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, seeks to balance two competing concepts: the state’s interest in the investigation and prosecution of crime, and the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news.

[2] The appellants, a media organization and one of its journalists, say that this framework is not working. They claim that, in practice, it serves as nothing more than a “rubber stamp” permitting the police to access materials in the hands of the media. They submit that it must therefore be reformed — perhaps even abandoned entirely — to provide stronger protection for the media and the special role it plays in a free and democratic society. Applying this stronger protection, they maintain that the production order challenged in this case (“Production Order”), which requires them to produce records of communications

Association of Newspapers and News Publishers et International Human Rights Program.

Tae Mee Park, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Brian N. Radnoff et *Rebecca Shoom*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement des juges Moldaver, Gascon, Côté, Brown et Rowe rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Il y a plus de 25 ans, dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, et dans la cause connexe *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, la Cour a énoncé un cadre d’analyse général pour régir les demandes présentées par la police en vue d’obtenir des mandats de perquisition — et, comme il a été reconnu dans des causes subséquentes, des ordonnances de communication — en lien avec les médias. Ce cadre d’analyse, réaffirmé il y a seulement huit ans dans *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, vise à mettre en balance deux concepts contradictoires : l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs, d’une part, et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations, d’autre part.

[2] Les appelants, un organe de presse et un de ses journalistes, affirment que ce cadre d’analyse ne fonctionne pas. Ils soutiennent que, en pratique, il ne sert qu’à « entériner d’office » les demandes de la police pour lui donner accès à des documents dont les médias ont possession. Selon eux, il est donc nécessaire de modifier ce cadre — voire de carrément l’abandonner — pour mieux protéger les médias ainsi que le rôle particulier qu’ils jouent dans une société libre et démocratique. À leur avis, si une telle protection accrue était appliquée, l’ordonnance de communication contestée en l’espèce

they had with a suspected terrorist, should be set aside.

[3] The respondent, the Crown, sees things differently. It submits that the existing framework adequately protects the media and the special role it plays. Further, it maintains that the Production Order was properly issued in accordance with that framework and should not be set aside.

[4] For reasons that follow, I am of the view that the *Lessard* framework continues to provide a suitable model for considering applications for search warrants and production orders relating to the media. I would, however, refine certain aspects of that framework:

- First, rather than treating prior partial publication as a factor that *always* militates in favour of granting an order, I would assess the effect of prior partial publication on a case-by-case basis.
- Second, with respect to the standard of review to be applied when reviewing an order relating to the media that was made *ex parte*, I would adopt a modified *Garofoli* standard (see *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421): if the media points to information not before the authorizing judge that, in the reviewing judge's opinion, could reasonably have affected the authorizing judge's decision to issue the order, then the media will be entitled to a *de novo* review. Otherwise, the traditional *Garofoli* standard will apply, meaning that the order may be set aside only if the media can establish that — in light of the record before the authorizing judge, as amplified on review — there was no reasonable basis on which the authorizing judge could have granted the order.

(« ordonnance de communication »), qui leur intime de produire des relevés de conversations qu'ils ont eues avec un individu soupçonné de terrorisme, devrait être annulée.

[3] L'intimée, la Couronne, voit les choses autrement. Elle soutient que le cadre d'analyse actuel protège adéquatement les médias et le rôle particulier qu'ils jouent. En outre, elle fait valoir que l'ordonnance de communication a été rendue comme il se doit, en conformité avec ce cadre d'analyse, et qu'elle ne devrait pas être annulée.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le cadre d'analyse énoncé dans *Lessard* constitue encore un modèle convenable pour juger du bien-fondé des demandes visant l'obtention de mandats de perquisition et d'ordonnances de communication en lien avec les médias. Je préciserais toutefois certains aspects de ce cadre :

- Premièrement, plutôt que de considérer la publication partielle antérieure comme un facteur qui milite *toujours* pour le prononcé de l'ordonnance, j'évaluerais l'effet d'une telle publication au cas par cas.
- Deuxièmement, en ce qui a trait à la norme de contrôle qu'il convient d'adopter lors de l'examen d'une ordonnance rendue *ex parte* en lien avec un média, j'adopterais une version modifiée de la norme établie dans *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421 : si le média fait état de renseignements qui n'ont pas été portés à l'attention du juge qui a autorisé la communication, et qui, selon le juge siégeant en révision, auraient raisonnablement pu avoir une incidence sur la décision du premier juge de rendre l'ordonnance, le média a droit à un examen *de novo*. Sinon, la norme traditionnelle établie dans *Garofoli* s'applique, c'est-à-dire que l'ordonnance ne peut être annulée que si le média est en mesure de démontrer — à la lumière du dossier porté à l'attention du premier juge, étoffé de nouveaux éléments durant le contrôle — que le juge qui a autorisé le mandat et la communication ne disposait d'aucun fondement raisonnable pour avoir rendu l'ordonnance.

- Third, I would reorganize the *Lessard* factors to make them easier to apply in practice.

[5] Turning to the case at hand, and applying the refined *Lessard* framework, I would not set aside the Production Order. Here, the state’s interest in investigating and prosecuting the alleged crimes outweighs the appellants’ right to privacy in gathering and disseminating the news. Importantly, disclosure of the materials sought would not reveal a confidential source; no “off the record” or “not for attribution” communications would be disclosed; there is no alternative source through which the materials sought may be obtained; the source used the media to publicize his activities with a terrorist organization and broadcast its extremist views as a sort of spokesperson on its behalf; and the state’s interest in investigating and prosecuting the alleged crimes — which include serious terrorism offences — weighs heavily in the balance. Accordingly, I would dismiss the appeal.

[6] Before setting out my reasons, I wish to clarify at the outset that this case does not engage the new *Journalistic Sources Protection Act*, S.C. 2017, c. 22 (“*JSPA*”), brought into force in October 2017. Among other things, the *JSPA* provides enhanced protections for maintaining the confidentiality of a “journalistic source”¹ and sets out a new framework governing applications for search warrants, production orders, and other orders relating to a “journalist”.² Although, going forward, this new regime will govern production orders relating to “journalists”, even where

¹ “Journalistic source” is defined in s. 39.1(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, as “a source that confidentially transmits information to a journalist on the journalist’s undertaking not to divulge the identity of the source, whose anonymity is essential to the relationship between the journalist and the source”.

² “Journalist” is defined in s. 39.1(1) of the *Canada Evidence Act* as “a person whose main occupation is to contribute directly, either regularly or occasionally, for consideration, to the collection, writing or production of information for dissemination by the media, or anyone who assists such a person”.

- Troisièmement, je réorganiserais les facteurs établis dans *Lessard* pour qu’ils soient plus faciles à appliquer en pratique.

[5] Dans la présente affaire, après avoir appliqué le cadre d’analyse établi dans *Lessard* et désormais peaufiné, je serais d’avis de ne pas annuler l’ordonnance de communication. En l’espèce, l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes présumés et à poursuivre leurs auteurs l’emporte sur le droit des appelants à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations. Fait important, la communication des renseignements recherchés ne révélerait pas l’identité d’une source confidentielle; aucune communication faite « à titre confidentiel » ou « sous le couvert de l’anonymat » ne serait divulguée; il n’existe aucune autre source par qui il serait possible d’obtenir les renseignements demandés; la source s’est servi du média, en quelque sorte comme porte-parole pour elle, afin de rendre publiques ses activités auprès d’un groupe terroriste et de diffuser ses idées extrémistes; et l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes présumés — qui comprennent des infractions graves de terrorisme — et à poursuivre leurs auteurs pèsent lourd dans la balance. En conséquence, je suis d’avis de rejeter l’appel.

[6] Avant d’exposer mes motifs, je souhaite préciser d’emblée que la présente affaire ne met pas en cause la nouvelle *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22 (« *LPSJ* »), entrée en vigueur en octobre 2017. Cette loi confère notamment des protections accrues pour le maintien de la confidentialité d’une « source journalistique »¹ et énonce un nouveau cadre d’analyse pour régir les demandes de mandats de perquisition, les ordonnances de communication ainsi que les autres ordonnances relatives à un « journaliste »². Même

¹ Le terme « source journalistique » est défini au par. 39.1(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, comme une « Source qui transmet confidentiellement de l’information à un journaliste avec son engagement, en contrepartie, de ne pas divulguer l’identité de la source, dont l’anonymat est essentiel aux rapports entre le journaliste et la source ».

² Le terme « journaliste » est défini au par. 39.1(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* comme une « Personne dont l’occupation principale consiste à contribuer directement et moyennant rétribution, soit régulièrement ou occasionnellement, à la collecte, la rédaction ou la production d’informations en vue de leur diffusion par les médias, ou tout collaborateur de cette personne ».

no confidential source is involved, the facts in this case arose before the *JSPA* was brought into force, and therefore it does not apply. Accordingly, these reasons deal with the statutory and common law framework standing separate and apart from the *JSPA*. Given that the legal landscape in this area has changed and now has a new and untested statutory component, and bearing in mind the lack of any real merit to the argument that, on the facts of this case, the Production Order should be set aside, I am of the view that we should adopt a narrow approach that is restricted to the issues raised by the parties both here and in the courts below.

II. Facts

[7] My colleague has summarized the relevant facts and judicial history in her reasons, and I see no need to duplicate her efforts. I will refer to the facts only as necessary to develop a particular issue. However, to briefly summarize, Vice Media Canada Inc. (“Vice Media”) is a company that produces stories and content on a number of multimedia platforms. In 2014, one of its reporters, Ben Makuch (together with Vice Media, the “appellants”), began exchanging with a Canadian man suspected of having joined the Islamic State of Iraq and Syria (“ISIS”), Farah Mohamed Shirdon, through an instant text messaging application, Kik messenger. Based on these exchanges, Mr. Makuch wrote three news stories and Vice Media published the articles. The RCMP sought and obtained the Production Order, which directed the appellants to hand over screen captures of Mr. Makuch’s exchanges with Mr. Shirdon. The appellants unsuccessfully challenged the Production Order in the courts below and now appeal to this Court.

si, à l’avenir, ce nouveau régime dictera comment traiter des ordonnances de communication relatives à des « journalistes », et ce, même lorsqu’il ne sera pas question de sources confidentielles, les faits de la présente cause se sont produits avant l’entrée en vigueur de la *LPSJ*, qui ne s’applique donc pas. En conséquence, les présents motifs traitent du cadre juridique légal et de common law distinct de celui établi par la *LPSJ*. Comme le paysage juridique dans ce domaine a changé et qu’il existe maintenant un nouvel élément législatif qui n’a pas fait l’objet d’un examen judiciaire, et compte tenu de l’absence de fondement à l’argument selon lequel, suivant les faits de la présente affaire, l’ordonnance de communication devrait être annulée, je suis d’avis que nous devons adopter une approche étroite qui se limite aux questions soulevées par les parties ici et devant les tribunaux d’instances inférieures.

II. Faits

[7] Ma collègue a résumé les faits pertinents ainsi que l’historique judiciaire de la cause dans ses motifs; je ne vois pas l’utilité de dupliquer ses efforts. Je ne ferai donc référence aux faits que lorsque cela sera nécessaire pour traiter d’une question en particulier. Cela dit, pour résumer, Média Vice Canada Inc. (« Média Vice ») est une compagnie qui produit des histoires et du contenu sur un grand nombre de plateformes multimédias. En 2014, un de ses journalistes, Ben Makuch (conjointement avec Média Vice, les « appelants »), a commencé à communiquer avec un Canadien soupçonné d’avoir rallié l’État islamique de l’Irak et de la Syrie (« DAECH »), Farah Mohamed Shirdon, au moyen d’une application de messagerie texte instantanée, Kik Messenger. En se fondant sur ces échanges, M. Makuch a écrit trois articles qu’a publiés Média Vice. La GRC a sollicité et obtenu une ordonnance de communication qui intimait aux appelants de lui remettre les captures d’écran des échanges qu’avait eus M. Makuch avec M. Shirdon. La tentative des appelants de contester l’ordonnance de communication a échoué devant les cours d’instances inférieures. Ils interjettent maintenant appel devant la Cour.

III. Issues

[8] This appeal raises four main issues:

- (1) Should the *Lessard* framework be reformed?
- (2) Where the police are seeking a production order relating to the media, should a presumptive notice requirement be imposed?
- (3) What is the standard of review to be applied on review of a production order relating to the media?
- (4) Should the Production Order be set aside?

IV. Analysis

A. *Should the Lessard Framework Be Reformed?*

[9] The main jurisprudential question on appeal can be stated simply: does the *Lessard* framework provide adequate protection to the media and the special role it plays in Canadian society, or does it need to be reformed or perhaps even abandoned? To answer this question, I consider it necessary to first review the three key precedents that have shaped this area of the law: *Lessard*, *New Brunswick* and *National Post*.

(1) *Lessard*, *New Brunswick* and *National Post*

[10] In both *Lessard* and *New Brunswick*, Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) reporters captured video footage of individuals engaging in what appeared to be criminal activity; in *Lessard*, occupying and damaging a post office building in Pointe-Claire, Quebec; in *New Brunswick*, throwing Molotov cocktails at a guardhouse in St-Quentin, New Brunswick, setting it aflame. Parts of the footage were broadcast on television. The police subsequently applied for search warrants permitting them

III. Questions en litige

[8] Le présent appel soulève principalement quatre questions :

- (1) Le cadre d’analyse énoncé dans *Lessard* devrait-il être modifié?
- (2) Lorsque la police sollicite une ordonnance de communication en lien avec un média, faudrait-il imposer une exigence présumée de signifier un avis?
- (3) Quelle est la norme de contrôle applicable à l’examen d’une ordonnance de communication en lien avec un média?
- (4) L’ordonnance de communication devrait-elle être annulée?

IV. Analyse

A. *Le cadre d’analyse énoncé dans Lessard devrait-il être modifié?*

[9] La principale question jurisprudentielle en appel peut être formulée simplement : le cadre d’analyse énoncé dans *Lessard* offre-t-il une protection suffisante aux médias ainsi qu’au rôle particulier qu’ils jouent dans la société canadienne, ou a-t-il besoin d’être modifié, voire abandonné? Pour répondre à cette question, j’estime qu’il est nécessaire de commencer par examiner les trois précédents clés qui ont façonné ce domaine du droit : *Lessard*, *Nouveau-Brunswick* et *National Post*.

(1) *Lessard*, *Nouveau-Brunswick* et *National Post*

[10] Tant dans l’arrêt *Lessard* que dans l’arrêt *Nouveau-Brunswick*, des journalistes de la Société Radio-Canada (« SRC ») avaient filmé sur bande vidéo des individus impliqués dans ce qui semblait être une activité criminelle : dans *Lessard*, ces individus avaient occupé et causé des dommages à un bureau de poste à Pointe-Claire, au Québec; dans *Nouveau-Brunswick*, ils avaient lancé des cocktails Molotov sur un poste de garde à St-Quentin, au Nouveau-Brunswick, y mettant ainsi le feu. Une partie des

to search CBC’s premises and seize the tapes in their entirety — both aired and unaired footage.

[11] In *Lessard*, the information to obtain submitted in support of the application contained nothing from which the authorizing justice of the peace could determine whether there was an alternative source of information, and if so, whether the police had taken reasonable steps to obtain the information from that source. In the information in *New Brunswick*, the police explained that while alternative sources existed, they either provided insufficient evidence or were unavailable or unwilling to testify.

[12] In both cases, the search warrants were granted and the tapes seized. CBC then applied to have the warrants set aside. In *Lessard*, CBC failed initially but succeeded on appeal. In *New Brunswick*, it was the opposite. The parties then appealed to this Court.

[13] This Court undertook the delicate task of fashioning a framework for determining whether an application for a search warrant relating to the media should be granted, having regard to both the right to be free from unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the guarantee of freedom of expression under s. 2(b) — that is, a framework for “assess[ing] s. 8 reasonableness in a s. 2(b) context” (*National Post*, at para. 79). Underlying this framework is the recognition that the media plays a special role in a free and democratic society and as such, investigative orders relating to the media raise unique concerns.

[14] In both *Lessard* and *New Brunswick*, the special status accorded to the media was front and centre in Cory J.’s majority reasons. In *Lessard*, he stated that “the media are entitled to particularly careful

bandes vidéo avaient été diffusées à la télévision. La police avait subséquemment sollicité des mandats de perquisition qui les autoriseraient à fouiller les locaux de la SRC et à saisir la totalité des bandes vidéo — soit à la fois les passages qui avaient été diffusés et ceux qui ne l’avaient pas été.

[11] Dans *Lessard*, la dénonciation soumise au soutien de la demande ne contenait aucune indication qui aurait permis au juge de paix d’établir s’il existait une autre source d’information et, le cas échéant, si la police avait pris des mesures raisonnables pour obtenir l’information de cette source. En revanche, dans *Nouveau-Brunswick*, la police avait expliqué dans la dénonciation qu’il existait d’autres sources de renseignements, mais qu’elles fournissaient des éléments de preuve insuffisants, qu’elles n’étaient pas disponibles ou qu’elles ne voulaient pas témoigner.

[12] Dans les deux causes, les mandats de perquisition ont été délivrés et les bandes vidéo saisies. La SRC a ensuite demandé l’annulation des mandats. Dans *Lessard*, les démarches de la SRC ont échoué avant d’être couronnées de succès en appel. Dans *Nouveau-Brunswick*, c’est l’inverse qui s’est produit. Les parties ont ensuite interjeté appel devant la Cour.

[13] La Cour s’est attelée à la tâche délicate de concevoir un cadre d’analyse pour décider si une demande de mandat de perquisition en lien avec un média devrait être accueillie, compte tenu à la fois du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives protégé par l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et du droit à la liberté d’expression protégé par l’al. 2b) — c’est-à-dire, pour « encadrer [. . .] l’analyse du caractère abusif au sens de l’art. 8 dans le contexte de l’application de l’al. 2b) » : *National Post*, par. 79. Ce cadre tient compte implicitement du rôle particulier que jouent les médias dans une société libre et démocratique et, de ce fait, il prévoit que les ordonnances en lien avec les médias et relatives à des enquêtes soulèvent des préoccupations particulières.

[14] Tant dans *Lessard* que dans *Nouveau-Brunswick*, le statut particulier accordé aux médias était à l’avant-plan des motifs majoritaires du juge Cory. Dans *Lessard*, il a affirmé que les « médias

consideration, both as to the issuance of a search warrant and as to the conditions that may be attached to a warrant to ensure that any disruption of the gathering and dissemination of news is limited as much as possible” and that “[t]he media are entitled to this special consideration because of the importance of their role in a democratic society” (p. 444). Similarly, in *New Brunswick*, he wrote:

The media have a vitally important role to play in a democratic society. It is the media that, by gathering and disseminating news, enable members of our society to make an informed assessment of the issues which may significantly affect their lives and well-being. . . . The importance of that role and the manner in which it must be fulfilled give rise to special concerns when a warrant is sought to search media premises. [p. 475]

[15] But while he stressed the vital importance of the media and acknowledged the special concerns that arise when a warrant to search media premises is sought, Cory J. clarified that rather than “import[ing] any new or additional requirements for the issuance of search warrants”, the constitutional protection of freedom of expression afforded by s. 2(b) serves as “a backdrop against which the reasonableness of the search may be evaluated” (*New Brunswick*, at pp. 475-76). He nonetheless emphasized that the constitutional protection afforded to freedom of expression “requires that careful consideration be given not only to whether a warrant should issue but also to the conditions which might properly be imposed upon any search of media premises” (*ibid.*, at p. 476).

[16] Justice Cory went on to articulate a list of nine factors for judges to consider when determining whether to issue a search warrant relating to the media:

- (1) All statutory requirements for the issuance of the search warrant must be met.
- (2) If all statutory requirements have been met, then the authorizing judge “should consider all of the circumstances in determining whether to

ont droit à une attention toute particulière en ce qui concerne tant l’attribution d’un mandat de perquisition que les conditions dont peut être assorti un mandat afin que toute perturbation de la collecte et de la diffusion des informations soit le plus possible limitée » et que « [l]es médias ont droit à cette attention particulière en raison de l’importance de leur rôle dans une société démocratique » : p. 444. De même, dans *Nouveau-Brunswick*, il a écrit :

Les médias ont un rôle primordial à jouer dans une société démocratique. Ce sont les médias qui, en réunissant et en diffusant les informations, permettent aux membres de notre société de se former une opinion éclairée sur les questions susceptibles d’avoir un effet important sur leur vie et leur bien-être. [. . .] L’importance de ce rôle et la manière dont il doit être rempli suscitent des préoccupations spéciales lorsqu’un mandat est demandé pour effectuer une perquisition dans les locaux d’un média. [p. 475]

[15] Tout en insistant sur l’importance vitale des médias et en reconnaissant l’existence de préoccupations spéciales qui découlent d’une demande de mandat en vue de la fouille de locaux d’organes de presse, le juge Cory a précisé que plutôt que d’« ajoute[r] des] exigences supplémentaires pour l’attribution des mandats de perquisition », la protection constitutionnelle que confère l’al. 2b) à la liberté d’expression sert de « toile de fond qui permet d’évaluer si la perquisition est abusive » : *Nouveau-Brunswick*, p. 475-476. Il a néanmoins insisté pour dire que cette protection constitutionnelle « exige qu’on examine attentivement non seulement si un mandat devrait être décerné mais également les conditions dont peut à bon droit être assortie une perquisition dans les locaux d’un média » : *ibid.*, p. 476.

[16] Le juge Cory a ensuite dressé une liste de neuf facteurs dont les juges doivent tenir compte lorsqu’ils décident s’ils doivent délivrer un mandat de perquisition en lien avec les médias :

- (1) Toutes les exigences prévues par la loi relatives à la délivrance d’un mandat de perquisition doivent être respectées.
- (2) S’il est satisfait à toutes les exigences prévues par la loi, le juge saisi de la demande « doit examiner toutes les circonstances pour déterminer

exercise his or her discretion to issue [the] warrant”.

- (3) The authorizing judge “should ensure that a balance is struck between the competing interests of the state in the investigation and prosecution of crimes and the right to privacy of the media in the course of their news gathering and news dissemination”, bearing in mind that “the media play a vital role in the functioning of a democratic society” and that the media will generally be an innocent third party.
- (4) The affidavit supporting the application must contain “sufficient detail” to enable the authorizing judge to properly exercise his or her discretion as to whether to issue the warrant.
- (5) Although it is not a constitutional requirement, the affidavit should “ordinarily” disclose whether there are alternative sources from which the information may reasonably be obtained and, if so, that those sources have been investigated and all reasonable efforts to obtain the information from those sources have been exhausted.
- (6) If the information sought has been disseminated by the media in whole or in part, then this “will be” a factor favouring the issuance of the warrant.
- (7) If the authorizing judge determines that a warrant should be issued, then he or she should consider imposing conditions on its implementation so that the media “will not be unduly impeded in the publishing or dissemination of the news”.
- (8) If it comes to light after the warrant is issued that the police “failed to disclose pertinent information that could well have affected the decision to issue the warrant”, then this may result in a finding that the warrant was invalid.
- (9) If the search was unreasonably conducted, then this may render the search invalid.

(*Lessard*, at p. 445; *New Brunswick*, at pp. 481-82)

s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner [le] mandat ».

- (3) Le juge saisi de la demande « doit s’assurer qu’on a bien pondéré l’intérêt de l’État à découvrir et à poursuivre les criminels et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations », en gardant à l’esprit que « les médias jouent un rôle primordial dans le fonctionnement d’une société démocratique » et qu’ils sont généralement des tiers innocents.
- (4) L’affidavit présenté à l’appui de la demande doit contenir « suffisamment de détails » pour permettre au juge saisi de la demande d’exercer correctement son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la délivrance d’un mandat de perquisition.
- (5) Bien qu’il ne s’agisse pas d’une exigence constitutionnelle, l’affidavit devrait « ordinairement » indiquer s’il y a d’autres sources qui permettraient d’obtenir raisonnablement les renseignements et, le cas échéant, qu’elles ont été consultées et que tous les efforts raisonnables pour obtenir les renseignements auprès de ces sources ont été épuisés.
- (6) Si le média a rendu publics, en tout ou en partie, les renseignements recherchés, ce facteur « favorisera » la délivrance du mandat de perquisition.
- (7) Si le juge saisi de la demande décide qu’il est justifié de délivrer un mandat de perquisition, il y a alors lieu d’examiner l’imposition de certaines conditions à sa mise en œuvre, de manière à ce que le média « ne soit pas indûment empêché de publier ou de diffuser les informations ».
- (8) Si, après l’attribution d’un mandat de perquisition, il ressort que la police a « omis de communiquer des renseignements pertinents qui auraient bien pu influencer sur la décision de décerner le mandat », il peut en résulter une conclusion que le mandat n’était pas valide.
- (9) Une perquisition effectuée de manière abusive peut être invalide.

(*Lessard*, p. 445; *Nouveau-Brunswick*, p. 481-482)

[17] Justice Cory added that “all factors should be evaluated in light of the particular factual situation presented” and “[t]he factors which may be vital in assessing the reasonableness of one search may be irrelevant in another” (*New Brunswick*, at p. 478). He framed the “essential question” as follows: “taking into account all the circumstances and viewing them fairly and objectively can it be said that the search was a reasonable one?” (*ibid.*).

[18] Applying this framework, the majority upheld the validity of the search warrants in both cases.

[19] Nearly two decades later, in *National Post*, this Court had further occasion to consider the principles to be applied when the state’s interest in investigating and prosecuting crime collides with the media’s s. 8 rights in a s. 2(b) context. There, in exchange for a blanket, unconditional promise of confidentiality, a secret source supplied a journalist at the *National Post* with a plain brown envelope containing a document said to implicate a former Canadian prime minister in a financial conflict of interest. Having received a complaint that the document was forged, the RCMP applied for a search warrant and an assistance order permitting them to search the premises of the *National Post* and seize the document and the envelope in which it was contained. Although the search warrant and assistance order were initially granted, they were later quashed by the reviewing judge, only to be reinstated by the Ontario Court of Appeal.

[20] On further appeal to this Court, Binnie J., writing for a seven-justice majority, set out the “general rule” when it comes to search and seizure: “[t]he public has the right to every person’s evidence” (*National Post*, para. 1). That rule, of course, has its exceptions. In particular, the issue before the Court was to determine the circumstances in which the

[17] Le juge Cory a ajouté qu’« [o]n doit [. . .] évaluer tous les facteurs en tenant compte de la situation de fait particulière qui est présentée » et que « [l]es facteurs qui peuvent être importants pour évaluer si une perquisition est abusive peuvent ne pas être pertinents à l’égard d’une autre » : *Nouveau-Brunswick*, p. 478. Il a circonscrit la « question essentielle » de la façon suivante : « si on a tenu compte de toutes les circonstances et si on les a examinées avec justesse et objectivité, peut-on dire que la perquisition n’était pas abusive? » : *ibid.*

[18] En appliquant ce cadre d’analyse, les juges majoritaires ont confirmé la validité du mandat de perquisition dans les deux causes.

[19] Près de deux décennies plus tard, dans *National Post*, la Cour a eu de nouveau l’occasion de se pencher sur les principes applicables lorsque l’intérêt de l’État dans les enquêtes et les poursuites criminelles entre en conflit avec les droits des médias protégés par l’art. 8 dans le contexte de l’al. 2b). Dans cette affaire, en échange d’une promesse générale et inconditionnelle de confidentialité, une source anonyme a remis à un journaliste du quotidien *National Post* une enveloppe brune ordinaire dans laquelle se trouvait un document qui impliquait prétendument un ancien premier ministre du Canada dans un conflit d’intérêts de nature financière. Puisqu’elle avait reçu une plainte selon laquelle le document était contrefait, la GRC a demandé un mandat de perquisition et une ordonnance d’assistance qui permettraient à ses membres de fouiller les locaux du quotidien et de saisir le document ainsi que l’enveloppe dans laquelle il se trouvait. Initialement, tant le mandat de perquisition que l’ordonnance d’assistance ont été accordés; ils ont toutefois été annulés ultérieurement par le juge chargé de la révision, pour finalement être rétablis par la Cour d’appel de l’Ontario.

[20] Par suite d’un appel subséquent devant la Cour, le juge Binnie a rédigé les motifs des sept juges majoritaires et énoncé la « règle générale » en matière de fouilles, perquisitions et saisies : « [l]e public a droit à la preuve émanant de toutes les sources » : *National Post*, par. 1. Bien sûr, cette règle fait l’objet d’exceptions. En particulier, la

courts will respect a promise of confidentiality given by a journalist to a source.

[21] In approaching this issue, Binnie J. reaffirmed and applied the principles set out in *Lessard* and *New Brunswick* (see paras. 31-33, 79, 82 and 87). In doing so, he repeatedly emphasized the vital importance of the media and its special role in society. He described the public interest in freedom of expression as being “of immense importance” (para. 5); stated that “freedom of the press and other media of communication” is “vital in a society based on the rule of law” (para. 26); and recognized the “special position of the media” (para. 64). He also confirmed that “freedom to publish the news necessarily involves a freedom to gather the news” (para. 33). In making these observations, he confirmed and underscored s. 2(b)’s role in safeguarding the media’s freedom to gather and publish the news.

[22] Justice Binnie acknowledged that “the law should and does accept that in some situations the public interest in protecting [a] secret source from disclosure outweighs other competing public interests — including criminal investigations” (para. 34). However, he rejected the argument that a judicial order compelling disclosure of a confidential source would generally violate s. 2(b) (para. 41). He also declined to recognize a class privilege protecting the journalist-confidential source relationship. Instead, he held that journalist-confidential source privilege should be assessed on a case-by-case basis, applying the Wigmore criteria (see paras. 53-64).

[23] Considering these criteria, he concluded that no such privilege could be established on the facts. In the result, the majority upheld the validity of the search warrant and assistance order.

Cour devait déterminer les circonstances dans lesquelles les tribunaux respecteraient une promesse de confidentialité faite par un journaliste à une source.

[21] Pour répondre à cette question, le juge Binnie a confirmé les principes énoncés dans *Lessard* et *Nouveau-Brunswick* et il les a appliqués : voir par. 31-33, 79, 82 et 87. Ce faisant, il a insisté à répétition sur l’importance vitale des médias et sur leur rôle très particulier dans la société. Il a décrit l’intérêt du public envers la liberté d’expression comme étant d’une « importance considérable » (par. 5); il a affirmé que « la liberté de la presse et des autres moyens de communication » est « essentielle [. . .] dans une société fondée sur la primauté du droit » (par. 26); et il a reconnu la « situation très particulière des médias » (par. 64). En outre, il a confirmé que « la liberté de diffuser les informations emporte nécessairement la liberté de recueillir les informations » : par. 33. En formulant ces observations, le juge Binnie a confirmé et souligné le rôle de l’al. 2b) pour protéger la liberté des médias de recueillir et de diffuser les informations.

[22] Le juge Binnie a convenu que « le droit devrait accepter — et accepte effectivement — que, dans certaines situations, l’intérêt public à protéger [une] source secrète contre toute divulgation l’emporte sur les autres intérêts publics — y compris la conduite d’enquêtes criminelles » : par. 34. En revanche, il a rejeté l’argument selon lequel une ordonnance judiciaire de divulguer l’identité d’une source confidentielle porterait généralement atteinte au droit protégé par l’al. 2b) : par. 41. Il a aussi refusé de reconnaître l’existence d’un privilège générique qui aurait protégé la relation entre un journaliste et une source confidentielle. Il a plutôt conclu que le privilège applicable à cette relation doit être évalué au cas par cas, en appliquant le test de Wigmore : voir par. 53-64.

[23] Après avoir appliqué ces critères, le juge Binnie a conclu que les faits n’appuyaient pas l’existence d’un tel privilège. Ainsi, les juges majoritaires ont confirmé la validité du mandat de perquisition et de l’ordonnance d’assistance.

[24] Having reviewed the key precedents, I will now turn to the appellants' proposed reforms to the *Lessard* framework.

(2) Appellants' Proposed Reforms to *Lessard* Framework

(a) *Presumed Chilling Effect*

[25] The appellants submit that whenever the state seeks a production order relating to the media, a "chilling effect" should be presumed. They argue that the media should not be put to the task of proving, in each individual case, that the order would have a chilling effect, for such an effect is, they say, inevitable.

[26] In this context, I would define the term "chilling effect" fairly broadly: it refers to the stifling or discouragement of the media's legitimate activities in gathering and disseminating the news for fear of legal repercussions such as compelled disclosure. These effects may manifest themselves in a number of ways — for example:

- Confidential sources may "dry up". As Lord Denning wrote in *British Steel Corp. v. Granada Television Ltd.*, [1981] A.C. 1096, "if [newspapers] were compelled to disclose their sources, they would soon be bereft of information which they ought to have. Their sources would dry up. Wrongdoing would not be disclosed" (p. 1129). If sources who are willing to speak out only on a confidential basis come to fear that their identity may be disclosed at the whim of the state, then they will remain in the shadows. Consequently, the media will lose opportunities to receive and disseminate important information to the public.
- Journalists may consciously avoid recording and preserving their notes, contact lists, internal deliberations, and other work product out of a concern that any such recordings may find their

[24] Maintenant que j'ai passé en revue les précédents clés, je vais me pencher sur les modifications au cadre d'analyse établi dans *Lessard* que proposent les appelants.

(2) Modifications au cadre d'analyse établi dans *Lessard* que proposent les appelants

a) *Effet dissuasif présumé*

[25] Selon les appelants, lorsque l'État sollicite une ordonnance de communication en lien avec un média, il faut présumer qu'il en découlera un « effet dissuasif ». Ils plaident que les médias ne devraient pas avoir à prouver, dans chaque cas, que l'ordonnance aurait un tel effet, puisqu'ils estiment que celui-ci est inévitable.

[26] Dans ce contexte, je définirais le terme « effet dissuasif » relativement largement : il fait référence à l'étouffement ou au découragement des activités légitimes des médias dans la collecte et la diffusion des informations par crainte de répercussions juridiques telles que la communication obligatoire. Ces effets peuvent se manifester de plusieurs façons — par exemple :

- Les sources confidentielles d'information pourraient se « tarir ». Comme lord Denning l'a écrit dans *British Steel Corp. c. Granada Television Ltd.*, [1981] A.C. 1096, [TRADUCTION] « si [les journaux] étaient tenus de révéler l'identité de leurs sources, ils se retrouveraient rapidement dépourvus de l'information qu'ils devraient détenir. Leurs sources se tariraient. Les actes répréhensibles ne seraient pas mis en lumière » : p. 1129. Si des sources qui sont disposées à se confier uniquement sous le couvert de l'anonymat se mettent à craindre que leur identité soit divulguée au gré du bon vouloir de l'État, elles resteront dans l'ombre. En conséquence, les médias perdront des occasions de recueillir et de diffuser des informations importantes pour le public.
- Les journalistes pourraient consciemment éviter de sauvegarder ou de conserver leurs notes, leurs listes de contacts, les comptes rendus de délibérations internes ou d'autres produits de

way into the hands of the police (see *National Post*, at para. 78, adopting the dissenting reasons of McLachlin J. (as she then was) on this point in *Lessard*, at p. 452).

- The media may self-censor in order to conceal the fact that it possesses information of interest to the police, with a view to protecting its sources and preserving its ability to gather information in the future (*ibid.*).
- The public may come to view the media as an arm of the state such that the public loses faith in the media's ability to execute its functions independently and impartially (see *Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba (Attorney General)*, 2009 MBCA 122, 250 C.C.C. (3d) 61, at para. 74, citing *New Brunswick*, p. 474; *Lessard*, at p. 432, per La Forest J., concurring). This lack of faith in the media may in turn undermine its ability to gather and disseminate the news.

[27] Proving the existence and extent of such effects is, of course, no easy feat. Chilling effects do not lend themselves to scientific or empirical proof. Rather, they are intangible in nature and difficult — if not impossible — to measure with exactitude. But that does not mean they are insignificant or unimportant. To the contrary, to the extent that chilling effects *do* arise, their consequences can be considerable: a weak and fearful press, alongside a diminishing pool of sources, translates into a less informed, less open, and less vibrant society in which discussion, debate, and the flow of information are stymied. Thus, concerns over potential chilling effects cannot be overlooked.

[28] However, with respect, I struggle to see why a chilling effect should be presumed *in all cases*, regardless of the circumstances. The law is not quick to make assumptions without a basis in the evidence in the particular case. And while the evidence may often support a concern over potential chilling effects, in my view, the existence and extent of any potential

leur travail par crainte que ces renseignements puissent se retrouver entre les mains de la police : voir *National Post*, par. 78, qui a adopté les motifs dissidents de la juge McLachlin (plus tard juge en chef) sur ce point dans *Lessard*, p. 452.

- Les médias pourraient s'autocensurer de manière à dissimuler le fait qu'ils possèdent de l'information d'intérêt pour la police, dans le but de protéger leurs sources et de préserver leur capacité de recueillir de l'information dans le futur : *ibid.*
- Le public pourrait en venir à percevoir les médias comme un bras de l'État de sorte qu'il perdrait confiance en la capacité de ces derniers de s'acquitter de leurs fonctions de manière indépendante et impartiale : voir *Canadian Broadcasting Corporation c. Manitoba (Attorney General)*, 2009 MBCA 122, 250 C.C.C. (3d) 61, par. 74, citant *Nouveau-Brunswick*, p. 474; *Lessard*, p. 432, le juge La Forest (motifs concordants). Ce manque de confiance dans les médias pourrait à son tour miner leur capacité de recueillir et de diffuser les nouvelles.

[27] Prouver l'existence de tels effets et leur étendue n'est bien sûr pas facile. Les effets dissuasifs ne se prêtent pas à une preuve scientifique ou empirique. Ils sont plutôt de nature intangible et difficiles — voire impossibles — à mesurer avec exactitude. Cela ne signifie pas qu'ils sont insignifiants et sans importance. Au contraire, dans la mesure où des effets dissuasifs se produisaient *bel et bien*, leurs conséquences pourraient être considérables : une presse faible et craintive, épaulée par un bassin de sources de moins en moins important, se traduit par une société moins informée, moins ouverte et moins dynamique dans laquelle la discussion, le débat et le flux de l'information sont entravés. Il ne faut donc pas négliger les craintes concernant les effets de dissuasion potentiels.

[28] Cependant, soit dit en tout respect, j'ai du mal à voir pourquoi il faudrait présumer qu'il se produirait un effet dissuasif *dans tous les cas*, quelles que soient les circonstances. Le droit n'est pas disposé à faire des suppositions sans qu'elles soient fondées sur des éléments de preuve dans un cas particulier. En outre, même si la preuve appuie souvent

chilling effects should be assessed on a case-by-case basis, not simply presumed in the abstract.

[29] The conclusion that chilling effects should not be simply presumed without regard to the particular circumstances finds ample support in this Court's jurisprudence. In none of *Lessard*, *New Brunswick* or *National Post* did this Court see reason to recognize a presumed chilling effect. Moreover, even before those cases were decided, this Court declined to assume, in the absence of evidence, that compelling journalists to testify before tribunals will necessarily cause sources to "dry up" (see *British Steel Corp.*) or otherwise "detrimentally affect journalists' ability to gather information" (*Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572, at p. 1581). Further, while this Court has held that "[i]n some situations, a chilling effect can be inferred from known facts and experience" (*R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, at para. 79), this statement does not support the imposition of a presumed chilling effect. Rather, it merely confirms the more modest proposition that, in some situations, a chilling effect *can* — not *must* — be inferred. In sum, I see no reason why this Court should depart from its established jurisprudence and recognize a presumed chilling effect in all cases.

[30] I would add that in cases where the police are seeking information that the media did not procure through a promise of confidentiality and has already published in large measure, as was the case in *Lessard* and *New Brunswick*, the order may cause little to no chilling effect. And to the extent there is a risk that some potential chilling effects may arise, those potential effects may be neutralized through the imposition of conditions on the order. In her dissent in *Lessard*, McLachlin J. described chilling effects as being the result of "the prospect of seizure of press material in future cases without the imposition of conditions to protect press freedom and the

les préoccupations concernant les effets dissuasifs potentiels, à mon avis, l'existence et l'étendue de tout effet éventuel de cette nature devraient être évaluées au cas par cas, et non simplement présumées dans l'abstrait.

[29] La conclusion portant qu'il ne faudrait pas simplement présumer qu'il se produirait des effets dissuasifs sans tenir compte des circonstances particulières est amplement étayée par la jurisprudence de la Cour. Dans aucun des arrêts *Lessard*, *Nouveau-Brunswick* ou *National Post* la Cour n'a jugé bon de reconnaître un effet dissuasif présumé. De plus, même avant que ces décisions soient rendues, la Cour avait refusé de tenir pour acquis, en l'absence de preuve, que le fait de contraindre des journalistes à témoigner devant les tribunaux aurait nécessairement pour effet que les sources [TRADUCTION] « se tarirait » (voir *British Steel Corp.*) ou autrement « nuirait à leur capacité de recueillir de l'information » : *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572, p. 1581. De plus, bien que la Cour ait conclu que, « [d]ans certains cas, l'existence de l'effet paralysant peut être inférée de faits connus et d'observations antérieures » (*R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, par. 79), cet énoncé n'étaye pas l'imposition d'une présomption d'effet dissuasif. Il ne fait que confirmer la proposition plus modeste selon laquelle, dans certaines situations, un effet dissuasif *peut* — et non *doit* — être inféré. Bref, je ne vois pas pourquoi la Cour devrait s'écarter de sa jurisprudence établie et reconnaître une présomption d'effet dissuasif dans tous les cas.

[30] J'ajouterais que dans les cas où la police cherche à obtenir des renseignements que les médias ne se sont pas procurés au moyen d'une promesse de confidentialité et qu'ils ont déjà publiés en grande partie, comme c'était le cas dans *Lessard* et dans *Nouveau-Brunswick*, l'ordonnance ne causerait que peu ou pas du tout d'effet dissuasif. En outre, dans la mesure où il existe un risque que des effets dissuasifs surviennent, ceux-ci pourraient être neutralisés grâce à l'imposition de conditions dans l'ordonnance. Dans *Lessard*, la juge McLachlin, dissidente, a décrit les effets dissuasifs comme étant le résultat de « l'éventualité d'une saisie de documents de

identity of informants” (p. 453 (emphasis added)). Thus, where appropriate conditions are imposed, the concern over potential chilling effects may be sufficiently mitigated.

[31] For these reasons, in my view, there is no basis for recognizing a presumed chilling effect whenever the state seeks a production order relating to the media. Instead, the existence and extent of any potential chilling effect should be assessed on a case-by-case basis. As is often said, context is crucial.

[32] With this in mind, if the authorizing judge concludes, based on the record, that the order sought would likely have a chilling effect, then that finding should be considered in determining whether, in light of all the circumstances, the order should be refused, or if granted, what conditions should be included. In some cases, the existence and extent of potential chilling effects may be a significant factor in the analysis. In other cases, it may not. Again, each case turns on its own unique facts.

(b) *Removal of Distinction Between Confidential and Non-Confidential Sources*

[33] The appellants argue that confidential sources and non-confidential sources should be treated the same under the *Lessard* framework. They maintain that if sources must insist on confidentiality to have their communications shielded from access at will by the state, then the ability of the media to carry out its function will be seriously undermined.

[34] The simple answer to the appellants’ argument is that there are good reasons to draw a distinction between confidential and non-confidential sources, as the privacy and other concerns they raise may differ substantially.

presse à l’avenir sans l’imposition de conditions qui protègent la liberté de la presse et l’identité des informateurs » : p. 453 (je souligne). En conséquence, la préoccupation relative aux effets dissuasifs peut être suffisamment atténuée si des conditions appropriées sont imposées.

[31] À mon avis, pour les motifs qui précèdent, rien ne justifie de reconnaître une présomption d’effet dissuasif chaque fois que l’État demande une ordonnance de communication en lien avec un média. L’existence et l’étendue de tout effet dissuasif éventuel devraient plutôt être évaluées au cas par cas. Comme on le dit souvent, le contexte est fondamental.

[32] Dans cette optique, si le juge saisi de la demande conclut, au vu du dossier, que l’ordonnance sollicitée est susceptible d’avoir un effet dissuasif, cette conclusion devrait être prise en compte pour décider si, compte tenu de toutes les circonstances, la demande en vue de l’obtention d’une ordonnance devrait être rejetée ou, si elle est accueillie, de quelles conditions elle devrait être assortie. Dans certains cas, l’existence et l’étendue des effets dissuasifs éventuels peuvent constituer un facteur important dans l’analyse, et dans d’autres, non. Encore une fois, chaque cas demeure un cas d’espèce.

b) *Suppression de la distinction entre les sources confidentielles et les sources non confidentielles*

[33] Les appelants soutiennent que les sources confidentielles et les sources non confidentielles devraient être traitées de la même façon lorsqu’est appliqué le cadre d’analyse énoncé dans *Lessard*. Selon eux, si les sources doivent insister pour conserver leur anonymat afin que leurs communications soient protégées contre l’accès à volonté de l’État, la capacité des médias de s’acquitter de leurs fonctions sera gravement compromise.

[34] La réponse simple à l’argument des appelants est qu’il existe de bonnes raisons d’établir une distinction entre les sources confidentielles et celles qui ne le sont pas, puisque les préoccupations concernant la vie privée et les autres préoccupations qu’elles soulèvent peuvent différer substantiellement.

[35] This Court’s jurisprudence demonstrates that confidential sources raise unique considerations. Most notably, in *National Post*, the potential negative effects of permitting state-compelled disclosure of confidential sources were found to be so compelling as to justify opening the door to journalist-confidential source privilege on a case-by-case basis. No such privilege exists between journalists and non-confidential sources (see *National Post*, at para. 56). Moreover, as noted above, the potential chilling effects that may result from permitting state-compelled disclosure of information may differ considerably depending on whether the source of the information is confidential or non-confidential.

[36] The enactment of the *JSPA*, to which I have previously referred, serves as a further illustration of the important distinction between confidential and non-confidential sources. Through that legislation, among other things, Parliament amended the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, to provide enhanced protections for maintaining the confidentiality of a “journalistic source”, a term restrictively defined as a source who transmits information in confidence and whose anonymity is essential to the relationship with the journalist. For example, under s. 488.02(3) of the *Criminal Code*, a “journalist” may bring an application objecting to the disclosure of documents seized under a search warrant or production order on the basis that they identify or are likely to identify a “journalistic source”. Hence, Parliament too has acknowledged that there is a meaningful difference between confidential and non-confidential sources.

[37] Accordingly, I would not erase the distinction between confidential and non-confidential sources.

[38] To be clear, however, the absence of a confidentiality agreement does not give the state free rein to compel production of materials in the hands of the media. Even where the source of the information

[35] La jurisprudence de la Cour démontre que les sources confidentielles soulèvent des considérations particulières. Plus particulièrement, dans *National Post*, il a été conclu que les effets négatifs potentiels du fait de permettre la divulgation imposée par l’État de sources confidentielles étaient si prédominants qu’ils justifiaient de permettre l’application du privilège du secret des sources confidentielles des journalistes au cas par cas. Il n’existe pas de tel privilège entre les journalistes et les sources non confidentielles : voir *National Post*, par. 56. De plus, comme je l’ai indiqué précédemment, les effets dissuasifs éventuels pouvant découler de l’autorisation de divulguer des renseignements imposée par l’État peuvent différer considérablement selon que la source des renseignements est confidentielle ou non.

[36] L’adoption de la *LPSJ*, à laquelle j’ai déjà fait référence, illustre aussi l’importante distinction entre les sources confidentielles et celles qui ne le sont pas. En adoptant cette loi, le Parlement a notamment modifié le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, afin que ces textes législatifs prévoient des protections accrues en vue du maintien de la confidentialité d’une « source journalistique », un terme défini étroitement comme une source qui transmet confidentiellement de l’information et dont l’anonymat est essentiel aux rapports entre le journaliste et la source. Par exemple, suivant le par. 488.02(3) du *Code criminel*, un « journaliste » peut présenter une demande pour s’opposer à la divulgation de documents saisis en exécution d’un mandat de perquisition ou d’une ordonnance de communication pour le motif qu’ils identifient ou sont susceptibles d’identifier une « source journalistique ». Ainsi, le législateur a lui aussi reconnu qu’il existe une différence significative entre les sources confidentielles et les sources non confidentielles.

[37] En conséquence, je n’écarterais pas la distinction entre les sources confidentielles et celles qui ne le sont pas.

[38] Je précise toutefois que l’absence d’entente relative à la confidentialité ne donne pas à l’État la liberté totale d’imposer la communication de documents qui se trouvent en la possession des médias.

sought is non-confidential, compelled production may cause chilling effects, and the impact on the media and the privacy interests at stake may nonetheless be significant. But once again, context is crucial, and it should not be assumed that the existence or absence of a confidentiality agreement makes no difference in the analysis.

(c) *Recharacterization of Effect of Prior Partial Publication*

[39] As indicated, the sixth *Lessard* factor provides that if the information sought has been disseminated by the media in whole or in part, then “this will be a factor which will favour the issuing of the search warrant” (*Lessard*, at p. 445; *New Brunswick*, at p. 481 (emphasis added)). Indeed, in *Lessard*, Cory J. treated prior partial publication as a decisive factor:

... once the news media have published the gathered information, that information then passes into the public domain. The publication of that information is a very important factor for the justice of the peace to consider. This is something that favours the issuing of a search warrant. When a crime has been committed and evidence of that crime has been published, society has every right to expect that it will be investigated and, if appropriate, prosecuted. Here, the publication or broadcasting of the information was a factor of sufficient importance to enable the justice of the peace to exercise his discretion and issue the search warrant notwithstanding the failure of the police to explain that there was no alternative source available that would give them the information contained in the videotape. [pp. 446-47]

[40] The appellants take issue with the state of the law on prior partial publication. They maintain that prior partial publication does nothing to reduce the chilling effects caused by compelling disclosure of the unpublished materials, nor does it attenuate the media’s interests in the unpublished materials, particularly when those materials are journalist-source communications.

Même lorsque la source des renseignements demandés n’est pas confidentielle, la communication forcée peut causer des effets dissuasifs, et l’incidence sur les médias et sur les droits à la vie privée en jeu peut être importante. Cela dit, encore une fois, le contexte est d’une importance capitale, et on ne peut pas présumer que l’existence ou l’absence d’une entente de confidentialité ne fait aucune différence dans l’analyse.

c) *Requalification de l’effet de la publication partielle antérieure*

[39] Comme nous l’avons vu, le sixième facteur établi dans *Lessard* prévoit que si les renseignements demandés ont été rendus publics par les médias en totalité ou en partie, « ce facteur favorisera l’attribution du mandat de perquisition » : *Lessard*, p. 445; *Nouveau-Brunswick*, p. 481 (je souligne). En effet, dans *Lessard*, le juge Cory a conclu que la publication partielle antérieure constituait un facteur décisif :

... une fois que les médias ont publié les renseignements recueillis, ceux-ci sont alors dans le domaine public. La publication de ces renseignements est un facteur très important que le juge de paix doit prendre en considération. C’est quelque chose qui milite en faveur de l’attribution d’un mandat de perquisition. Lorsqu’un acte criminel a été commis et que des éléments de preuve de cet acte criminel ont été publiés, la société est tout à fait en droit de s’attendre à ce qu’il fasse l’objet d’une enquête et, s’il y a lieu, d’une poursuite. En l’espèce, la publication ou la diffusion des renseignements était un facteur suffisamment important pour que le juge de paix soit fondé à exercer son pouvoir discrétionnaire et à décerner le mandat de perquisition même si la police n’a pas expliqué qu’il n’existait pas d’autre source pouvant lui donner les renseignements contenus sur la bande vidéo. [p. 446-447]

[40] Les appelants contestent l’état du droit sur la publication partielle antérieure. Ils soutiennent qu’une telle publication ne réduit aucunement les effets dissuasifs causés par la divulgation forcée des renseignements non publiés, et n’atténue pas non plus l’intérêt des médias à l’égard de ces renseignements, particulièrement lorsqu’il s’agit de communications entre un journaliste et sa source.

[41] I accept that “[w]hen a crime has been committed and evidence of that crime has been published, society has every right to expect that it will be investigated and, if appropriate, prosecuted” (*Lessard*, at p. 447). In my view, the publication of materials that raise serious and credible concerns over potential criminality, particularly where there is an ongoing or imminent threat to safety and security, cannot be ignored in weighing the state and the media’s respective interests. Neither the police nor Canadian society should turn a blind eye to such materials. Nor should the courts.

[42] Moreover, not only may prior partial publication heighten the state’s interests in the unpublished materials, but in some circumstances it may also attenuate the media’s interests in those materials. For example, where “[t]he media ha[s] already completed their basic function of news gathering and news dissemination” (*Lessard*, at p. 447) — i.e., the news cycle is over — this may be a factor suggesting that the media’s interests in the unpublished materials have been diminished.

[43] However, I cannot accept that prior partial publication will *always* militate in favour of granting the order. Prior partial publication should not necessarily lessen the degree of protection afforded to the *unpublished* materials, since permitting state access to the unpublished materials still interferes with the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news (see *Lessard*, at p. 453, per McLachlin J., dissenting), and compelled production of the unpublished materials may still cause chilling effects. In fact, in some cases, the media may well have decided not to disseminate the unpublished materials precisely because they are particularly sensitive. Relatedly, the unpublished materials will sometimes be of a different nature as compared to the published materials, thereby raising different privacy concerns. For example, the state may seek disclosure of the raw communications between journalist and source (potentially including related metadata) or a journalist’s personal notes or contact lists. The important privacy interests attaching to those types

[41] Je reconnais que « [l]orsqu’un acte criminel a été commis et que des éléments de preuve de cet acte criminel ont été publiés, la société est tout à fait en droit de s’attendre à ce qu’il fasse l’objet d’une enquête et, s’il y a lieu, d’une poursuite » : *Lessard*, p. 447. À mon avis, lorsqu’on soupèse les intérêts respectifs de l’État et des médias, on ne peut ignorer la publication de renseignements qui soulèvent des préoccupations graves et crédibles quant à de possibles crimes, particulièrement s’il y a un risque continu ou imminent pour la sécurité. Ni la police ni la société canadienne ne devraient fermer les yeux sur ces renseignements — les tribunaux non plus.

[42] En outre, non seulement la publication partielle antérieure peut renforcer l’intérêt de l’État à l’égard des renseignements non publiés, mais dans certaines situations, elle peut aussi atténuer l’intérêt des médias à leur égard. Par exemple, lorsque « [l]e média [a] déjà exercé sa fonction de base qui consiste à recueillir et à diffuser des informations » (*Lessard*, p. 447) — c.-à-d. que le cycle des informations est terminé —, cela peut être un facteur indiquant que l’intérêt du média à l’égard des renseignements non publiés a été réduit.

[43] Cependant, je ne peux accepter que la publication partielle antérieure favorise *toujours* l’octroi de l’ordonnance. En effet, une telle publication ne devrait pas nécessairement réduire la protection accordée aux renseignements *non publiés*, puisque le fait de permettre à l’État d’avoir accès à ce type de renseignements entrave toujours le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations (voir *Lessard*, p. 453, la juge McLachlin, dissidente), et que la communication forcée des renseignements non publiés peut toujours causer un effet dissuasif. En fait, dans certains cas, les médias auraient bien pu avoir décidé de ne pas rendre publics les renseignements non publiés précisément parce qu’ils sont particulièrement sensibles. Dans le même ordre d’idées, les renseignements non publiés sont parfois d’une nature différente de celle des renseignements publiés, et soulèveraient donc des préoccupations différentes en matière de respect de la vie privée. Par exemple, l’État peut demander la divulgation des

of materials are not necessarily diminished through publication of a news article based on or otherwise related to those materials.

[44] Accordingly, I am of the view that the effect of prior partial publication should be assessed on a case-by-case basis. In determining the effect of prior partial publication in any particular case, the authorizing judge should consider all the circumstances, including the nature of the materials (both published and unpublished) and how much of the full body of materials has already been published. Where, for example, the published materials raise serious and credible concerns over potential criminality, the disclosure of the unpublished materials would not reveal a confidential source or disclose “off the record” or “not for attribution” communications, and much of the materials have already been published, prior partial publication may militate in favour of granting the order. All of these conditions were present in *Lessard* and *New Brunswick*. By contrast, where only some or none of these conditions are present, the effect of prior partial publication may be more neutral. In my view, this more nuanced approach to prior partial publication adds greater flexibility to the *Lessard* framework and permits a more contextual inquiry.

[45] Finally, I am of the view that although it is listed as an independent factor under the *Lessard* framework, prior partial publication is best viewed as an aspect of the *Lessard* balancing test, at least in the sense that prior partial publication may enhance the state’s interest in investigating and prosecuting alleged crime and may diminish the media’s interests in the unpublished materials. For the sake of clarity, therefore, I would simply treat prior partial publication as part of the overall balancing exercise,

communications telles quelles entre un journaliste et sa source (qui pourraient même comprendre les métadonnées connexes), ou les notes personnelles ou les listes de contacts d’un journaliste. Or, les intérêts importants en matière de respect de la vie privée qui se rattachent à ces types de renseignements ne sont pas nécessairement amoindris par la publication d’un article fondé sur ces documents ou qui leur est autrement lié.

[44] En conséquence, j’estime qu’il faut évaluer l’effet de la publication partielle antérieure au cas par cas. Lorsqu’il évalue l’effet d’une telle publication dans un dossier donné, le juge saisi de la demande doit tenir compte de toutes les circonstances, y compris de la nature des renseignements (tant de ceux qui ont été publiés que de ceux qui ne l’ont pas été) et de la portion de l’ensemble complet de renseignements qui a déjà été publiée. Lorsque, par exemple, les renseignements publiés soulèvent des préoccupations graves et crédibles quant à de possibles crimes, que la communication des renseignements non publiés ne révélerait pas l’identité d’une source confidentielle ou des communications faites « à titre confidentiel » ou « sous le couvert de l’anonymat » et que la plupart des renseignements ont déjà été rendus publics, la publication partielle antérieure peut favoriser l’octroi de l’ordonnance. Toutes ces conditions étaient réunies dans *Lessard* et dans *Nouveau-Brunswick*. En revanche, lorsque seulement certaines de ces conditions sont réunies, ou lorsqu’aucune de ces conditions n’existe, l’effet de la publication partielle antérieure pourrait être plus neutre. À mon avis, cette façon plus nuancée d’aborder la publication partielle antérieure assouplit le cadre d’analyse établi dans *Lessard*, et permet de procéder à une analyse plus contextuelle.

[45] Finalement, je suis d’avis que, même si, selon le cadre d’analyse établi dans *Lessard*, la publication partielle antérieure est un facteur indépendant, il est préférable de la considérer comme un aspect du critère de mise en balance établi dans *Lessard*, au moins en ce sens que la publication partielle antérieure pourrait accroître l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs et pourrait diminuer l’intérêt des médias à l’égard des renseignements non publiés. En conséquence,

rather than an independent factor to be considered on its own.

(d) *State's Interests — Prospect of Trial and Probative Value of Evidence*

[46] The appellants argue that in assessing the state's interests under the third factor of the *Lessard* framework, the authorizing judge should consider (1) the prospect of a trial actually taking place; and (2) the probative value of the evidence sought.

(i) Prospect of Trial

[47] First, with respect to the prospect of a trial actually taking place, it is important to understand that what we are concerned with here is the *investigation* and *evidence-gathering* stage. Searches performed at this stage are aimed at investigating and gathering evidence of potential criminality, not at proving allegations and securing a conviction in court. At this early stage, “the public interest requires prompt and thorough investigation of potential offences”, and as such “all relevant information and evidence should be located and preserved as soon as possible” (*CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 19 (emphasis in original)). The function of the police at this juncture is “to investigate incidents which might be criminal, make a conscientious and informed decision as to whether charges should be laid, and then present the full and unadulterated facts to the prosecutorial authorities” (para. 22). This function does not include “investigat[ing] and decid[ing] whether the essential elements of an offence are made out”; that role belongs to the courts (*ibid.*).

[48] Once the nature and purpose of the investigation and evidence-gathering stage is properly understood, it becomes clear that the prospect of a trial actually taking place is not relevant at this stage

par souci de clarté, je considérerais la publication partielle antérieure comme faisant simplement partie de l'exercice de mise en balance générale, plutôt que comme un facteur indépendant devant être examiné de manière isolée.

d) *Intérêts de l'État — perspective d'un procès et valeur probante des éléments de preuve*

[46] Les appelants font valoir que lorsque le juge saisi de la demande évalue les intérêts de l'État selon le troisième facteur du cadre d'analyse énoncé dans *Lessard*, il devrait tenir compte (1) de la perspective qu'un procès ait réellement lieu; et (2) de la valeur probante des éléments de preuve demandés.

(i) Perspective d'un procès

[47] Premièrement, pour ce qui est de la perspective qu'un procès ait réellement lieu, il est important de comprendre que ce qui nous préoccupe ici, c'est l'étape de l'*enquête* et de l'*obtention d'éléments de preuve*. Les fouilles et perquisitions effectuées à cette étape visent à enquêter et à obtenir des éléments de preuve relativement à de possibles crimes, et non à prouver des allégations et à obtenir une condamnation en cour. À cette étape préliminaire, « l'intérêt public commande qu'une enquête prompte et approfondie soit menée s'il y a possibilité d'infraction », de sorte que « tous les renseignements et éléments de preuve pertinents [soient] trouvés et conservés le plus rapidement possible » : *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 19 (souligné dans l'original). À ce stade, le rôle des policiers consiste à « enquêter sur des incidents qui pourraient être criminels, à prendre une décision consciencieuse et éclairée sur l'opportunité de porter des accusations, puis à soumettre l'ensemble des faits sans les dénaturer aux autorités chargées des poursuites » : par. 22. Ce rôle ne comprend pas le fait de « mener une enquête pour décider si les éléments essentiels d'une infraction sont établis »; une décision qui appartient aux tribunaux : *ibid.*

[48] Une fois qu'on comprend correctement la nature et l'objet de l'étape de l'enquête et de l'obtention d'éléments de preuve, il est clair que la perspective qu'un procès ait réellement lieu n'est pas pertinente

of the inquiry. Put simply, the prospect of a trial is a concern left for another day and for a different set of actors.

[49] Further, and more practically, it may be difficult — if not impossible — to gauge at this early stage the prospect of a trial actually taking place. Much can change in the course of investigating and prosecuting alleged crime. To ask judges at such an early stage to attempt to assess the prospect of a trial actually taking place down the road would be impracticable and would require authorizing judges to engage in speculation. And in any event, even where it appears uncertain — or even unlikely — that a trial will actually take place, society still has an interest in seeing crime investigated, particularly where it is ongoing or poses a future threat.

[50] Finally, from a policy perspective, the consequences of accepting the appellants' proposal would be perverse. It would enable a suspected criminal to delay or even prevent the police from securing crucial authorizations permitting them to carry out their investigation by, for example, fleeing the country and thereby decreasing the likelihood of a trial ever taking place. It goes without saying that this type of conduct must not be encouraged.

[51] Therefore, I am of the view that the prospect of a trial actually taking place is not a relevant factor in determining whether to grant a production order in relation to the media.

(ii) Probative Value of Materials Sought

[52] Second, the appellants maintain that in determining whether to grant a production order relating to the media, authorizing judges should consider the probative value of the materials sought. They then go further and suggest that this probative value should be considered incrementally against the materials that are, or could reasonably be expected to be, available and admissible at trial. They submit that a court should grant a production order relating to the media only where the materials sought are “necessary . . . in the sense of making the difference

à cette étape de l'analyse. En termes simples, le facteur de la perspective d'un procès devra être examiné ultérieurement et par d'autres acteurs.

[49] De plus, d'un point de vue plus pratique, il peut être difficile — voire impossible — d'évaluer à cette étape préliminaire la perspective qu'un procès ait réellement lieu. Beaucoup de choses peuvent changer au cours de l'enquête et de la poursuite à l'égard du crime qui aurait été commis. Demander aux juges à un tel stade préliminaire de tenter d'évaluer la perspective qu'un procès ait réellement lieu ultérieurement serait impraticable et obligerait les juges saisis de la demande à se livrer à des conjectures. Quoi qu'il en soit, même s'il semblait incertain — ou même improbable — qu'un procès ait réellement lieu, la société a tout de même un intérêt à ce que le crime fasse l'objet d'une enquête, particulièrement lorsqu'il est continu ou qu'il représente un danger futur.

[50] Finalement, sur le plan des principes, accepter la proposition des appelants aurait des conséquences malencontreuses, notamment celle de permettre à une personne soupçonnée d'un crime de retarder ou même d'empêcher l'obtention par les policiers des autorisations essentielles pour mener leur enquête, par exemple en s'enfuyant du pays, ce qui réduirait les chances qu'un procès ait lieu. Il va sans dire que ce type de conduite ne doit pas être encouragé.

[51] En conséquence, j'estime que la perspective qu'un procès ait réellement lieu n'est pas un facteur pertinent pour établir si l'ordonnance de communication en lien avec les médias doit être accordée.

(ii) Valeur probante des documents demandés

[52] Deuxièmement, les appelants soutiennent que lorsqu'il se penche sur l'opportunité de rendre une ordonnance de communication en lien avec les médias, le juge saisi de la demande devrait tenir compte de la valeur probante des renseignements demandés. Ils vont ensuite plus loin et suggèrent que cette valeur probante devrait être examinée progressivement en fonction des renseignements qui sont disponibles et admissibles au procès, ou dont on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'ils le soient. Selon eux, le tribunal devrait accorder une ordonnance

between acquittal and conviction” (A.F., at para. 117 (emphasis deleted)).

[53] For the sake of clarity, I note that s. 487.014 (formerly s. 487.012) of the *Criminal Code*, the provision permitting peace officers and public officers to apply for an order requiring a person who is not under investigation to produce a document, requires that the court be satisfied that there are reasonable grounds to believe that, among other things, the document or data sought “will afford evidence respecting the commission of the offence” (s. 487.014(2)). It says nothing of probative value. Therefore, the question is whether, in addition to this statutory requirement, there is — or should be — a common law rule requiring authorizing judges to consider the probative value of the materials sought in deciding whether to exercise their discretion to grant the order requested.

[54] In *National Post*, this Court stated that in weighing the public interest in protecting the journalist-confidential source relationship in question against countervailing public interests such as the investigation of a particular crime, courts should consider, among other things, “the probative value of the evidence sought to be obtained” (para. 61). In light of this clear recognition, I see no reason why the probative value of the materials sought would not similarly be considered by authorizing judges in determining whether to exercise their discretion to make a production order in relation to the media.

[55] Accordingly, where the materials sought can reasonably be expected to have a higher degree of probative value, the case in favour of granting the order is strengthened. Our jurisprudence supports this proposition. For example, in *Lessard and New Brunswick*, the footage was believed to show the actual commission of criminal offences, thereby having obvious probative value. In *National Post*,

de communication en lien avec les médias seulement lorsque les renseignements demandés sont [TRADUCTION] « nécessaires [...] en ce sens qu’ils peuvent faire une différence entre l’acquittement et la condamnation » : m.a., par. 117 (soulignement omis).

[53] Par souci de clarté, je souligne que l’art. 487.014 (l’ancien art. 487.012) du *Code criminel* — soit la disposition qui permet aux juges de paix et aux fonctionnaires publics de demander une ordonnance exigeant qu’une personne qui ne fait pas l’objet d’une enquête communique un document — requiert que la cour soit convaincue qu’il existe des motifs raisonnables de croire, notamment, que le document ou les données demandés « fourniront une preuve concernant la perpétration de l’infraction » : par. 487.014(2). Il n’aborde aucunement la valeur probante. En conséquence, il s’agit d’établir si, en plus de cette exigence législative, il existe — ou devrait exister — une règle de common law exigeant qu’un juge saisi de la demande tienne compte de la valeur probante des documents demandés lorsqu’il décide s’il devrait accorder l’ordonnance sollicitée en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

[54] Dans *National Post*, la Cour a affirmé que lorsqu’ils mettent en balance l’intérêt public à protéger la relation entre un journaliste et sa source confidentielle en cause et les intérêts publics opposés comme la tenue d’une enquête sur un crime précis, les tribunaux doivent tenir compte, notamment, de « la valeur probante des éléments que l’on cherche à obtenir » : par. 61. À la lumière de cette reconnaissance sans équivoque, je ne vois pas pourquoi la valeur probante des renseignements demandés ne serait pas prise en considération de la même façon par un juge saisi de la demande lorsqu’il décide s’il accorde l’ordonnance de communication en lien avec les médias en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

[55] Par conséquent, lorsqu’on peut raisonnablement s’attendre à ce que les renseignements demandés aient une valeur probante plus élevée, l’argument en faveur de l’octroi de l’ordonnance est renforcé. Notre jurisprudence étaye cette proposition. Par exemple, dans *Lessard* et dans *Nouveau-Brunswick*, la Cour a jugé que les séquences vidéo montraient la perpétration d’actes criminels, ce qui leur conférait

the materials sought had even higher potential probative value: they were alleged to form the very *actus reus* of a criminal offence (para. 77). In these circumstances, the state's interests in the materials are heightened, and the probity of the materials sought weighs more heavily in the balance. By contrast, where the materials sought can reasonably be expected to be of lesser probative value, the state's interests in the materials may be attenuated.

[56] That said, the assessment of probative value has its limits. This Court has cautioned that “[i]t will often be difficult to determine definitively the probative value of a particular thing before the police investigation has been completed” (*Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 889). It is therefore important not to place undue weight on the assessment of likely probative value, as it may be an imprecise and uncertain exercise.

[57] In the end, while probative value may be a relevant consideration in applying the *Lessard* framework, I would not go so far as to impose the appellants' proposed “necessity” test. The notion that the police should be denied a production order unless they can demonstrate that the order is necessary to secure a conviction cannot be sustained for several reasons, including the following:

- First, it misapprehends the role of authorizing judges. On this point, I would endorse Doherty J.A.'s observation in the court below that the appellants' submission “improperly blurs the line between judge and prosecutor by assigning judges the job of deciding whether the prosecution has sufficient evidence to prove its case without access to the information in the hands of the media” (2017 ONCA 231, 137 O.R. (3d) 263, at para. 41).
- Second, in a different sense, it would effectively transform the production order application into a trial of the alleged offence on the merits. In

une valeur probante évidente. Dans *National Post*, les documents demandés avaient une valeur probante encore plus grande; en effet, on a fait valoir qu'ils constituaient l'*actus reus* même du crime reproché : par. 77. Dans de telles circonstances, l'intérêt de l'État à l'égard des renseignements est accru, et la valeur probante des renseignements demandés pèse plus lourd dans la balance. En revanche, lorsqu'on peut raisonnablement s'attendre à ce que les renseignements demandés aient une valeur probante moindre, l'intérêt de l'État à l'égard de ces renseignements peut être atténué.

[56] Cela dit, l'évaluation de la valeur probante a ses limites. La Cour a signalé qu'il « sera souvent difficile de déterminer péremptoirement la valeur probante d'une chose avant la fin de l'enquête policière » : *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 889. Ainsi, comme une telle démarche peut être imprécise et incertaine, il est important de ne pas accorder trop d'importance à l'évaluation de la valeur probante probable.

[57] En fin de compte, même si la valeur probante peut être un facteur pertinent lors de l'application du cadre d'analyse énoncé dans *Lessard*, je n'irais pas jusqu'à imposer aux appelants le critère proposé de la « nécessité ». L'idée selon laquelle les policiers devraient se voir accorder une ordonnance de communication seulement s'ils démontrent que l'ordonnance est nécessaire pour obtenir une déclaration de culpabilité ne peut être retenue pour plusieurs raisons, y compris les suivantes :

- Premièrement, elle est fondée sur une idée fautive du rôle du juge saisi de la demande. À ce sujet, je souscris à l'observation du juge Doherty de la Cour d'appel, selon laquelle l'argument des appelants [TRADUCTION] « brouille à tort la ligne de démarcation entre un juge et un procureur en attribuant au juge la tâche de décider si la preuve de la poursuite est suffisante sans qu'il ait accès aux informations que les médias ont en leur possession » : 2017 ONCA 231, 137 O.R. (3d) 263, par. 41.
- Deuxièmement, dans un sens différent, elle transformerait en fait la demande de communication en un procès sur le fond de l'infraction

my view, it would be both inappropriate and impracticable to require the authorizing judge to speculate about whether the police have amassed sufficient evidence to prove beyond a reasonable doubt that an offence has been committed.

- Third, the mere fact that *other* evidence — even *similar* evidence — is available should not preclude the police from gathering *further* evidence. Again, the objective at the investigation and evidence-gathering stage is to conduct a “prompt and thorough investigation of potential offences” and to locate and preserve “all relevant information and evidence . . . as soon as possible” (*CanadianOxy*, at para. 19 (emphasis in original)). Indeed, at this stage, “[i]t is important that an investigation unearth as much evidence as possible” (para. 24 (emphasis added)).
- Fourth, imposing a test of strict necessity would seriously undermine the ability of the police to investigate and gather evidence of potential criminality.

[58] Thus, while the probative value of the materials sought may be considered in weighing the state’s interest in the investigation and prosecution of crime against the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news, I would not accede to the appellants’ submission that a strict necessity test should be imposed.

B. *Where the Police Are Seeking a Production Order Relating to the Media, Should a Presumptive Notice Requirement Be Imposed?*

[59] The appellants ask that this Court impose a rule to the effect that, absent exigent circumstances, the media must be given notice of an application for a production order relating to it.

reprochée. À mon avis, il serait à la fois inapproprié et impossible d’exiger que le juge saisi de la demande cherche à savoir si la police a recueilli suffisamment d’éléments de preuve pour prouver hors de tout doute raisonnable qu’une infraction a été commise.

- Troisièmement, le simple fait que d’autres éléments de preuve — même des éléments de preuve *semblables* — soient disponibles ne devrait pas empêcher la police de recueillir des éléments de preuve *supplémentaires*. Encore une fois, l’objectif à l’étape de l’enquête et de l’obtention d’éléments de preuve est de mener une « enquête prompte et approfondie [. . .] s’il y a possibilité d’infraction » ainsi que de trouver et de conserver « tous les renseignements et éléments de preuve [. . .] le plus rapidement possible » : *CanadianOxy*, par. 19 (soulignement dans l’original). De fait, à cette étape, « [i]l est important que les enquêteurs découvrent le plus d’éléments de preuve possible » : par. 24 (je souligne).
- Quatrièmement, l’imposition d’un critère de stricte nécessité entraverait grandement la capacité de la police à mener une enquête et à obtenir des éléments de preuve à l’égard de possibles crimes.

[58] Ainsi, bien que la valeur probante des documents demandés puisse être prise en considération lors de la mise en balance de l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs, d’une part, et du droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations, d’autre part, je ne peux souscrire à l’argument des appelants voulant que le critère de stricte nécessité doive être imposé.

B. *Lorsque la police sollicite une ordonnance de communication en lien avec un média, faudrait-il imposer une exigence présumée de signifier un avis?*

[59] Les appelants demandent à la Cour d’imposer une règle selon laquelle, sauf dans les situations d’urgence, les médias devraient être avisés de toute demande sollicitant une ordonnance de communication qui les concerne.

[60] I respectfully disagree that we should impose such a requirement. As I will explain, the proposed requirement cannot be sustained in light of (1) the clear language of the *Criminal Code*; and (2) this Court’s decision in *National Post*.

(1) *Criminal Code*

[61] First, the *Criminal Code* provision authorizing the type of production order issued in this case, s. 487.014(1), grants peace officers and public officers the ability to bring an “*ex parte* application” for a production order. Parliament presumably used these words for a reason, and they ought to be given effect. With respect, imposing a presumptive notice requirement absent exigent circumstances would effectively rewrite the legislation. One of the consequences of this rewriting would be to transform production order applications relating to the media into full-blown adversarial hearings. Whatever the merits of that approach, it is not the one envisioned by Parliament.

[62] I would add, as Doherty J.A. did in the court below (para. 23), that the negative impact on the media resulting from the *ex parte* proceeding model is countered, at least to some degree, by the media’s right under s. 487.0193(1) of the *Criminal Code* to apply to court to have the production order varied or revoked before the materials are turned over to the police.

(2) *National Post*

[63] Second, in *National Post*, a majority of this Court rejected the argument that where the police are seeking a search warrant relating to the media, the media must be given notice. Justice Binnie observed that a majority of the Court in *New Brunswick* held that the special position of the media did not “import any new or additional [procedural] requirements” (para. 82, citing *New Brunswick*, at p. 475 (text in brackets added by Binnie J.)). He stated that although the media should be given the opportunity to present its case against the warrant at the earliest opportunity,

[60] Soit dit en tout respect, je ne crois pas que nous devrions imposer une telle exigence. Comme je l’expliquerai, l’exigence proposée ne peut être retenue à la lumière (1) du texte clair du *Code criminel*; et (2) de la décision de la Cour dans *National Post*.

(1) *Code criminel*

[61] Premièrement, la disposition du *Code criminel* qui autorise le type d’ordonnance de communication délivrée en l’espèce, le par. 487.014(1), donne aux agents de la paix et aux fonctionnaires publics la capacité de présenter une « demande *ex parte* » en vue d’obtenir une ordonnance de communication. Le Parlement a vraisemblablement utilisé ces mots à dessein, et il faut leur donner effet. N’en déplaise aux tenants de l’opinion contraire, présumer qu’il faut envoyer un avis en l’absence d’une situation d’urgence reviendrait dans les faits à réécrire la loi. Cela aurait notamment pour conséquence de transformer les demandes sollicitant une ordonnance de communication en lien avec un média en audiences contradictoires à part entière. Peu importe le bien-fondé de cette démarche, ce n’est pas celle qu’a envisagée le législateur.

[62] J’ajouterais, comme l’a fait le juge Doherty en Cour d’appel (par. 23), que les répercussions négatives sur les médias du modèle de l’instance *ex parte* sont contrées, au moins dans une certaine mesure, par le droit que leur confère le par. 487.0193(1) du *Code criminel* de demander au tribunal la modification ou la révocation de l’ordonnance de communication avant que les documents soient remis à la police.

(2) *National Post*

[63] Deuxièmement, dans *National Post*, les juges majoritaires de la Cour ont rejeté l’argument selon lequel un média devrait être avisé lorsque la police sollicite un mandat de perquisition en lien avec lui. Le juge Binnie a noté que les juges majoritaires de la Cour dans *Nouveau-Brunswick* avaient conclu que la situation très particulière des médias « n’ajoute pas d’exigences [procédurales] supplémentaires » : par. 82, citant *Nouveau-Brunswick*, p. 475 (texte entre crochets ajouté par le juge Binnie). Il a ajouté que même si les médias devraient pouvoir présenter

it enjoys no entitlement to notice. Rather, the authorizing judge retains discretion as to the timing of when the media will be permitted to present its case, and it may be appropriate to proceed *ex parte* in “cases of urgency or other circumstances” (para. 83 (emphasis added)). These “other circumstances” may include instances where, for example, proceeding *ex parte* would help ensure the evidence does not disappear while the merits of the warrant are debated (*ibid.*). Justice Binnie cautioned, however, that where the authorizing judge does proceed *ex parte*, “adequate terms must be inserted in any warrant to protect the special position of the media, and to permit the media ample time and opportunity to point out why, on the facts, the warrant should be set aside” (para. 84).

[64] I am of the view that we should adhere to our previous decision in *National Post*. It is consistent with the *ex parte* model provided for in the *Criminal Code*, and I see no compelling reason to depart from a decision of the Court issued only eight years ago.

(3) Conclusion

[65] I would not impose a presumptive notice requirement in situations where the police are seeking a production order in relation to the media. In my view, the traditional model of *ex parte* applications for production orders “provides adequate protection to ensure a strong, vibrant and independent media, free to carry out its important role in our society without unwarranted state intrusion” (*R. v. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 52 O.R. (3d) 757 (C.A.), at para. 6) (“*CBC (ONCA)*”). I would therefore give effect to the language of the *Criminal Code* and to this Court’s decision in *National Post*: as a starting proposition, there is no notice requirement where the police are seeking a production order relating to the media. Instead, the *Criminal Code* permits peace officers and public officers to bring an *ex parte* application for a production order (s. 487.014(1)), subject to the authorizing judge’s overriding discretion to require notice where he or she deems appropriate

des arguments contre le mandat à la première occasion, ils ne jouissaient pas du droit de recevoir un avis. C’est plutôt le juge saisi de la demande qui détient le pouvoir discrétionnaire de décider du moment où le média aura le droit de présenter son point de vue, et il peut être approprié d’entendre la demande *ex parte* dans les « situations d’urgence ou d’autres circonstances » : par. 83 (je souligne). Ces « autres circonstances » peuvent comprendre les cas où, par exemple, l’instruction de la demande *ex parte* contribuerait à empêcher la disparition de la preuve pendant le débat sur le bien-fondé de la délivrance du mandat : *ibid.* Cependant, le juge Binnie a précisé que lorsque le juge saisi de la demande instruit la demande *ex parte*, « il doit assortir [le mandat] de conditions adéquates pour protéger la situation très particulière du média et lui donner amplement le temps et la possibilité de justifier l’annulation du mandat, au vu des faits » : par. 84.

[64] Je suis d’avis que nous devrions souscrire à notre décision antérieure dans *National Post*. Elle est conforme au modèle de demande *ex parte* prévue dans le *Code criminel*, et je ne vois aucune raison impérieuse d’écarter une décision que la Cour a rendue il y a seulement huit ans.

(3) Conclusion

[65] Je n’imposerais pas d’obligation présumée de signifier un avis dans les situations où les services de police sollicitent une ordonnance de communication en lien avec un média. À mon avis, le modèle traditionnel de demande *ex parte* en vue d’obtenir une ordonnance de communication [TRADUCTION] « assure une protection adéquate afin que les médias soient forts, vibrants et indépendants, libres de s’acquitter de leur important rôle au sein de la société sans intrusions injustifiées de l’État » : *R. c. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 52 O.R. (3d) 757 (C.A.), par. 6 (« *CBC (C.A. Ont.)* »). Je donnerais donc effet au texte du *Code criminel* et à la décision de la Cour dans *National Post* : comme prémisses de départ, il n’y a pas d’obligation de signification d’un avis lorsque la police sollicite une ordonnance de communication en lien avec un média. Le *Code criminel* permet plutôt aux agents de la paix et aux fonctionnaires publics de présenter une

(see *National Post*, at para. 83; *CBC (ONCA)*, at para. 50).

[66] Absent urgency or other circumstances justifying an *ex parte* proceeding, the authorizing judge may well find it desirable to require that notice be given to the media (see *National Post*, at para. 83), especially if he or she considers that more information is necessary to properly balance the rights and interests at stake. That conclusion, however, is not mandatory.

[67] It is worth emphasizing that bare assertions in the affidavit submitted in support of the application for a production order will not provide a basis for proceeding *ex parte*. Instead, the police should show some evidentiary basis for why there is “urgency or other circumstances”. In my view, this is essential to ensure the media is not denied the opportunity to make its case before the authorizing judge without good reason. To illustrate, a broad and unsupported claim that the media is unlikely to cooperate with police or that the media could theoretically put the materials beyond the reach of authorities if notice were to be given — which is *always* a risk to at least some degree — should not suffice.

C. *What Is the Standard of Review to Be Applied on Review of a Production Order Relating to the Media?*

[68] Setting aside the *JSPA* for the moment, there are two main avenues through which a person subject to a production order may challenge the order:

- First, the person may pursue a statutory right of review. A person required to produce a document under s. 487.014 of the *Criminal Code* may bring an application under s. 487.0193(1) to

demande *ex parte* afin d’obtenir une ordonnance de communication (par. 487.014(1)), sous réserve du pouvoir discrétionnaire prépondérant du juge saisi de la demande, qui peut exiger qu’un avis soit donné lorsqu’il le juge approprié : voir *National Post*, par. 83; *CBC (C.A. Ont.)*, par. 50.

[66] En l’absence de situations d’urgence ou d’autres circonstances qui peuvent justifier la procédure *ex parte*, le juge saisi de la demande peut fort bien conclure qu’il est préférable d’aviser le média (voir *National Post*, par. 83), surtout s’il ou elle considère qu’il serait nécessaire de disposer de plus de renseignements pour mettre correctement en balance les droits et intérêts en jeu. Le juge n’est toutefois pas tenu de tirer une telle conclusion.

[67] Il convient de souligner que les simples affirmations dans l’affidavit soumis à l’appui de la demande relative à l’ordonnance de communication ne sauraient justifier une audience *ex parte*. Les policiers doivent plutôt faire état de certains éléments de preuve qui expliquent pourquoi il y a « situation d’urgence ou autres circonstances ». À mon avis, cela est essentiel pour faire en sorte que les médias ne se voient pas refuser sans raison valable l’occasion de présenter leur preuve devant le juge saisi de la demande. À titre d’exemple, une allégation générale et non étayée selon laquelle il est improbable que le média coopère avec les services de police ou qu’il puisse théoriquement mettre les renseignements hors de portée des autorités si un avis est donné — ce qui est *toujours* un risque, jusqu’à un certain point — ne devrait pas être suffisante.

C. *Quelle est la norme de contrôle applicable à l’examen d’une ordonnance de communication en lien avec un média?*

[68] En faisant fi, pour le moment, de la *LPSJ*, il existe deux moyens principaux par lesquels une personne visée par une ordonnance de communication peut la contester :

- D’abord, elle peut exercer son droit à un examen prévu par la loi. En effet, la personne qui est tenue de communiquer un document en application de l’art. 487.014 du *Code criminel* peut présenter

the justice or judge who made the order, or to a judge in the judicial district where the order was made, to revoke or vary the order. Such an application may succeed only if the reviewing judge is satisfied that (a) it would be unreasonable in the circumstances to require the applicant to prepare or produce the document or (b) production of the document would disclose information that is privileged or otherwise protected from disclosure by law (s. 487.0193(4)).

- Second, provided the order was not made by a justice of a superior court (see D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), vol. 1, at §1:2210), the person may file an application for *certiorari* in a superior court.

[69] With respect to this second avenue, *Garofoli* is the leading authority on the standard of review. Put succinctly, the standard to be applied is whether — in light of the record before the authorizing judge, as amplified on review — the authorizing judge “could have” granted the authorization (p. 1452). The reviewing judge is not entitled to substitute his or her view for that of the authorizing judge (*ibid.*). Instead, the reviewing judge is restricted to determining whether “there was reliable evidence that might reasonably be believed on the basis of which the authorization could have issued” (*R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 54 (emphasis deleted); see also *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at paras. 40-43; *R. v. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148, at paras. 68-72).

[70] Although this Court has never explicitly indicated that the *Garofoli* standard applies on an application to set aside a production or other investigative order relating to the media, Binnie J. in *National Post* stated that the standard is whether “there was no reasonable basis” for the order, and the reviewing judge “is generally bound . . . to afford a measure of deference to the determination of the issuing justice”

une demande en vertu du par. 487.0193(1) au juge de paix ou au juge qui a rendu l’ordonnance ou à tout autre juge du district judiciaire où elle a été rendue afin de la faire modifier ou révoquer. Le juge saisi de la demande n’y accédera que s’il est convaincu a) qu’il est déraisonnable, dans les circonstances, d’obliger l’intéressé à préparer ou à communiquer le document, ou b) que la communication révélerait des renseignements protégés par le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges (par. 487.0193(4)).

- Ensuite, à condition que l’ordonnance n’ait pas été rendue par un juge d’une cour supérieure (voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec le concours de D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), vol. 1, §1:2210), la personne peut présenter une demande de *certiorari* devant une cour supérieure.

[69] En ce qui a trait à cette deuxième possibilité, l’arrêt *Garofoli* est l’arrêt de principe concernant la norme de contrôle. En bref, la norme applicable est celle de savoir — au vu du dossier qui a été soumis au juge saisi de la demande, étoffé lors de la révision — si le juge qui a accordé l’autorisation « pouvait le faire » : p. 1452. Le juge chargé de la révision n’est pas autorisé à substituer son opinion à celle du juge qui a accordé l’autorisation : *ibid.* La fonction du juge siégeant en révision se limite plutôt à établir « s’il existait quelque élément de preuve fiable auquel le juge [a] pu raisonnablement ajouter foi pour accorder l’autorisation » : *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 54 (soulignement omis); voir aussi *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, par. 40-43; *R. c. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148, par. 68-72.

[70] Bien que la Cour n’ait jamais explicitement indiqué que la norme établie dans *Garofoli* s’applique à une demande visant l’annulation d’une ordonnance de communication ou d’une autre ordonnance d’investigation en lien avec un média, dans *National Post*, le juge Binnie a affirmé que la norme est celle qui consiste à établir s’il y avait « absence de motifs raisonnables » pour justifier la délivrance de

(para. 80). In my view, the “no reasonable basis” standard is functionally equivalent to the *Garofoli* standard described above.

[71] The appellants submit that although the *Garofoli* standard may be an appropriate one to apply when reviewing production orders generally, it is far too deferential when applied to production orders relating to the media. This is the case, they say, because the production order will generally have been made *ex parte*, and therefore the authorizing judge would not have had the benefit of hearing the media’s case when balancing the rights and interests at stake as required by *Lessard*. Consequently, unless the media is entitled to a *de novo* review, it will have been denied the opportunity to have its interests pitted against those of the state in determining whether the order *should* be made, not merely whether it *could* have been made.

[72] I agree that where the production order was made against the media *ex parte*, the highly deferential *Garofoli* standard may, in some cases, work unfairness. In fact, though I need not rely on this concession, the Crown accepted that in the context of production orders made against the media *ex parte*, “you cannot just take the *Garofoli* framework as it was laid down in *Garofoli* and apply it” (transcript, at p. 105).

[73] However, it may be going too far to create a general rule entitling the media to a *de novo* review of any production order that was made *ex parte*. In my view, where the production order was made *ex parte*, the following test should be applied: if the media points to information not before the authorizing judge that, in the reviewing judge’s opinion, could reasonably have affected the authorizing judge’s decision to issue the order, then the media will be entitled to a *de novo* review. If, on the other hand, the media fails to meet this threshold requirement,

l’ordonnance. En outre, le juge chargé de la révision « est habituellement tenu [. . .] de faire preuve d’une certaine retenue à l’égard de la décision du juge qui a entendu la demande de mandat » : par. 80. À mon avis, la norme d’« absence de motifs raisonnables » est l’équivalent fonctionnel de la norme établie dans *Garofoli*, décrite précédemment.

[71] Les appelants soutiennent que, même si l’application de la norme établie dans *Garofoli* peut être appropriée lors de l’examen des ordonnances de communication en général, elle exige beaucoup trop de déférence lorsqu’elle s’applique à une ordonnance de communication en lien avec un média. Selon eux, il en est ainsi parce que l’ordonnance de communication est généralement rendue *ex parte* et que, en conséquence, le juge saisi de la demande ne peut pas entendre la position du média avant de mettre en balance les droits et les intérêts en jeu comme l’exige l’arrêt *Lessard*. Sauf si le média a droit à un examen *de novo*, ses intérêts n’auront donc pas pu être comparés à ceux de l’État lorsque le juge a décidé si l’ordonnance *devait* être accordée, et non seulement si elle *avait pu* être accordée.

[72] Certes, lorsque l’ordonnance de communication a été rendue *ex parte* contre un média, la norme énoncée dans *Garofoli*, qui commande une grande déférence, peut, dans certains cas, créer des injustices. En fait, même si je n’ai pas besoin de me fonder sur cette concession, la Couronne a admis que, dans le contexte d’une ordonnance de communication prononcée *ex parte* contre un média, [TRADUCTION] « on ne peut pas simplement prendre le cadre d’analyse tel qu’il a été énoncé dans *Garofoli* et l’appliquer » : transcription, p. 105.

[73] Il pourrait toutefois être exagéré de créer une règle générale autorisant les médias à obtenir une révision *de novo* de toute ordonnance de communication qui été rendue *ex parte*. À mon avis, lorsque l’ordonnance a été ainsi rendue, il faut appliquer le test suivant : si le média expose des renseignements qui n’ont pas été portés à la connaissance du juge saisi de la demande et qui, selon le juge chargé de la révision, auraient pu raisonnablement avoir une incidence sur la décision du premier juge de délivrer l’ordonnance, le média aura droit

then the traditional *Garofoli* standard will apply, meaning that the production order may be set aside only if the media can establish that — in light of the record before the authorizing judge, as amplified on review — there was no reasonable basis on which the authorizing judge could have granted the order. In applying the *Garofoli* standard in this context, reviewing judges should bear in mind that authorizing judges are required to give special consideration to the vital role of the media in a free and democratic society and to balance the state’s interest in investigating and prosecuting crimes and the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news.

[74] The threshold requirement of pointing to information not before the authorizing judge that could reasonably have affected the decision, which should be assessed on a case-by-case basis, is not unduly burdensome. For example, without purporting to supply an exhaustive list, the requisite threshold may be satisfied by pointing to:

- a confidentiality agreement protecting the source’s identity, or an agreement to keep certain communications “off the record” or to treat them as “not for attribution”, that the authorizing judge was not aware of;
- unique features in the nature of the journalist-source relationship that the authorizing judge was not aware of;
- evidence that the production order affected, affects, or will affect the media — such as by preventing or delaying publication or compromising a journalistic investigation — in a way that could not have been foreseen by the authorizing judge;

à une révision *de novo*. Si, par contre, le média ne respecte pas cette exigence minimale, la norme traditionnelle établie dans *Garofoli* s’appliquera, ce qui signifie que l’ordonnance de communication sera annulée seulement si le média peut établir que — au vu du dossier soumis au juge saisi de la demande, étoffé lors de la révision — il n’y avait aucun fondement raisonnable sur lequel le juge saisi de la demande a pu accorder l’ordonnance. Lorsqu’il applique la norme établie dans *Garofoli* dans ce contexte, le juge siégeant en révision doit garder à l’esprit que le juge saisi de la demande est tenu d’accorder une attention particulière au rôle essentiel des médias dans une société libre et démocratique, et de mettre en balance l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs et l’intérêt des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations.

[74] Le critère minimal, qui consiste à exposer des renseignements qui n’ont pas été soumis au juge saisi de la demande et qui auraient raisonnablement pu avoir une incidence sur la décision — ce qui doit être évalué au cas par cas — n’est pas un fardeau excessif. Par exemple, sans prétendre dresser ici une liste exhaustive, les médias pourraient s’en acquitter en signalant les éléments suivants :

- une entente de confidentialité qui protège l’identité de la source, ou une entente selon laquelle certaines communications ont été faites « à titre confidentiel » ou doivent être considérées comme ayant été faites « sous le couvert de l’anonymat », dont le juge saisi de la demande n’avait pas connaissance;
- des caractéristiques uniques de la nature de la relation entre le journaliste et sa source, dont le juge saisi de la demande n’avait pas connaissance;
- la preuve que l’ordonnance de communication a eu, a ou aura une incidence sur le média — par exemple en empêchant ou en retardant une publication ou en compromettant une enquête journalistique — d’une manière telle que n’aurait pas pu prévoir le juge saisi de la demande;

- specific evidence — rather than general concerns — concerning chilling effects that the authorizing judge was not aware of; or
- alternative sources of the information that the authorizing judge was not aware of.
- des éléments de preuve précis — plutôt que des préoccupations d'ordre général — quant aux effets dissuasifs dont le juge saisi de la demande n'avait pas connaissance; ou
- d'autres sources de renseignements dont le juge saisi de la demande n'avait pas connaissance.

[75] The requisite threshold would not, however, be satisfied by relying on the fact that the materials sought were provided on a confidential basis if that fact was known to the authorizing judge, as was the case in *National Post*. Nor would it be satisfied by a general assertion that the authorizing judge did not give sufficient weight to concerns over chilling effects or simply did not strike the right balance.

[76] This modified *Garofoli* standard recognizes that a strict application of the *Garofoli* standard may work significant unfairness where, due to absence of the media at the authorization stage, information that could reasonably have affected the decision was not before the authorizing judge. In such circumstances, the authorizing judge would have performed the *Lessard* analysis — which requires a “careful weighing” of the rights and interests at stake and that the media be given “particularly careful consideration” (*Lessard*, at p. 444) — without having fully weighed both sides of the scale. A decision that was made without having considered all of the relevant information that could reasonably have affected the outcome cannot rightly be shown deference, and therefore a fresh weighing is justified.

[77] However, this modified *Garofoli* standard also recognizes that there is no principled reason to undertake a *de novo* review where the media cannot point to information not before the authorizing judge that could reasonably have affected the authorizing judge's decision to issue the order. In some circumstances, even where the media was absent at the authorization hearing, the authorizing judge may have had all the information that could reasonably have

[75] Cependant, un média ne peut satisfaire au critère minimal requis en se fondant sur le fait que les renseignements demandés ont été fournis à titre confidentiel si le juge saisi de la demande était au courant de ce fait, comme c'était le cas dans *National Post*. Ils ne peuvent pas non plus y satisfaire en affirmant de façon générale que le juge saisi de la demande n'a pas donné suffisamment d'importance aux effets dissuasifs ou qu'il n'a tout simplement pas établi le juste équilibre.

[76] Cette norme *Garofoli* modifiée reconnaît que l'application stricte de la norme établie dans cet arrêt peut créer d'importantes injustices lorsque, en raison de l'absence des médias au stade de l'autorisation, des renseignements qui auraient pu raisonnablement avoir une incidence sur la décision n'ont pas été soumis au juge saisi de la demande. Dans ces circonstances, ce juge saisi de la demande aurait effectué l'analyse énoncée dans *Lessard* — qui exige de « comparer soigneusement » les droits et intérêts en jeu et qui prévoit que les médias ont droit à une « attention toute particulière » (*Lessard*, p. 444) — sans avoir pleinement mis en balance les différents intérêts en jeu. Une décision qui a été prise sans que tous les renseignements pertinents raisonnablement susceptibles d'avoir une incidence sur le résultat n'aient été examinés ne peut à bon droit être traitée avec déférence; il est donc justifié dans ces circonstances de procéder à une nouvelle mise en balance.

[77] Cela dit, cette norme *Garofoli* modifiée reconnaît aussi qu'aucune raison logique ne justifie qu'une révision *de novo* soit entreprise lorsque le média ne peut pas présenter des renseignements qui n'ont pas été soumis au juge saisi de la demande et qui auraient raisonnablement pu avoir une incidence sur sa décision de rendre l'ordonnance. Dans certaines circonstances, même lorsque le média n'a pas été présent lors de l'audition de la demande

affected the decision before him or her. If there is no information offered on review that could reasonably have affected the authorization decision but was not before the authorizing judge, then the justification for permitting a *de novo* review — namely, that relevant considerations were not taken into account — falls away.

[78] There are, of course, good reasons for showing deference to the authorizing judge’s decision where he or she had all of the relevant information bearing on the decision before him or her. For example, a production order is presumptively a valid court order and *de novo* review would be inconsistent with the existence of a valid court order. Additionally, the discretionary nature of a decision to issue a production order invites a deferential standard of review. More broadly, while the media carries with it unique considerations given its special role in society, that does not necessarily make the *Garofoli* standard any less appropriate.

[79] This modified *Garofoli* standard is not inconsistent with *National Post*. As indicated, Binnie J. stated in that case that the reviewing judge “is generally bound . . . to afford a measure of deference to the determination of the issuing justice” (para. 80 (emphasis added)). His use of the word “generally” clearly contemplated that deference would not be an absolute rule. For the reasons I have identified, I consider it appropriate to recognize an exception where the production order relating to the media was made *ex parte* in circumstances where the authorizing judge did not have before him or her all the information that could reasonably have affected the decision. While the *Garofoli* standard applies as a general rule, “[t]he media are entitled to this special consideration because of the importance of their role in a democratic society” (*Lessard*, at p. 444).

d’autorisation, il est possible que le juge saisi de la demande ait disposé de tous les renseignements qui pouvaient raisonnablement avoir une incidence sur sa décision. Si, lors de la révision, le média ne met de l’avant aucun renseignement qui aurait raisonnablement pu avoir une incidence sur la décision relative à l’autorisation, mais qui n’a pas été soumis au juge saisi de la demande, la raison qui justifie la révision *de novo* — soit que les facteurs pertinents n’ont pas été considérés — ne tient plus.

[78] Évidemment, il existe de bonnes raisons de faire preuve de déférence à l’égard de la décision du juge saisi de la demande lorsque celui-ci disposait de tous les renseignements pertinents qui avaient une incidence sur la décision qu’il devait prendre. Par exemple, une ordonnance de communication est présumée être une ordonnance judiciaire valide, et une révision *de novo* ne serait pas compatible avec l’existence d’une telle ordonnance. De plus, la nature discrétionnaire de la décision de rendre une ordonnance de communication commande une norme de contrôle empreinte de déférence. De façon plus générale, bien qu’un média soit porteur de considérations uniques compte tenu de son rôle particulier au sein de la société, la norme *Garofoli* n’est pas pour autant moins appropriée.

[79] Cette norme *Garofoli* modifiée est compatible avec l’arrêt *National Post*. Comme je l’ai déjà indiqué, le juge Binnie a affirmé dans cette décision que le juge chargé de la révision « est habituellement tenu [. . .] de faire preuve d’une certaine retenue à l’égard de la décision du juge qui a entendu la demande de mandat » : par. 80 (je souligne). Il ressort clairement de son emploi du mot « habituellement » que la déférence n’est pas une règle absolue. Pour les raisons que j’ai cernées, j’estime approprié de reconnaître une exception lorsque l’ordonnance de communication en lien avec un média a été rendue *ex parte* dans une situation où le juge saisi de la demande ne disposait pas de tous les renseignements raisonnablement susceptibles d’avoir une incidence sur sa décision. Même si la norme *Garofoli* s’applique de façon générale, « [l]es médias ont droit à cette attention particulière en raison de l’importance de leur rôle dans une société démocratique » : *Lessard*, p. 444.

[80] I wish to re-emphasize that it remains open to the authorizing judge to exercise his or her discretion to require that the media be given notice, and judges should not hesitate to exercise this discretion where the police have failed to provide some evidentiary basis for why there is “urgency or other circumstances”. In addition, where the affidavit in support of the application appears to leave important gaps in information (e.g., regarding the nature of the journalist-source relationship), or where the authorizing judge is uncertain as to the effect the order may have on the specific media outlet or the media more broadly, the authorizing judge may well decide that it would be unwise to proceed *ex parte*. While *ex parte* proceedings remain the statutory *status quo*, authorizing judges are not bound to proceed in this manner. Requiring notice will generally obviate the need for a *de novo* review, with consequential savings to the administration of justice.

[81] Finally, for the sake of clarity, I wish to add that where the media was given notice and appeared before the authorizing judge, there is generally good reason to apply the traditional *Garofoli* standard on review. In that context, permitting a *de novo* review may do little more than add unnecessary time and expense.

D. *Reorganization of Lessard Factors*

[82] Having settled the main jurisprudential issues on appeal, I wish to take this opportunity to reorganize the *Lessard* factors to make them easier to apply in practice. On an application for a production order against the media, the authorizing judge should apply a four-part analysis:

- (1) **Notice.** First, the authorizing judge must consider whether to exercise his or her discretion to require notice to the media. While the statutory *status quo* is an *ex parte* proceeding (see *Criminal Code*, s. 487.014(1)), the authorizing judge has discretion to require notice where he

[80] Je tiens à souligner une fois de plus que le juge saisi de la demande a la possibilité d’exiger, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, que le média soit avisé, et il ne devrait pas hésiter à exercer ce pouvoir lorsque les services de police n’ont pas fourni la preuve établissant des « situations d’urgence ou d’autres circonstances ». De plus, lorsque l’affidavit à l’appui de la demande semble comporter d’importantes lacunes quant aux renseignements (p. ex., concernant la nature de la relation entre le journaliste et sa source), ou lorsque le juge saisi de la demande ne sait pas avec certitude quels effets pourrait avoir l’ordonnance sur un organe de presse en particulier ou sur les médias de façon plus générale, il peut décider qu’il ne serait pas avisé de procéder *ex parte*. Bien que l’audience *ex parte* soit le statu quo prévu par la loi, le juge saisi de la demande n’est pas tenu de procéder de cette façon. Règle générale, l’obligation de donner un avis élimine la nécessité de procéder à un examen *de novo*, ce qui entraîne des économies pour l’administration de la justice.

[81] Finalement, pour plus de précision, je voudrais ajouter que lorsque le média a reçu un avis et comparu devant le juge saisi de la demande, il existe généralement de bonnes raisons d’appliquer la norme de contrôle *Garofoli* traditionnelle. Dans ce contexte, permettre une révision *de novo* ne ferait guère plus qu’ajouter des délais et des dépenses indus.

D. *Réorganisation des facteurs établis dans Lessard*

[82] Puisque j’ai réglé les principales questions jurisprudentielles qui se posent dans le présent pourvoi, je veux profiter de cette occasion pour restructurer les facteurs établis dans *Lessard* afin de les rendre plus faciles à appliquer en pratique. Lorsque lui est soumise une demande relative à une ordonnance de communication en lien avec un média, le juge saisi de la demande doit appliquer une analyse en quatre étapes :

- (1) **Avis.** Premièrement, le juge saisi de la demande doit établir s’il y a lieu qu’il exige, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, que le média soit avisé. Bien que le statu quo prévu par la loi soit l’audience *ex parte* (voir par. 487.014(1) du *Code criminel*), le juge saisi de la demande peut

or she deems appropriate (see *National Post*, at para. 83; *CBC (ONCA)*, at para. 50). Proceeding *ex parte* may be appropriate in “cases of urgency or other circumstances” (*National Post*, at para. 83). However, where, for example, the authorizing judge considers that he or she may not have all the information necessary to properly engage in the analysis described below, this may be an appropriate circumstance in which to require notice.

- (2) **Statutory Preconditions.** Second, all statutory preconditions *must* be met (*Lessard*, factor 1).
- (3) **Balancing.** Third, the authorizing judge must balance the state’s interest in the investigation and prosecution of crimes and the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news (*Lessard*, factor 3). In performing this balancing exercise, which can be accomplished only if the affidavit supporting the application contains sufficient detail (*Lessard*, factor 4), the authorizing judge should consider all of the circumstances (*Lessard*, factor 2). These circumstances may include (but are not limited to):
- (a) the likelihood and extent of any potential chilling effects;
 - (b) the scope of the materials sought and whether the order sought is narrowly tailored;
 - (c) the likely probative value of the materials;
 - (d) whether there are alternative sources from which the information may reasonably be obtained and, if so, whether the police have made all reasonable efforts to obtain the information from those sources (*Lessard*, factor 5);

décider, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, d’exiger l’envoi d’un avis lorsqu’il le juge approprié : voir *National Post*, par. 83; *CBC (C.A. Ont.)*, par. 50. Il peut être approprié de procéder *ex parte* dans « des situations d’urgence ou d’autres circonstances » : *National Post*, par. 83. Cependant, par exemple, il peut être approprié d’exiger que le média soit avisé dans la situation où le juge saisi de la demande estime qu’il ne dispose pas de tous les renseignements nécessaires pour effectuer comme il se doit l’analyse décrite ci-dessous.

- (2) **Conditions légales préalables.** Deuxièmement, toutes les conditions légales préalables *doivent* être réunies (*Lessard*, facteur 1).
- (3) **Mise en balance.** Troisièmement, le juge saisi de la demande doit procéder à la mise en balance de l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs, d’une part, et du droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations, d’autre part (*Lessard*, facteur 3). Lorsqu’il effectue cette mise en balance, qui ne peut avoir lieu que si l’affidavit à l’appui de la demande contient suffisamment de détails (*Lessard*, facteur 4), le juge saisi de la demande doit tenir compte de l’ensemble des circonstances (*Lessard*, facteur 2). Ces circonstances comprennent (notamment) :
- a) la probabilité qu’il y ait des effets dissuasifs, et l’étendue de ceux-ci, le cas échéant;
 - b) la portée des renseignements demandés et la question de savoir si l’ordonnance demandée est formulée de façon restrictive;
 - c) la valeur probante éventuelle des renseignements;
 - d) la question de savoir s’il existe d’autres sources desquelles les renseignements peuvent raisonnablement être obtenus et, dans l’affirmative, si les services de police ont déployé tous les efforts raisonnables pour obtenir les renseignements auprès de ces sources (*Lessard*, facteur 5);

- (e) the effect of prior partial publication, now assessed on a case-by-case basis (*Lessard*, factor 6); and
- (f) more broadly, the vital role that the media plays in the functioning of a democratic society and the fact that the media will generally be an innocent third party (*Lessard*, factor 3).

At the end of the day, the decision as to whether to grant the order sought is discretionary (*Lessard*, factor 2), and the relative importance of the various factors guiding that discretion will vary from case to case (see *New Brunswick*, at p. 478).

- (4) **Conditions.** Fourth, if the authorizing judge decides to exercise his or her discretion to issue the order, he or she should consider imposing conditions on the order to ensure that the media will not be unduly impeded in the publishing and dissemination of the news (*Lessard*, factor 7). The authorizing judge may also see fit to order that the materials be sealed for a period pending review.

[83] As explained above at para. 73, if the order is granted *ex parte* and is later challenged by the media, the standard of review is determined by applying the following test: if the media points to information not before the authorizing judge that, in the reviewing judge’s opinion, could reasonably have affected the authorizing judge’s decision to issue the order, then the media will be entitled to a *de novo* review. If, on the other hand, the media fails to meet this threshold requirement, then the traditional *Garofoli* standard will apply, meaning that the production order may be set aside only if the media can establish that — in light of the record before the authorizing judge, as amplified on review — there was no reasonable basis on which the authorizing judge could have granted the order.

[84] With this analytical framework in mind, I will now apply the law to the facts of this case.

- e) l’effet de la publication partielle antérieure, désormais examiné au cas par cas (*Lessard*, facteur 6);
- f) de façon plus générale, le rôle vital que jouent les médias dans le fonctionnement d’une société démocratique et le fait qu’ils sont généralement des tiers innocents (*Lessard*, facteur 3).

En définitive, la décision de décerner ou non l’ordonnance relève d’un pouvoir discrétionnaire (*Lessard*, facteur 2), et l’importance relative des divers facteurs guidant l’exercice de ce pouvoir variera d’une affaire à l’autre : voir *Nouveau-Brunswick*, p. 478.

- (4) **Conditions.** Quatrièmement, si le juge saisi de la demande décide de décerner l’ordonnance en vertu de son pouvoir discrétionnaire, il doit envisager d’assortir celle-ci de conditions pour que le média ne soit pas indûment empêché de publier et de diffuser les informations (*Lessard*, facteur 7). Le juge saisi de la demande peut également juger qu’il est approprié que les renseignements soient scellés pendant un certain temps en attendant la décision en révision.

[83] Comme je l’ai déjà expliqué au par. 73, si l’ordonnance est décernée lors d’une audience *ex parte* et qu’elle est ultérieurement contestée par le média, la norme de contrôle sera établie en appliquant le test suivant : si le média expose des renseignements dont ne disposait pas le juge saisi de la demande et qui, de l’avis du juge chargé de la révision, auraient raisonnablement pu avoir une incidence sur la décision du juge saisi de la demande de décerner l’ordonnance, le média aura droit à un examen *de novo*. Si, par contre, le média ne satisfait pas à ce critère minimal, la norme *Garofoli* traditionnelle s’appliquera, ce qui signifie que l’ordonnance de communication pourra être annulée seulement si le média peut établir que — compte tenu du dossier soumis au juge saisi de la demande, étoffé lors de la révision — il n’y avait aucun fondement raisonnable sur lequel le juge saisi de la demande a pu accorder l’ordonnance.

[84] C’est en tenant compte de ce cadre d’analyse que je vais maintenant appliquer le droit aux faits de la présente affaire.

E. *Should the Production Order Be Set Aside?*(1) Notice and Standard of Review

[85] As a procedural matter, the Production Order cannot be successfully challenged on the basis that it should not have been made *ex parte*. The Information to Obtain (“ITO”) sworn by Constable Grewal explains the police’s rationale for seeking the order *ex parte*. It describes Vice Media and its operations and sets out key information regarding Mr. Makuch, his interactions with Mr. Shirdon, and the articles he wrote based on those interactions. In light of this discussion, it identifies a risk that once alerted to the police’s interest in the material, the appellants could move the materials beyond the reach of Canadian courts. It explains that before bringing the application, investigators weighed the potential risks associated with alerting the appellants of the investigative importance of the information against the benefits of obtaining the information more swiftly. It also states that there was no basis on which to be assured that the appellants would cooperate with the police, adding that the police drew “a reasonable inference that this news organization would not be able to stage this kind of interview with a purported member of a terrorist group if they had a reputation for immediately handing original evidence to the police” (A.R., at pp. 242-43). Although the police’s explanation for seeking the Production Order *ex parte* could have been stronger and better supported, I am of the view that when that explanation is read in the context of the ITO as a whole, it was open to the authorizing judge to rely on this explanation and to proceed *ex parte*, declining to exercise his discretion to require notice.

[86] On the issue of standard of review, the appellants have not pointed to any information not before the authorizing judge that could reasonably have affected the decision to issue the Production Order. I note, for instance, that Mr. Makuch’s evidence

E. *L’ordonnance de communication devrait-elle être annulée?*(1) Avis et norme de contrôle

[85] Sur le plan de la procédure, l’ordonnance de communication ne peut être contestée avec succès au motif qu’elle n’aurait pas dû être le fruit d’une audience *ex parte*. Dans sa dénonciation faite sous serment, l’agent Grewal a expliqué les raisons pour lesquelles les policiers ont demandé une audience *ex parte*. La dénonciation comporte une description de Média Vice et de ses activités et énonce les principaux renseignements relatifs à M. Makuch, à ses interactions avec M. Shirdon et aux articles qu’il a écrits fondés sur ces interactions. À la lumière de ces discussions, elle fait état d’un risque que les appelants mettent les renseignements hors de la portée des tribunaux canadiens lorsqu’ils seront informés de l’intérêt qu’ils suscitent pour les services de police. La dénonciation explique en outre que, avant de présenter la demande, les enquêteurs ont soupesé les risques potentiels associés au fait d’alerter les appelants de l’importance des renseignements pour l’enquête et les avantages d’obtenir plus rapidement ces renseignements. Elle précise aussi que rien ne prouvait que les appelants collaboreraient avec les services de police, et que ceux-ci ont [TRADUCTION] « raisonnablement inféré que cet organe de presse ne serait pas en mesure d’organiser ce type d’entrevue avec une personne prétendument membre d’un groupe terroriste s’il avait la réputation de remettre immédiatement la preuve originale à la police » : d.a., p. 242-243. Même si l’explication qu’ont donnée les services de police pour présenter *ex parte* leur demande d’ordonnance de communication aurait pu être plus solide et plus étayée, je suis d’avis qu’en la lisant dans le contexte de la dénonciation dans son ensemble, le juge saisi de la demande pouvait, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, se fonder sur elle pour entendre la demande *ex parte*, et refuser d’exiger l’envoi d’un avis.

[86] Quant à la question de la norme de contrôle, les appelants n’ont relevé aucun renseignement qui n’a pas été soumis au juge saisi de la demande et qui aurait raisonnablement pu avoir une incidence sur la décision de délivrer l’ordonnance de communication.

regarding chilling effects on his ability to cultivate journalist-source relationships consisted primarily of a mere assertion that “it is critical for [his] work that individuals do not view [him] as an agent of the police or that the information they provide [him] will be used for purposes of a police investigation”, as well as his stated belief that if individuals that he interviews “are aware that everything they tell [him] could be provided to police”, then “they will be much less inclined to answer [his] questions and provide [him] with information” (A.R., at p. 87). In my view, such assertions are too general to qualify as information not before the authorizing judge that could reasonably have affected the authorizing judge’s decision, especially given that the ITO does indicate that Vice Media would have difficulty staging interviews of this nature if it had a reputation for immediately handing original evidence to the police. Accordingly, the traditional *Garofoli* standard applies, and the authorizing judge’s decision may be overturned only if the appellants can establish that — in light of the record before the authorizing judge, as amplified on review — there was no reasonable basis on which the authorizing judge could have granted the Production Order.

[87] The remaining question, then, is whether the Production Order can withstand scrutiny under the *Lessard* framework, as restated above. In my view, applying that framework, there was a reasonable basis on which to grant the Production Order. The statutory preconditions were met, and based on the record it was open to the authorizing judge to conclude that the compelling state interest in the investigation and prosecution of the alleged terrorism offences at issue outweighed the media’s right to privacy in the circumstances of this case. Indeed, as I will discuss, even on a *de novo* review, the Production Order was properly granted.

Je note, par exemple, que la preuve présentée par M. Makuch quant aux effets dissuasifs sur sa capacité d’entretenir des relations journaliste-source consistait principalement en une simple affirmation selon laquelle [TRADUCTION] « il est essentiel pour [son] travail que des individus ne [le] perçoivent pas comme un représentant de la police ou que les renseignements qu’ils [lui] fournissent seront utilisés à des fins d’enquêtes policières », et en sa croyance voulant que si des individus qu’il questionne « savent que tout ce qu’ils [lui] disent pourrait être remis à la police », « ils seront beaucoup moins enclins à répondre à [ses] questions et à [lui] fournir des renseignements » : d.a., p. 87. À mon avis, ces affirmations sont trop générales pour constituer des renseignements dont ne disposait pas le juge saisi de la demande qui auraient raisonnablement pu avoir une incidence sur sa décision s’il en avait eu connaissance, surtout compte tenu du fait que la dénonciation précise que Média Vice aurait de la difficulté à organiser des entrevues de la nature de celle en cause en l’espèce si elle avait la réputation de remettre immédiatement à la police les éléments de preuve originaux dont elle prend connaissance. En conséquence, la norme traditionnelle établie dans *Garofoli* s’applique, et la décision du juge saisi de la demande peut être annulée seulement si les appelants démontrent que — compte tenu du dossier dont dispose le juge, étoffé lors de la révision — il n’y avait aucun fondement raisonnable sur lequel le juge a pu s’appuyer pour accorder l’ordonnance de communication.

[87] Il reste donc à décider si l’ordonnance de communication peut résister à une analyse selon le cadre établi dans *Lessard*, comme il a été reformulé précédemment. À mon avis, si on applique ce cadre d’analyse, il existait un fondement raisonnable justifiant l’octroi de l’ordonnance de communication. Il était satisfait aux conditions préalables prévues par la loi et, selon le dossier, le juge saisi de la demande pouvait conclure que l’intérêt impérieux de l’État à enquêter sur des infractions de terrorisme présumées en l’espèce et à poursuivre leurs auteurs prévalait sur le droit du média à la confidentialité dans les circonstances de la présente affaire. En fait, comme je l’expliquerai, même si on procédait à un examen *de novo*, il faudrait conclure que l’ordonnance de communication a été décernée à bon droit.

(2) Statutory Preconditions

[88] Subsection 487.014(2) of the *Criminal Code* permits a judge or justice to issue a production order where he or she is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe that (1) “an offence has been or will be committed”; (2) “the document or data is in the person’s possession or control”; and (3) the document or data “will afford evidence respecting the commission of the offence”.

[89] Here, these baseline statutory requirements were met:

- First, the ITO provided reasonable grounds to believe that Mr. Shiridon had committed certain offences — including participating in the activities of a terrorist group contrary to s. 83.18 of the *Criminal Code* and committing indictable offences (namely, uttering threats of death) for a terrorist group contrary to s. 83.2 — in relation to his alleged participation in, and facilitation of, the activities of ISIS.
- Second, the ITO provided reasonable grounds for believing that the appellants had in their possession the materials sought — including records of communications between Mr. Shiridon and Mr. Makuch over Kik messenger — based on the police’s belief that Mr. Makuch, as a journalist, would have saved the communications.
- Third, the ITO provided reasonable grounds for believing that those materials would afford evidence respecting the commission of the alleged offences. As MacDonnell J. observed, the ITO provided an overview of the results of the investigation, set out the basis for the police’s belief that Mr. Shiridon had made statements to Mr. Makuch with respect to his involvement in ISIS (statements which, on their face, were evidence of the offences under investigation), and affirmed that the affiant believed that the documents sought “will afford evidence of the . . .

(2) Conditions légales préalables

[88] Le paragraphe 487.014(2) du *Code criminel* permet au juge ou au juge de paix de délivrer une ordonnance de communication lorsqu’il est convaincu, par une dénonciation faite sous serment, qu’il existe des motifs raisonnables de croire que (1) « une infraction [. . .] a été ou sera commise »; (2) « le document ou les données sont en la possession de la personne ou à sa disposition »; et (3) le document ou les données « fourniront une preuve concernant la perpétration de l’infraction ».

[89] Dans le cas qui nous occupe, ces exigences législatives initiales étaient respectées :

- Premièrement, la dénonciation fournissait des motifs raisonnables de croire que M. Shiridon avait commis certaines infractions — il aurait notamment participé aux activités d’un groupe terroriste (infraction prévue à l’art. 83.18 du *Code criminel*) et commis des actes criminels (notamment proféré des menaces de mort) pour un groupe terroriste (infraction prévue à l’art. 83.2 du *Code criminel*) — en lien avec sa prétendue participation aux activités de DAECH et sa facilitation de celles-ci.
- Deuxièmement, la dénonciation fournissait des motifs raisonnables de croire que les appelants avaient en leur possession les renseignements sollicités — y compris les communications entre M. Shiridon et M. Makuch sur l’application Kik Messenger — fondés sur la croyance des policiers que M. Makuch, puisqu’il est journaliste, aurait sauvegardé les communications.
- Troisièmement, la dénonciation fournissait des motifs raisonnables de croire que ces documents pouvaient offrir des éléments de preuve concernant la perpétration des infractions présumées. Comme l’a noté le juge MacDonnell, la dénonciation fournissait un aperçu des résultats de l’enquête, énonçait le fondement de la croyance des policiers selon laquelle M. Shiridon avait fait des déclarations à M. Makuch en ce qui a trait à sa participation à DAECH (déclarations qui, à première vue, étaient des éléments de preuve des infractions faisant l’objet de l’enquête), et

offences” (2016 ONSC 1961, 352 C.R.R. (2d) 60, at para. 21, citing ITO, at para. 17, as reproduced in A.R., at p. 148).

Thus, the statutory preconditions for the issuance of a production order were satisfied in the circumstances.

(3) Balancing

[90] This case turns on the *Lessard* balancing exercise — an exercise which this Court has recognized can be a “difficult and complex process” (p. 444).

(a) *Media’s Right to Privacy in Gathering and Disseminating News*

[91] Beginning with the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news, there are two main factors that, in my view, demonstrate that the impact of the Production Order on this right is attenuated: (1) the nature of the materials sought; and (2) the narrow scope of the order and the fact that it is minimally disruptive of the appellants’ legitimate activities.

[92] First, unlike in *National Post*, this is not a case in which compliance with the order would result in a confidential source’s identity being revealed. Mr. Shirton never insisted on confidentiality. Although he used a pseudonym when he first connected with Mr. Makuch, he openly identified himself as the Canadian who had burned his passport in the online propaganda video, and his name was used repeatedly throughout the articles in question. Clearly, he did not regard himself as a confidential source, nor did Mr. Makuch. Nor is there any indication in the record that any of the information Mr. Shirton provided to Mr. Makuch was “off the record” or “not for attribution”. Moreover, without insisting on confidentiality, Mr. Shirton used the appellants as a means through which to publicize his activities

indiquait que le déposant croyait que les documents demandés [TRADUCTION] « fourniront une preuve des . . . infractions » : 2016 ONSC 1961, 352 C.R.R. (2d) 60, par. 21, citant la dénonciation, par. 17, telle qu’elle est reproduite dans le d.a., p. 148.

Dans les circonstances, il avait donc été satisfait aux conditions légales préalables pour la délivrance d’une ordonnance de communication.

(3) Mise en balance

[90] La présente affaire repose sur la mise en balance établie dans *Lessard* : une mise en balance qui peut s’avérer « difficile et compliqué » selon la Cour : p. 444.

a) *Droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations*

[91] Tout d’abord, selon moi, deux principaux facteurs démontrent que l’incidence de l’ordonnance de communication sur le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations est réduite : (1) la nature des renseignements demandés; et (2) la portée étroite de l’ordonnance et le fait qu’elle ne représente qu’une perturbation minimale des activités légitimes des appelants.

[92] D’abord, contrairement à la situation qui prévalait dans *National Post*, il ne s’agit pas d’une affaire où le respect de l’ordonnance aurait pour effet de révéler l’identité d’une source anonyme. M. Shirton n’a jamais mis l’accent sur la confidentialité. Bien qu’il ait utilisé un pseudonyme lorsqu’il a initialement pris contact avec M. Makuch, il s’est ouvertement présenté comme étant le Canadien qui avait brûlé son passeport dans la vidéo de propagande diffusée en ligne et son nom a été utilisé à plusieurs reprises dans les articles en cause. Il est évident qu’il ne se considérait pas comme une source anonyme, et que M. Makuch ne le percevait pas comme tel non plus. Rien n’indique non plus dans le dossier que M. Shirton a fourni des renseignements à M. Makuch « à titre confidentiel » ou « sous le

with ISIS and broadcast its extremist views as a sort of spokesperson on behalf of the organization. As MacDonnell J. put it, Mr. Shirdon regarded the appellants as “the channels through which he would speak to the whole world” (para. 43). Clearly, therefore, this is no ordinary case. While the Production Order could arguably raise some concerns over potential chilling effects — for example, it may convey a sense that the media is being conscripted as an arm of the state, discourage journalists from keeping notes and records regarding their communications with suspected criminals, or lead those involved in criminal activities to have second thoughts about speaking to the media — the factors described above largely mitigate any potential chilling effect that might otherwise be associated with the Production Order.

[93] Second, in my view, a carefully tailored order, targeting only a limited scope of materials that are closely related to the offence(s) under investigation, has a lesser impact on the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news, as compared to a more sweeping order. Here, the Production Order is carefully tailored, targeting a relatively discrete set of records and communications. The scope of materials sought does not overreach or result in undue interference. Relatedly, the order is only minimally disruptive of the appellants’ legitimate activities. No search is involved, and compliance would not be unduly burdensome. Accordingly, this factor militates in favour of the Production Order.

(b) *State’s Interest in Investigating and Prosecuting Crime*

[94] Turning to the other side of the scale, there are four main factors that, in my view, demonstrate that

couvert de l’anonymat ». De plus, sans insister sur la confidentialité, M. Shirdon a utilisé les appelants pour publiciser ses activités auprès de DAECH et propager ses idées extrémistes, en tant en quelque sorte, que porte-parole de l’organisation. Comme l’a affirmé le juge MacDonnell, M. Shirdon voyait les appelants comme étant [TRADUCTION] « la voie par laquelle il pourrait s’adresser au monde entier » : par. 43. Il est donc évident qu’il ne s’agit pas d’une affaire ordinaire. Même si l’ordonnance de communication peut raisonnablement soulever certaines préoccupations concernant des effets dissuasifs éventuels — par exemple, elle pourrait donner l’impression que le média est utilisé en tant que prolongement de l’État, décourager les journalistes de conserver des notes et des relevés concernant leurs communications avec les personnes soupçonnées de crimes, ou amener les personnes ayant participé à des activités criminelles à revenir sur leur décision de parler aux médias —, les facteurs décrits précédemment atténuent largement tout effet dissuasif qui pourrait autrement être associé à l’ordonnance de communication.

[93] Ensuite, à mon avis, une ordonnance soigneusement rédigée, qui vise seulement un nombre limité de renseignements étroitement liés aux infractions qui font l’objet d’une enquête, aurait une moins grande incidence sur le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations, en comparaison à une ordonnance plus générale. En l’espèce, l’ordonnance de communication est soigneusement rédigée et ne vise qu’un nombre relativement restreint de renseignements et de communications. La portée des renseignements demandés n’est pas excessive et ne donne pas lieu à une immixtion injustifiée. Dans le même ordre d’idées, l’ordonnance ne constitue qu’une perturbation minimale des activités légitimes des appelants; elle ne comporte aucune recherche, et s’y conformer ne constitue pas un fardeau excessif. En conséquence, ce facteur milite pour la délivrance de l’ordonnance de communication.

b) *Intérêt de l’État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs*

[94] Par ailleurs, quatre principaux facteurs illustrent, à mon avis, que l’intérêt de l’État à enquêter

the state's interest in investigating and prosecuting crime is high in this case: (1) the seriousness of the crimes alleged and the need to respond swiftly; (2) the importance of the materials sought to the investigation and prosecution of the alleged offences; (3) the absence of alternative sources from which the information may be reasonably obtained; and (4) the fact of prior partial publication.

[95] First, as Cory J. stated in *New Brunswick*, “investigation of a serious and violent crime [is] of importance to the state”, and this importance will be further enhanced where there is some urgency to the investigation (p. 476). The offences with which Mr. Shirdon has been charged include participating in the activities of a terrorist group and committing indictable offences (namely, uttering threats of death) for a terrorist group. Such conduct is incompatible with a safe, peaceful, and democratic society. And according to one of Mr. Makuch's articles, Mr. Shirdon communicated to Mr. Makuch a specific threat that if Canada joins the crusade against Muslims, then blood will flow in the streets of Canada and Canadians will be attacked in their homes. Suffice it to say that a threat of this nature cannot be taken lightly, nor can a response be put off until later. To the contrary, the offences alleged demand a swift and committed response.

[96] Second, the records sought — including screenshots of the unedited communications between Mr. Makuch and Mr. Shirdon (rather than simply Mr. Makuch's interpretation and relaying of those communications) — would provide reliable, direct, and probative evidence that would not require second-hand interpretation. Such evidence would significantly advance the investigation and prosecution of the offences alleged. Therefore, the state's interest in the materials is heightened.

[97] Third, the materials sought are not available from any other source. The ITO stated that the efforts of the police to obtain the materials from the

sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs est important dans la présente affaire : (1) la gravité des crimes présumés et la nécessité que des mesures soient prises rapidement; (2) l'importance des renseignements demandés pour l'enquête et la poursuite des infractions présumées; (3) l'absence d'autres sources desquelles les renseignements pouvaient raisonnablement être obtenus; et (4) le fait que les renseignements ont déjà été partiellement publiés.

[95] Premièrement, comme l'a affirmé le juge Cory dans *Nouveau-Brunswick*, « [l']enquête relative à un crime grave et violent [est] importante pour l'État », et cette importance est accrue lorsqu'il y a une certaine urgence à effectuer l'enquête : p. 476. Les infractions dont a été accusé M. Shirdon comprennent la participation à des activités d'un groupe terroriste et la commission d'actes criminels (notamment proférer des menaces de mort) pour un groupe terroriste. Un tel comportement est incompatible avec une société sécuritaire, pacifique et démocratique. De plus, selon un des articles de M. Makuch, M. Shirdon lui aurait communiqué une menace précise, selon laquelle le sang coulerait dans les rues du Canada et les Canadiens seraient attaqués dans leur maison si le Canada participait à la croisade contre les musulmans. Il va sans dire qu'une menace de cette nature ne peut être prise à la légère, et qu'on ne peut remettre à plus tard la prise de mesures. Au contraire, les infractions présumées exigent une réponse rapide et engagée.

[96] Deuxièmement, les renseignements demandés — y compris les captures d'écran des communications non caviardées entre MM. Makuch et Shirdon (plutôt que simplement l'interprétation et la transmission par M. Makuch de ces communications) — fournissent des éléments de preuve fiables, directs et probants qui ne nécessitent pas d'interprétation de seconde main. Ces éléments de preuve feraient nettement progresser l'enquête et la poursuite relative aux infractions présumées. En conséquence, l'intérêt de l'État à l'égard des renseignements est renforcé.

[97] Troisièmement, les renseignements demandés ne peuvent être obtenus d'une autre source. La dénonciation précisait que les efforts des policiers pour

text-messaging service provider, Kik Interactive, or from any other individual or company, were unsuccessful. There is nothing suggesting the materials sought may be available through some other alternative source.

[98] Fourth, in this case, prior partial publication also militates in favour of granting the Production Order. Justice MacDonnell stated that “[t]he authorizing justice was also entitled to consider that the bulk of the information that Shirdon communicated to Mr. Makuch had been published by Mr. Makuch” (para. 44). Mr. Makuch went even further, stating in his affidavit that “[a]ll relevant information and comments that Shirdon made during our K[ik] Messenger exchanges were included in my articles” (A.R., at p. 86), though of course those articles did not include the full record of the original communications themselves. Further, the publication of the articles put into the public sphere information relating to the commission of serious terrorism offences. As Cory J. stated in *Lessard*, “[w]hen a crime has been committed and evidence of that crime has been published, society has every right to expect that it will be investigated and, if appropriate, prosecuted” (p. 447).

[99] In light of the considerations outlined above, the state’s interest in the materials is high in this case. This militates in favour of the Production Order.

(c) *Conclusion*

[100] I therefore conclude that the balancing exercise favours the issuance of the Production Order.

(4) Conditions

[101] Finally, following this Court’s guidance in *National Post* (see para. 84), the authorizing judge imposed adequate terms in the Production Order providing ample time — a full 60 days — to comply with the order, thereby giving the appellants

obtenir les renseignements auprès du fournisseur de service de messagerie texte, Kik Interactive, ou de toute autre personne ou entreprise, ont échoué. Rien ne laisse croire que les renseignements demandés auraient pu être obtenus auprès d’une autre source.

[98] Quatrièmement, en l’espèce, la publication partielle antérieure milite aussi en faveur de l’octroi de l’ordonnance de communication. Le juge MacDonnell a affirmé que [TRADUCTION] « [l]e juge saisi de la demande est aussi habilité à tenir compte du fait qu’une grande partie des renseignements que M. Shirdon a communiqués à M. Makuch avaient été publiés par ce dernier » : par. 44. M. Makuch est même allé plus loin en affirmant dans son affidavit que [TRADUCTION] « [t]ous les renseignements pertinents et les commentaires que M. Shirdon a faits pendant nos échanges sur K[ik] Messenger se trouvent dans mes articles » (d.a., p. 86), même si évidemment ces articles ne comprennent pas un relevé complet des communications originales elles-mêmes. De plus, la publication des articles a versé dans le domaine public des renseignements relatifs à la perpétration d’infractions graves de terrorisme. Comme l’a affirmé le juge Cory dans *Lessard*, « [l]orsqu’un acte criminel a été commis et que des éléments de preuve de cet acte criminel ont été publiés, la société est tout à fait en droit de s’attendre à ce qu’il fasse l’objet d’une enquête et, s’il y a lieu, d’une poursuite » : p. 447.

[99] Compte tenu des considérations énoncées précédemment, l’intérêt de l’État à l’égard des documents est élevé en l’espèce, ce qui milite pour l’octroi de l’ordonnance de communication.

c) *Conclusion*

[100] Je conclus donc que l’exercice de mise en balance favorise la délivrance de l’ordonnance de communication.

(4) Conditions

[101] Enfin, conformément aux directives que la Cour a données dans *National Post* (voir par. 84), le juge saisi de la demande a assorti l’ordonnance de communication de conditions adéquates, qui donnaient aux appelants amplement de temps — soit

sufficient opportunity to move to have the Production Order set aside, as they did. This factor further supports the conclusion that the authorizing judge was justified in proceeding *ex parte* and in issuing the order.

V. My Colleague's Proposed Approach

[102] Finally, I briefly comment on my colleague's approach, which treats this case as an opportunity to formally recognize that freedom of the press enjoys "distinct and independent constitutional protection under s. 2(b) of the *Charter*" (Abella J.'s reasons, at para. 123).

[103] In my respectful view, it is neither necessary nor appropriate in this case to do so. Neither the proper contours of this proposed understanding of s. 2(b) nor its implications — whether in this case or beyond the scope of the appeal — was fully argued by the parties or considered by the courts below. This proposed recognition may have unforeseen consequences, for example, on the law relating to freedom of information requests, publication bans, and other areas implicating freedom of the press. In these circumstances, I consider it prudent to rely on the precedents established by this Court in *Lessard*, *New Brunswick* and *National Post*.

[104] Here, I consider that the *Lessard* framework has not been shown to be unworkable, its validity has not been undermined by subsequent jurisprudence, and none of the considerations on which it is based can be said to be no longer relevant (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609, at para. 19). Accordingly, I am not convinced that it is necessary to open up s. 2(b) on this appeal and abandon the *Lessard* framework in favour of another test. In my view, it is preferable to retain the essential framework from *Lessard* and refine that framework in the ways I have outlined above.

60 jours complets — pour se conformer à l'ordonnance, ce qui leur laissait suffisamment l'occasion de chercher à faire annuler l'ordonnance de communication, comme ils l'ont d'ailleurs fait. Ce facteur étaye la conclusion voulant que le juge saisi de la demande a eu raison de tenir une audience *ex parte* et de délivrer l'ordonnance.

V. La démarche proposée par ma collègue

[102] Enfin, je vais brièvement formuler quelques observations sur la démarche proposée par ma collègue, selon laquelle l'affaire qui nous occupe constitue l'occasion de reconnaître officiellement que la liberté de la presse jouit « d'une protection constitutionnelle distincte et indépendante aux termes de l'al. 2b) de la *Charte* » : motifs de la juge Abella, par. 123.

[103] À mon avis, il n'est ni nécessaire ni approprié en l'espèce d'agir ainsi. Ni les limites qu'il convient d'imposer à cette interprétation proposée de l'al. 2b) ni ses répercussions — que ce soit dans la présente affaire ou au-delà de celle-ci — n'ont été pleinement débattues par les parties ou examinées par les instances inférieures. Cette reconnaissance proposée pourrait avoir des conséquences imprévues, par exemple, sur le droit en matière de demandes d'accès à l'information, sur les ordonnances de non-publication et sur d'autres domaines mettant en jeu la liberté de la presse. Dans les circonstances, il m'apparaît prudent que nous nous fondions sur les précédents établis par la Cour dans *Lessard*, *Nouveau-Brunswick* et *National Post*.

[104] En l'espèce, selon moi, il n'a pas été démontré que le cadre d'analyse établi dans *Lessard* était impraticable, sa validité n'a pas été minée par la jurisprudence subséquente, et aucune des considérations sur lesquelles cet arrêt était fondé ne peut être jugée dépassée : *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 19. Je ne suis donc pas convaincu qu'il soit nécessaire d'élargir la portée de l'al. 2b) dans le présent appel et d'abandonner le cadre d'analyse établi dans *Lessard* au profit d'un autre test. Selon moi, il est préférable de conserver l'essence du cadre d'analyse établi dans cet arrêt et de le peaufiner comme je l'ai indiqué précédemment.

[105] In declining to recognize freedom of the press as enjoying distinct and independent constitutional protection under s. 2(b), I do not suggest that freedom of the press is anything less than essential in a free and democratic society. Nor do I deny that freedom of the press is entitled to constitutional protection — the text of s. 2(b) confirms that it clearly is. Rather, I simply take the view that because this appeal can readily be disposed of without going so far as to rethink s. 2(b), and because the matter was not fully argued by the parties or considered by the courts below, I do not view this appeal as an appropriate venue in which to formally recognize a distinct and independent constitutional protection for freedom of the press under s. 2(b). I would leave that question for another day.

VI. Conclusion

[106] In sum, considering all of the circumstances, not only was there a reasonable basis on which the authorizing judge could have issued the Production Order, but a *de novo* consideration of the *Lessard* framework favours the issuance of the Production Order. Accordingly, I would uphold its validity.

[107] As for the sealing order and the publication ban, the appellants have failed to demonstrate why this Court should depart from Doherty J.A.'s conclusion on these matters. As such, I would decline to set them aside.

[108] Accordingly, I would dismiss the appeal.

The reasons of Wagner C.J., Abella, Karakatsanis and Martin JJ. were delivered by

[109] ABELLA J. — For 25 years, this Court has flirted with acknowledging that s. 2(b) of the *Charter* protects *independent* rights for the media. Unlike the majority, I see no reason to continue to avoid giving distinct constitutional content to the words “freedom

[105] En refusant de reconnaître que la liberté de la presse jouit d'une protection constitutionnelle distincte et indépendante en application de l'al. 2b), je ne prétends pas que la liberté de la presse n'est pas essentielle dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je ne nie pas non plus que la liberté de la presse jouit d'une protection constitutionnelle — le texte de l'al. 2b) confirme clairement que tel est le cas. Je suis plutôt simplement d'avis que le présent pourvoi peut être facilement tranché sans que nous allions jusqu'à repenser l'al. 2b), que la question n'a pas été pleinement débattue par les parties ou examinée par les tribunaux d'instances inférieures, et que le présent pourvoi n'est pas l'occasion appropriée pour reconnaître officiellement une protection constitutionnelle distincte et indépendante relativement à la liberté de la presse en application de l'al. 2b). Je reporterai à une autre occasion l'examen de cette question.

VI. Conclusion

[106] En somme, compte tenu de toutes les circonstances, non seulement y avait-il un fondement raisonnable sur lequel le juge saisi de la demande pouvait délivrer l'ordonnance de communication, mais un examen *de novo* du cadre d'analyse établi dans *Lessard* favorise la délivrance de cette ordonnance. J'en confirmerais donc la validité.

[107] Pour ce qui est de l'ordonnance de mise sous scellés et l'ordonnance de non-publication, les appellants n'ont pas réussi à démontrer pourquoi la Cour devrait s'écarter de la conclusion du juge Doherty sur ces questions. Je refuse donc de les annuler.

[108] En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis et Martin rendus par

[109] LA JUGE ABELLA — Depuis 25 ans, la Cour a flirté avec l'idée de reconnaître que l'al. 2b) de la *Charte* protège des droits *indépendants* pour les médias. Contrairement aux juges majoritaires, je ne vois aucune raison pour continuer de nous abstenir

of the press” in s. 2(b). The words are clear, the concerns are real, and the issue is ripe.

[110] A strong, independent and responsible press ensures that the public’s opinions about its democratic choices are based on accurate and reliable information. This is not a democratic luxury — there can be no democracy without it.

[111] This case explores the border between vigorous protection for the press and the state’s ability to investigate crime by seeking information from the press. There are, as a result, two provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* at issue in this appeal. One is s. 8, which protects a reasonable expectation of privacy. The other is s. 2(b), which protects “freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication”.

[112] Strong constitutional safeguards against state intrusion are a necessary precondition for the press to perform its essential democratic role effectively. As these reasons seek to demonstrate, s. 2(b) contains a distinct constitutional press right which protects the press’ core expressive functions — its right to gather and disseminate information for the public benefit without undue interference. When the state seeks access to information in the hands of the media through a production order, both the media’s s. 2(b) rights and s. 8 privacy rights are engaged. A rigorously protective harmonized analysis is therefore required.

Background

[113] In 2014, Vice Media Canada Inc. published three stories about Farah Mohamed Shirdon, a Canadian man believed to have left Canada to join ISIS in Syria. Those stories were based on messages between Mr. Shirdon and Ben Makuch, a Vice

de donner un contenu constitutionnel distinct aux mots « liberté de la presse » qui figurent à l’al. 2b). Les mots sont clairs, les préoccupations sont réelles et l’enjeu est mûr.

[110] Une presse forte, indépendante et responsable garantit que les opinions du public quant à ses choix démocratiques soient fondées sur des renseignements exacts et fiables. Cela n’est pas un luxe démocratique — il ne peut y avoir de démocratie sans elle.

[111] La présente cause explore la frontière entre la protection vigoureuse de la presse et la capacité de l’État d’enquêter sur des crimes en demandant des renseignements à la presse. Deux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont donc en jeu dans le présent pourvoi : l’art. 8, qui protège l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, et l’al. 2b), qui protège la « liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ».

[112] Des garanties constitutionnelles fortes contre les intrusions de l’État sont des conditions préalables nécessaires pour que la presse puisse exercer efficacement son rôle démocratique essentiel. Comme les présents motifs visent à le démontrer, l’al. 2b) traite d’un droit constitutionnel distinct pour la presse, un droit qui protège ses fonctions essentielles d’expression — sa capacité de recueillir et de diffuser des renseignements pour le bien public, sans ingérence indue. Lorsque l’État sollicite, au moyen d’une ordonnance de communication, l’accès à des renseignements qui sont entre les mains des médias, les droits garantis à la presse par l’al. 2b) ainsi que ses droits au respect de la vie privée, protégés par l’art. 8, entrent en jeu. Il faut donc procéder à une analyse harmonisée rigoureusement protectrice.

Les faits

[113] En 2014, Média Vice Canada Inc. a publié trois articles sur Farah Mohamed Shirdon, un Canadien qu’on soupçonne d’avoir quitté le Canada pour rallier le groupe État islamique en Syrie (DAECH). Ces articles étaient fondés sur des messages en

Media journalist, in which Mr. Shirdon talked openly about his involvement with ISIS, using Mr. Makuch to make his message public. Seeking evidence of Mr. Shirdon's alleged terrorist activities, police obtained an *ex parte* production order directing Vice Media and Mr. Makuch to hand over screenshots of the messages. Vice Media unsuccessfully challenged the order in the Ontario courts and now appeals to this Court.

[114] Mr. Makuch was a full-time reporter, editor and video producer in Canada for Vice Media, an organization that publishes in both traditional media and multimedia platforms. His specialty was reporting on cyber security, terrorism, intelligence and ISIS. To that end, he began following social media accounts of ISIS jihadists and other militants. In April 2014, a video was posted on YouTube showing jihadists ripping up their passports, pledging allegiance to ISIS, and making specific threats of violence and destruction against Canada. Soon after, a journalist colleague gave Mr. Makuch the Twitter contact information of a person who claimed to be one of the people in that video, and who was willing to speak with someone from Vice Media.

[115] In May 2014, Mr. Makuch initiated contact with this individual, who at first identified himself as "Abu Usamah". They communicated through Kik Messenger, an instant messaging platform. Kik does not store the content of messages, so the only records of the communications are those on the devices of the parties to the conversation. "Abu Usamah" responded freely to questions Mr. Makuch posed to him about his activities and his involvement in ISIS. He confirmed that he was a Canadian, had left Canada, and was in the YouTube video.

[116] A CBC news story on June 18, 2014 identified Farah Shirdon, originally from Calgary, as one of the men in the YouTube video. Subsequently, Mr. Makuch published articles in June and August

ligne échangés entre M. Shirdon et Ben Makuch, un journaliste de Média Vice. M. Shirdon y traitait ouvertement de son implication dans DAECH, et il utilisait M. Makuch pour publiciser son message. À la recherche de la preuve des activités terroristes alléguées de M. Shirdon, la police a obtenu une ordonnance de communication *ex parte* qui intimait à Média Vice et à M. Makuch de lui remettre des captures d'écran des messages. Média Vice a contesté l'ordonnance sans succès devant les cours ontariennes et interjette maintenant appel devant la Cour.

[114] M. Makuch travaillait à temps plein au Canada à titre de journaliste, de rédacteur et de producteur vidéo pour Média Vice, une organisation qui publie à la fois dans les médias traditionnels et sur des plateformes multimédias. Il se spécialisait dans les reportages relatifs à la cybersécurité, au terrorisme, au renseignement et à DAECH. À cette fin, il a commencé à suivre les comptes de médias sociaux de djihadistes membres de DAECH et d'autres militants. En avril 2014, une vidéo a été publiée sur YouTube; on y voyait des djihadistes déchirer leur passeport, prêter allégeance à DAECH, et proférer des menaces précises de violence et de destruction contre le Canada. Peu après, un collègue journaliste a donné à M. Makuch des renseignements sur le compte Twitter d'une personne qui prétendait être une de celles apparaissant sur la vidéo, et qui était disposée à parler à quelqu'un de Média Vice.

[115] En mai 2014, M. Makuch a pris contact avec cet individu qui, au départ, disait s'appeler « Abu Usamah ». Ils ont communiqué en utilisant « Kik Messenger », une plateforme de messagerie instantanée. Comme Kik ne conserve pas le contenu des messages, les seules traces des échanges sont celles qui figurent sur les appareils des parties aux conversations. « Abu Usamah » répondait librement aux questions que lui posait M. Makuch à propos de ses activités et de son rôle au sein de DAECH. Il a confirmé être Canadien, avoir quitté le Canada, et être apparu dans la vidéo diffusée sur YouTube.

[116] Le 18 juin 2014, un reportage de la SRC a désigné Farah Shirdon, originaire de Calgary, comme l'un des hommes présents dans la vidéo diffusée sur YouTube. Subséquemment, soit en juin et

of 2014 based on his initial exchanges with “Abu Usamah”, now revealed to be Mr. Shiridon. Independently, someone from Vice Media in New York contacted Mr. Shiridon to arrange a Skype video interview with him that was published online in September 2014. The Kik message exchanges between Mr. Shiridon and Mr. Makuch continued, resulting in a third article in October 2014. Mr. Makuch’s articles contain statements by Mr. Shiridon that, if true, could provide strong evidence implicating Mr. Shiridon in multiple terrorism offences.

[117] In February 2015, the RCMP applied *ex parte* for a production order from the Ontario Court of Justice under s. 487.014 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, directing Vice Media and Mr. Makuch to produce documents relating to their communications with Mr. Shiridon. The order was granted but was sealed, along with the Information to Obtain (ITO) sworn by an RCMP officer.

[118] When it received the order, Vice Media determined that the only documents in its possession that responded to the order were screen captures of the Kik messages. Rather than producing that material, Vice Media brought an application in the Superior Court to quash the order and unseal the records the RCMP relied on to obtain it. It argued that the order was an overbroad “fishing expedition” and that the ITO did not assert sufficient grounds to justify it under the existing legal framework. It also contended that the sealing order was an unjustified interference with open access to court documents.

[119] The reviewing judge dismissed Vice Media’s challenge to the production order but allowed, in part, its application in respect of the sealing order.³ He rejected its argument that the information sought

en août 2014, M. Makuch a publié des articles fondés sur ses premiers échanges avec « Abu Usamah », qu’on savait désormais être M. Shiridon. Parallèlement, un employé de Média Vice à New York a communiqué avec M. Shiridon pour organiser, au moyen de Skype, une entrevue qui a été diffusée en ligne en septembre 2014. Les échanges entre MM. Shiridon et Makuch sur la plateforme de messagerie Kik ont continué et ont donné lieu à un troisième article publié en octobre 2014. Les articles de M. Makuch ont relaté des déclarations de M. Shiridon qui, si elles s’avèrent exactes, pourraient fournir des éléments de preuve solides de la participation de M. Shiridon à de multiples infractions terroristes.

[117] En février 2015, au moyen d’une demande *ex parte*, la GRC a sollicité une ordonnance de communication de la Cour de justice de l’Ontario en application de l’art. 487.014 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, pour qu’il soit intimé à Média Vice et à M. Makuch de produire les documents relatifs à leurs communications avec M. Shiridon. La demande a été accueillie, mais l’ordonnance a été scellée, de même que la dénonciation faite par un agent de la GRC.

[118] Lorsqu’elle a reçu l’ordonnance, Média Vice a estimé que les seuls documents en sa possession qu’elle visait étaient les captures d’écran des messages échangés sur la plateforme Kik Messenger. Plutôt que de produire ces documents, Média Vice a présenté une demande à la Cour supérieure pour que l’ordonnance soit annulée et que l’ordonnance de mise sous scellés des dossiers de la GRC sur lesquels elle était fondée soit levée. Média Vice a fait valoir que l’ordonnance constituait une « recherche à l’aveuglette » trop vaste et que la dénonciation ne fournissait pas un fondement suffisant pour la justifier dans le cadre juridique existant. Elle a aussi soutenu que l’ordonnance de mise sous scellés constituait une ingérence injustifiée dans le libre accès aux documents judiciaires.

[119] Le juge chargé de la révision a rejeté la contestation de l’ordonnance de communication par Média Vice, mais il a accueilli, en partie, sa demande relative à l’ordonnance de mise sous scellés³. Il a

³ (2016), 352 C.R.R. (2d) 60 (Ont. S.C.J.).

³ (2016), 352 C.R.R. (2d) 60 (C.S.J. Ont.).

was available from other sources, including similar information from media reports, which were not substitutes for the messages themselves. Further, no promise of confidentiality was sought by or given to Mr. Shirdon since Mr. Shirdon had come to Mr. Makuch as a “channe[l] through which he would speak to the whole world”, and Vice Media had already published much of this information. Accordingly, the reviewing judge held that it was open to the authorizing judge to conclude that the media’s interest was outweighed by the public interest in obtaining reliable evidence of very serious terrorism offences. He concluded, however, that most of the material in the ITO should be unsealed.

[120] The Court of Appeal dismissed Vice Media’s appeal of the Production Order.⁴ It rejected Vice Media’s argument that the context of media searches required a more robust form of review, concluding instead that the ordinary standard for warrant review set out in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, should apply. It also lifted part of the sealing order that the reviewing judge had left in place over the ITO, releasing more of the material relied on by the police to obtain the Production Order.

Analysis

[121] At the centre of the analysis in this appeal is s. 2(b) of the *Charter*, which states:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

...

rejeté l’argument selon lequel les renseignements demandés pouvaient être obtenus d’autres sources, y compris des renseignements similaires au moyen de reportages, qui ne pouvaient remplacer les messages eux-mêmes. En outre, le juge a affirmé qu’aucune promesse de confidentialité n’avait été sollicitée par M. Shirdon ou ne lui avait été faite, puisque c’est lui qui avait approché M. Makuch afin qu’il lui serve de [TRADUCTION] « la voie par laquelle il pourrait s’adresser au monde entier », et puisque Média Vice avait déjà publié une part importante des renseignements recherchés. Selon le juge chargé de la révision, son collègue qui avait prononcé l’ordonnance de communication pouvait conclure que l’intérêt du public dans l’obtention d’éléments de preuve fiables attestant de la perpétration d’infractions très sérieuses de terrorisme l’emportait sur l’intérêt du média. Il a par ailleurs conclu que les scellés devraient être levés sur presque toute l’information contenue dans la dénonciation.

[120] La Cour d’appel a rejeté l’appel interjeté par Média Vice quant à l’ordonnance de communication⁴. Elle n’a pas retenu son argument selon lequel le contexte de recherche de renseignements auprès de médias exige une forme d’examen plus robuste, concluant plutôt que la norme habituelle applicable à l’examen d’un mandat de perquisition énoncée dans *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421 devrait s’appliquer. La Cour d’appel a également levé une partie de l’ordonnance de mise sous scellés relative à la dénonciation que le juge chargé de la révision avait laissée intacte; elle a ainsi rendu publics encore plus d’éléments sur lesquels s’était fondée la police pour obtenir l’ordonnance de communication.

Analyse

[121] Dans le présent appel, l’analyse repose sur l’al. 2b) de la *Charte*, dont le texte est le suivant :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

...

⁴ (2017), 137 O.R. (3d) 263 (C.A.).

⁴ (2017), 137 O.R. (3d) 263 (C.A.).

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

...

Specifically, the focus is on “freedom of the press and other media”.

[122] This Court has decided many cases involving the rights of the press. Time and again it has emphasized the media’s importance. But it has, to date, stopped short of openly and unambiguously giving distinct and independent meaning to the guarantee of “freedom of the press and other media” in s. 2(b). It is difficult to justify, in my respectful view, why the express inclusion of “freedom of the press” in the text of s. 2(b) should be denied distinct constitutional meaning. Recognizing *Charter* protection for the press under s. 2(b) is merely recognizing explicitly something this Court has repeatedly gestured towards (see, for example, *R. v. National Post*, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 78; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459,⁵ at pp. 464 and 475).

[123] Why not openly acknowledge that freedom of the press is not a derivative right? It enjoys distinct and independent constitutional protection under s. 2(b) of the *Charter*, not only because it is specifically mentioned in the text of s. 2(b), but also because of its distinct and independent role. Prior judicial hesitancy to recognize such a right has attracted considerable academic criticism (see, for example, Jamie Cameron, *Section 2(b)’s Other Fundamental Freedom: The Press Guarantee, 1982-2012* (2013) (online); Benjamin Oliphant, “Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee” (2013), 59 *McGill L.J.* 283; Gerald Chan, “Transparency Confined to the Courthouse: A Critical Analysis of *Criminal Lawyers’ Assn., C.B.C. and National Post*”

b) liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la *liberté de la presse et des autres moyens de communication*;

...

Plus précisément, l’accent est mis sur la « liberté de la presse et des autres moyens de communication ».

[122] La Cour a rendu de nombreuses décisions relativement aux droits de la presse. Elle a souligné à maintes reprises l’importance de cette dernière. Jusqu’à présent, elle n’est toutefois pas allée aussi loin que de donner ouvertement et sans ambiguïté un sens distinct et indépendant à la protection de la « liberté de la presse et des autres moyens de communication » prévue à l’al. 2b). Selon moi, il est difficile de justifier pourquoi l’inclusion expresse de la « liberté de la presse » dans le texte de l’al. 2b) ne devrait pas avoir un sens constitutionnel distinct. Reconnaître la protection que la *Charte* assure à la presse aux termes de l’al. 2b) ne constitue qu’une reconnaissance explicite de quelque chose dont la Cour s’est rapprochée à maintes reprises : voir, par exemple, *R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 78; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459⁵, p. 464 et 475.

[123] Pourquoi ne pas reconnaître ouvertement que la liberté de la presse n’est pas un droit dérivé? Elle jouit d’une protection constitutionnelle distincte et indépendante aux termes de l’al. 2b) de la *Charte*, non seulement parce qu’elle est spécifiquement nommée dans cette disposition, mais également en raison de son rôle distinct et indépendant. Dans le passé, les hésitations des tribunaux à reconnaître un tel droit ont suscité de nombreuses critiques de la part des universitaires : voir, par exemple, Jamie Cameron, *Section 2(b)’s Other Fundamental Freedom : The Press Guarantee, 1982-2012* (2013) (en ligne); Benjamin Oliphant, « Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee » (2013), 59 *R.D. McGill* 283; Gerald Chan, « Transparency Confined

⁵ Any references in these reasons to *New Brunswick* refer to the 1991 decision unless specific reference is made to this Court’s 1996 decision in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480.

⁵ Toutes les références dans les présents motifs à l’arrêt *Nouveau-Brunswick* renvoient à la décision de 1991 à moins qu’il ne soit spécifiquement fait référence à la décision de la Cour rendue en 1996 dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480.

(2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 169). Based on the clear text and purpose of s. 2(b), even Crown counsel graciously conceded in oral argument before this Court that “freedom of the press” is a distinct constitutionally protected right.

[124] This Court has long recognized that among the core purposes animating s. 2(b) are the pursuit of truth and the ability to participate in democratic decision making (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976). In upholding these objectives, s. 2(b) protects “listeners as well as speakers” (*Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767). It has already also observed that “[t]he full and fair discussion of public institutions, which is vital to any democracy, is the *raison d’être* of the s. 2(b) guarantees” and that democratic debate is “predicated on an informed public, which is in turn reliant upon a free and vigorous press” (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23, per La Forest J.). And it has noted that the role of the media in providing a vehicle for the free flow of information and debate is “explicitly recognized in the text of s. 2(b) itself” (*Grant v. Torstar Corp.*, [2009] 3 S.C.R. 640, at para. 52, per McLachlin C.J.).

[125] The purpose underlying protection for the press is related to, but distinct from, the broader guarantee of freedom of expression. The dichotomy in s. 2(b) between freedom of expression generally and freedom of the press specifically is a logical one, since the press plays a distinct expressive role, with both institutional and historic differences from how and why others are entitled to “freedom of expression”. Section 2(b) sets out generous protections designed to facilitate the healthy functioning of our democracy. But they are incomplete if s. 2(b) is viewed only as an individual right to freedom of expression, reading out protection of “freedom of the press”. A vigorous, rigorous, and independent press holds people and institutions to account, uncovers the truth, and informs the public. It provides the public with the

to the Courthouse : A Critical Analysis of *Criminal Lawyers’ Assn., C.B.C. and National Post* » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 169. En se fondant sur le texte clair de l’al. 2b) et sur son objet, même l’avocat de la Couronne a gracieusement concédé durant sa plaidoirie orale devant la Cour que la « liberté de la presse » est un droit distinct protégé par la Constitution.

[124] La Cour a reconnu depuis longtemps que deux des objets principaux sous-jacents de l’al. 2b) étaient la recherche de la vérité et la capacité de participer à la prise de décisions démocratiques : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976. En soutenant ces objectifs, l’alinéa 2b) protège « autant celui qui s’exprime que celui qui l’écoute » : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 767. La Cour a également déjà fait remarquer que « [l]a raison d’être des garanties de l’al. 2b) est de permettre des discussions complètes et impartiales sur les institutions publiques, condition vitale à toute démocratie », et que le débat au sein du public « suppose que ce dernier est informé, situation qui à son tour dépend de l’existence d’une presse libre et vigoureuse » : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 23, le juge La Forest. La Cour a en outre souligné que « le libellé de l’al. 2b) lui-même reconnaît » le rôle des médias à titre de véhicule pour la libre circulation de l’information et la tenue de débats : *Grant c. Torstar Corp.*, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 52, la juge en chef McLachlin.

[125] L’objet sous-jacent de la protection de la presse a un lien avec la protection plus large de la liberté d’expression, tout en étant distinct d’elle. La dichotomie présente à l’al. 2b) entre la liberté d’expression en général et la liberté de la presse spécifiquement est logique, puisque la presse joue un rôle distinct sur le plan de l’expression, compte tenu des différences tant institutionnelles qu’historiques qui justifient comment et pourquoi les autres jouissent du droit à la « liberté d’expression ». L’alinéa 2b) prévoit des garanties généreuses conçues pour faciliter le bon fonctionnement de notre démocratie. Ces garanties seraient toutefois incomplètes si la liberté d’expression visée à cette disposition était perçue comme un droit individuel à la liberté d’expression, de sorte qu’il serait fait abstraction de la protection conférée

information it needs to engage in informed debate. In other words, it is the public's "right to know" that explains and animates the distinct constitutional protection for freedom of the press (*Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), at p. 721, per Douglas J. (dissenting); see also *Houchins v. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978), at p. 17, per Stewart J. (concurring)).

[126] The singular purpose of press protection has, in fact, resulted in the European Court of Human Rights concluding that the freedom of expression guarantee in Article 10 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221,⁶ which does not expressly mention any right for the press, nonetheless includes a distinct press right. A separate right was held to be necessary to protect the "vital public watchdog role of the press . . . and the ability of the press to provide accurate and reliable information" (*Goodwin v. United Kingdom* (1996), 22 E.H.R.R. 123, at para. 39).

[127] The question, then, is what does this s. 2(b) right include? As Crown counsel also conceded in oral argument, for a start it includes not only the right to transmit news and other information, but also the right to *gather* this information without "undue governmental interference" (*New Brunswick* (1996),

à la « liberté de la presse ». Une presse vigoureuse, rigoureuse et indépendante tient les individus et les institutions responsables, découvre la vérité et informe le public. Elle fournit au public l'information dont il a besoin pour participer à un débat éclairé. Autrement dit, c'est le « droit [du public] d'être renseigné », qui explique et donne vie à la protection constitutionnelle distincte de la liberté de la presse : *Branzburg c. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), p. 721, le juge Douglas (dissident); voir aussi *Houchins c. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978), p. 17, le juge Stewart (dans des motifs concordants).

[126] L'objectif singulier de la protection de la presse a, en fait, conduit la Cour européenne des droits de l'homme à conclure que la garantie de la liberté d'expression prévue à l'art. 10 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221⁶, qui ne mentionne expressément aucun droit pour la presse, inclut néanmoins un droit distinct pour elle. Il a été jugé que l'existence d'un droit dissocié était nécessaire pour protéger le « rôle indispensable de "chien de garde" [de la presse] et son aptitude à fournir des informations précises et fiables » : *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (HUDOC), par. 39.

[127] Il reste donc à savoir ce que renferme ce droit garanti à l'al. 2b). Comme l'avocat de la Couronne l'a concédé durant sa plaidoirie orale, il comprend tout d'abord non seulement le droit de transmettre des nouvelles et d'autres informations, mais également le droit de *collecter* cette information sans

⁶ Article 10

(1) Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

(2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

⁶ Article 10 :

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

at para. 24 (emphasis deleted), citing *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, pp. 429-30, per La Forest J.). The right to convey information to the public is fragile unless the press is free to pursue leads, communicate with sources, and assess the information acquired. Newsgathering activities form an “integral part of freedom of the press” because they are an indispensable part of the right and the ability to tell the public the facts and ideas that make up the story (*Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 19, at para. 46; see also *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1339-40; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442). Without protection from undue interference in newsgathering, public access to the fruits of the media’s work is diminished, as is the public’s ability to understand, debate and form opinions on the issues of the day, thereby impairing its ability to participate meaningfully in the democratic process.

[128] Explicit constitutional protection for newsgathering underlies the protections for the press which we have already recognized. The Court held that open access to court proceedings by the press is protected under s. 2(b) (*Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Edmonton Journal*; *Dagenais*; *Mentuck*; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332). Similarly, constitutional protection was extended to “filming, taking photographs and conducting interviews” outside courtrooms (*Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, at para. 46). In this way, broader protection of the press’ newsgathering activities represents a logical and incremental development of the jurisprudence.

[129] There is no doubt that defining precisely who is the “press” or “media” and what activities are entitled to protection is, in light of the proliferation of new forms and sources of media, sometimes challenging. It has obvious implications for the questions of who has standing to assert a s. 2(b) violation and what is sufficient to establish a violation.

« l’intervention indue du gouvernement » : *Nouveau-Brunswick* (1996), par. 24 (soulignement omis), citant *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, p. 429-430, le juge La Forest. Le droit de transmettre l’information au public est fragile à moins que la presse soit libre de suivre des pistes, de communiquer avec des sources et d’évaluer l’information acquise. Les activités de collecte d’informations font « partie intégrante de la liberté de la presse », car elles sont essentielles au droit et à la capacité d’exposer au public les faits et les idées qui composent l’histoire : *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 19, par. 46; voir également *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339-1340; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442. Sans protection contre toute ingérence indue dans la collecte d’informations, l’accès du public aux fruits du travail de la presse est diminué, tout comme sa capacité à comprendre les questions d’actualité, à en débattre et à se forger des opinions sur elles, ce qui nuit à sa capacité de participer de manière significative au processus démocratique.

[128] La protection constitutionnelle explicite de la collecte d’informations est à l’origine des protections de la presse que nous avons déjà reconnues. La Cour a conclu que le libre accès aux procédures judiciaires par la presse est protégé par l’al. 2b) : *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Edmonton Journal*; *Dagenais*; *Mentuck*; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332. En outre, la protection a été élargie à « la prise d’images et [à] la tenue d’entrevues » à l’extérieur des salles d’audience : *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, par. 46. Une protection plus large des activités de collecte d’informations de la presse représente donc un développement logique et progressif de la jurisprudence.

[129] Il ne fait aucun doute que définir précisément qui est la « presse » ou qui sont les « médias » et quelles activités ont droit à la protection est parfois difficile à la lumière de la prolifération de nouvelles formes et sources de médias. Cela a des répercussions évidentes sur la question de savoir qui a qualité pour plaider une violation de l’al. 2b) et ce qui est

But although the definitions of “media” and “press” have gone from linear to kaleidoscopic, there is no reason to avoid protecting what is at the core of the right. And what is at the core is the right to gather and disseminate information for the public’s benefit without undue interference from government. As Binnie J. observed in his dissent in *R. v. Sinclair*, [2010] 2 S.C.R. 310, at para. 107, a *Charter* right “should be given a broad interpretation consistent with its purpose. If it takes time to work out its proper amplitude, so be it.” In any event, at this stage, there is no need to be preoccupied over who is covered by the s. 2(b) press protection (see Oliphant, at p. 299).

[130] Not every activity should or will be protected under s. 2(b), but the more the activity accords with standards of professional journalistic ethics, such as those referred to in the Chamberland Commission Report, the more likely it will be found to attract constitutional protection (Quebec, *Commission d’enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques — Rapport* (2017), at p. 38). That is why this Court has recognized the need to protect confidential journalistic source relationships to ensure the free flow of information necessary to the media’s news-gathering function (*National Post; Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, [2010] 2 S.C.R. 592). On the other hand, as Binnie J. cautioned in *National Post*, vigorous protection for freedom of the press does not require unwavering support for tabloid espionage or “[c]hequebook journalism” (para. 38).

[131] Does s. 2(b)’s press and media guarantee include protection for journalistic “work product”, such as a reporter’s personal notes, recordings of interviews, or source contact lists? It seems inescapable that it usually does. The European Court of Human Rights has held that protecting the press includes protection for material in the journalist’s possession that might identify a confidential source (*Goodwin*, at para. 39; see also *Nagla v. Latvia*, No. 73469/10, July 16, 2013 (HUDOC)). And in *R. (Miranda) v.*

suffisant pour établir une violation. Toutefois, même si les définitions des « médias » et de la « presse » sont passées de linéaires à kaléidoscopiques, il n’y a aucune raison d’éviter de protéger ce qui est au cœur de ce droit, soit, le droit de recueillir et de diffuser l’information dans l’intérêt du public, sans l’intervention indue du gouvernement. Comme le juge Binnie, dissident, l’a fait remarquer dans *R. c. Sinclair*, [2010] 2 R.C.S. 310, par. 107, un droit protégé par la *Charte* doit recevoir « une interprétation large qui soit compatible avec son objet. S’il faut du temps pour en déterminer la portée exacte, qu’il en soit ainsi. » Je précise toutefois que, à cette étape, il n’y a pas lieu de se préoccuper de savoir qui est visé par la protection de la presse prévue à l’al. 2b) : voir Oliphant, p. 299.

[130] Toutes les activités ne devraient pas être protégées par l’al. 2b) ou ne le seront pas, mais plus une activité est conforme aux normes d’éthique journalistique professionnelle — comme celles mentionnées dans le rapport de la Commission Chamberland —, plus il est probable qu’elle bénéficiera d’une protection constitutionnelle : Québec, *Commission d’enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques — Rapport* (2017), p. 38. C’est pourquoi la Cour a reconnu la nécessité de protéger les relations des sources journalistiques confidentielles avec les médias, ce qui assure la libre circulation de l’information nécessaire à la fonction de collecte d’informations de la presse : *National Post; Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592. Par ailleurs, comme l’exprime la mise en garde du juge Binnie dans *National Post*, une protection vigoureuse de la liberté de la presse n’exige pas un appui indéfectible à l’espionnage tabloïde ou à la « [p]ratique qui consiste à rémunérer les sources » : par. 38.

[131] La protection de la liberté de la presse et des médias prévue à l’al. 2b) comprend-elle la protection du « produit du travail » journalistique, comme les notes personnelles d’un journaliste, les enregistrements d’entrevues ou les listes de ses sources ainsi que leurs coordonnées? Il semble inéluctable que c’est habituellement le cas. La Cour européenne des droits de l’homme a jugé que la protection de la presse inclut la protection du matériel en possession du journaliste qui pourrait identifier une source

Secretary of State for the Home Department, [2016] 1 W.L.R. 1505, Lord Dyson held that the protection of sources is “no more than one aspect” of the Article 10 press protection, which protects “journalistic material” even where “the source is known” (paras. 102 and 107). Similarly, in his concurring opinion in *Lessard*, La Forest J. stated that “work product” must be protected because “[t]he fear that the police can easily gain access” to this material “could well hamper the ability of the press to gather information” (pp. 431-32).

[132] It also necessarily includes, in my respectful view, protecting communications not only with sources that are truly confidential, as in *National Post*, but also those whose comments are “off the record” or “not for attribution”. And it includes protecting the journalist’s documentation of his or her investigative work (Chamberland Commission Report, at pp. 175-80). These are the indispensable tools which help the press gather, assess and disseminate information.

[133] The question then is under what circumstances should the state be able to get access to the background relied on by the press in preparing the information the public will see. In the context of search warrants and production orders, what are the implications of letting s. 2(b) come out of the shadows and explicitly acknowledging the media’s entitlement to constitutional protection? Is the current legal framework, developed before a distinct *Charter* right for the press was recognized, sufficiently respectful of the media’s enhanced status? That brings us to the issue in this case.

[134] Binnie J.’s phrase in *National Post* that the public has the “right to every person’s evidence” (para. 1) was used in the context of a case exploring the relationship between the law of privilege and disclosure. What is at issue here, however, is not the

confidentielle : *Goodwin*, par. 39; voir aussi *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (HUDOC). En outre, dans *R. (Miranda) c. Secretary of State for the Home Department*, [2016] 1 W.L.R. 1505, lord Dyson a jugé que la protection des sources confidentielles n’est [TRADUCTION] « qu’un seul aspect » de la protection conférée par l’art. 10, qui protège également le « matériel journalistique » même lorsque « la source est connue » : par. 102 et 107. De même, en rédigeant son opinion concordante dans *Lessard*, le juge La Forest a déclaré que le « produit du travail » d’un journaliste doit être protégé parce que « [l]a crainte que la police puisse avoir facilement accès » à ce matériel « pourrait bien gêner la presse dans la collecte de l’information » : p. 431-432.

[132] À mon avis, la protection de la liberté de la presse comprend aussi nécessairement celle des communications non seulement avec les sources qui sont véritablement confidentielles, comme dans *National Post*, mais aussi avec ceux dont les commentaires ont été faits « à titre confidentiel » ou « sous réserve d’anonymat ». Elle inclut en outre la protection de la documentation du journaliste relative à son travail d’enquête : Rapport de la Commission Chamberland, p. 175-180. Il s’agit d’outils indispensables pour aider la presse à recueillir, à évaluer et à diffuser l’information.

[133] La question est alors celle de savoir dans quelles circonstances l’État devrait avoir accès au contexte sur lequel s’appuie la presse pour préparer l’information qui sera rendue publique. Lorsqu’il s’agit de mandats de perquisition et d’ordonnances de communication, quelles sont les conséquences de laisser l’al. 2b) sortir de l’ombre et de reconnaître explicitement le droit de la presse à la protection constitutionnelle? Le cadre juridique actuel, élaboré avant la reconnaissance par la *Charte* d’un droit distinct pour la presse, respecte-t-il suffisamment le statut rehaussé de la presse? Voilà qui nous amène à la question à trancher en l’espèce.

[134] La phrase du juge Binnie dans *National Post* selon laquelle le public a « droit à la preuve émanant de toutes les sources » (par. 1) a été utilisée dans le contexte d’une cause où il était question de la relation entre le droit relatif au privilège et la communication

state's "right" to everyone's evidence, it is everyone's right to be secure against unreasonable search and seizure *and* the media's right to freedom of the press. The state has an *interest* in investigating and prosecuting crime, but it does not have a *right* to do so in violation of the *Charter*.

[135] Judicial involvement with search warrants and production orders occurs at two stages: at the authorization stage, when police seek an order from a judicial officer permitting a search or directing production of information, usually without notice to the person or organization targeted; and at judicial review, when the targeted party can challenge the initial authorization. The relevant *Charter* provision is s. 8, which states:

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

[136] The provision setting out the conditions for authorizing a production order in this case was s. 487.014 of the *Criminal Code*, which states, in part:

General production order

487.014 (1) Subject to sections 487.015 to 487.018, on *ex parte* application made by a peace officer or public officer, a justice or judge may order a person to produce a document that is a copy of a document that is in their possession or control when they receive the order, or to prepare and produce a document containing data that is in their possession or control at that time.

Conditions for making order

(2) Before making the order, the justice or judge must be satisfied by information on oath in Form 5.004 that there are reasonable grounds to believe that

(a) an offence has been or will be committed under this or any other Act of Parliament; and

d'éléments de preuve. Or, en l'espèce, la question en litige ne porte pas sur le « droit » de l'État à la preuve émanant de tous, mais sur le droit de tous d'être protégés contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives *et* sur le droit des médias à la liberté de la presse. L'État a un *intérêt* à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs; il n'a toutefois pas un *droit* de le faire en violation de la *Charte*.

[135] Les juges interviennent à deux étapes dans le cadre de la délivrance des mandats de perquisition et des ordonnances de communication : à l'étape de l'autorisation, lorsque la police demande le prononcé par un officier de justice d'une ordonnance autorisant une perquisition ou intimant la production de renseignements, habituellement sans avis à la personne ou à l'organisation visée; et à l'étape de la révision judiciaire, lorsque la partie visée peut contester l'autorisation initiale. La disposition pertinente de la *Charte* est l'art. 8, qui prévoit ce qui suit :

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

[136] Les conditions auxquels les demandeurs devaient satisfaire pour qu'une ordonnance de communication soit prononcée en l'espèce sont énoncées à l'art. 487.014 du *Code criminel*, qui prévoit notamment ce qui suit :

Ordonnance générale de communication

487.014 (1) Sous réserve des articles 487.015 à 487.018, le juge de paix ou le juge peut, sur demande *ex parte* présentée par un agent de la paix ou un fonctionnaire public, ordonner à toute personne de communiquer un document qui est la copie d'un document qui est en sa possession ou à sa disposition au moment où elle reçoit l'ordonnance ou d'établir et de communiquer un document comportant des données qui sont en sa possession ou à sa disposition à ce moment.

Conditions préalables à l'ordonnance

(2) Il ne rend l'ordonnance que s'il est convaincu, par une dénonciation sous serment faite selon la formule 5.004, qu'il existe des motifs raisonnables de croire, à la fois :

a) qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise;

(b) the document or data is in the person’s possession or control and will afford evidence respecting the commission of the offence.

...

[137] In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court held that if the state seeks to intrude on a reasonable expectation of privacy, the constitutional baseline to ensure compliance with s. 8 of the *Charter* is prior judicial authorization based on “reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search” (p. 168). The *Hunter* standard has been incorporated into many of the statutory provisions — including s. 487.014 — under which police seek authorizations for searches and seizures. These are referred to as the “statutory preconditions for issuance”. But even where those preconditions are met, the judicial officer from whom the authorization is sought retains discretion not to issue the order.

[138] This Court set out the approach for how s. 8 applies to production orders when the target is the press in *Lessard* and its companion case, *New Brunswick*, where the Crown sought video footage the CBC had shot and then aired of demonstrations said to show criminal activity.

[139] The Court held that there must be a balancing of the constitutional s. 8 privacy rights of the press against whom an order is sought with the interests of the state in investigating crime. Of particular relevance to this case, it also held that s. 2(b)’s guarantee of freedom of expression “does *not* . . . import any new or additional requirements for the issuance of search warrants” when the press is involved (*New Brunswick*, at p. 475 (emphasis added)). While noting that “the media play a vital role in the functioning of a democratic society” and “will not be implicated in the crime under investigation” since it is “truly an innocent third party” (p. 481), the Court observed

b) que le document ou les données sont en la possession de la personne ou à sa disposition et fourniront une preuve concernant la perpétration de l’infraction.

...

[137] Dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a statué que si l’État cherche à s’ingérer là où il existe une attente raisonnable en matière de vie privée, le critère constitutionnel minimal pour assurer le respect de l’art. 8 de la *Charte* est l’autorisation judiciaire préalable fondée sur « l’existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu’une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l’endroit de la perquisition » : p. 168. La norme *Hunter* a été intégrée à bon nombre des dispositions législatives — y compris l’art. 487.014 — en vertu desquelles la police demande l’autorisation de procéder à des perquisitions et à des saisies. C’est ce que l’on appelle les « conditions légales préalables à la délivrance de l’ordonnance ». Cela dit, même lorsqu’il est satisfait à ces conditions préalables, l’officier de justice à qui l’autorisation est demandée conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas rendre l’ordonnance.

[138] C’est dans *Lessard* et dans l’affaire connexe, *Nouveau-Brunswick* — où la Couronne a cherché à obtenir des séquences vidéo de démonstrations que la SRC avait tournées, puis diffusées, dont on alléguait qu’elles montraient l’activité criminelle — que la Cour a établi la façon dont l’art. 8 s’applique aux ordonnances de communication lorsque la cible est la presse.

[139] La Cour a statué qu’il faut établir un équilibre entre le droit à la vie privée du média — protégé par l’art. 8 de la *Charte* — contre lequel une ordonnance est demandée, d’une part, et l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes, d’autre part. Fait particulièrement pertinent en l’espèce, la Cour a également jugé que le droit à la liberté d’expression protégé par l’al. 2b) « *n’ajoute pas* d’exigences supplémentaires pour l’attribution des mandats de perquisition » lorsque la presse est concernée : *Nouveau-Brunswick*, p. 475 (italiques ajoutés). Tout en notant que « les médias jouent un rôle primordial dans le fonctionnement d’une société démocratique »

that s. 2(b) merely provides the “backdrop” for evaluating whether it is reasonable to issue the order (p. 475). Twenty years later, in *National Post*, this Court expanded on the *Lessard* framework in the context of confidential journalistic sources.

[140] While both *Lessard* and *National Post* were decided on the assumption that although the press had enhanced privacy interests under s. 8, there was no distinct role for the constitutionally protected right under s. 2(b). Rather, the framework acknowledged that s. 2(b) was an important aspect of the analysis for judicial authorizations that target the media. As noted in *National Post*, such orders “constitute a head-to-head clash between the government and the media, and the media’s ss. 2(b) and 8 interests are clearly implicated” (para. 78). That is why *New Brunswick* and *Lessard* added a number of considerations to the s. 8 analysis over and above the statutory requirements for warrants so that “any disruption of the gathering and dissemination of news is limited as much as possible” (*Lessard*, at p. 444). Chief among these were: (a) recognition that the press’ interests should be interfered with no more than is reasonably necessary (factors 5 and 7); and (b) a balancing test that weighed the state’s interest against “the right to privacy of the media in the course of their news gathering and news dissemination” (factor 3) (*New Brunswick*, at p. 481; *Lessard*, at p. 445).

[141] In my view, an independent, distinct protection in s. 2(b) requires an approach that explicitly addresses those rights, as well as the s. 8 privacy rights. An approach based solely on s. 8 privacy rights is, in my respectful view, no longer sustainable. Recognizing a distinct press guarantee in s. 2(b) of the *Charter* means that the press is no longer just the “backdrop” referred to in *New Brunswick*. Rather than being simply a balance between the constitutional *privacy* rights of the press and the state’s

et « ne sont pas impliqués dans l’acte criminel faisant l’objet de l’enquête » puisqu’il s’agit « vraiment d[e] tiers innocents » (p. 481), la Cour a observé que l’al. 2b) se limite à fournir la « toile de fond » pour évaluer s’il est raisonnable de rendre l’ordonnance (p. 475). Vingt ans plus tard, dans *National Post*, la Cour a élargi le cadre d’analyse énoncé dans *Lessard* où il était question de sources journalistiques confidentielles.

[140] Les arrêts tant *Lessard* que *National Post* ont été décidés en partant de l’hypothèse que même si la presse avait des intérêts accrus en matière de protection de la vie privée suivant l’art. 8, il n’y avait pas de rôle distinct pour le droit constitutionnel protégé par l’al. 2b). Le cadre d’analyse reconnaissait plutôt que l’al. 2b) constituait un aspect important de l’analyse d’une autorisation judiciaire qui vise un média. Comme il a été noté dans *National Post*, de telles ordonnances « opposent ouvertement le gouvernement et les médias, et mettent manifestement en jeu les droits que l’al. 2b) et l’art. 8 garantissent aux médias » : par. 78. C’est pourquoi les arrêts *Nouveau-Brunswick* et *Lessard* ont ajouté un certain nombre de facteurs à l’analyse fondée sur l’art. 8 en plus des exigences prévues par la loi pour les mandats de sorte que « toute perturbation de la collecte et de la diffusion des informations soit le plus possible limitée » : *Lessard*, p. 444. Les principaux nouveaux facteurs étaient les suivants : a) la reconnaissance qu’on ne devrait porter atteinte aux intérêts de la presse que dans la mesure raisonnablement nécessaire (facteurs 5 et 7); et b) un test de mise en balance de l’intérêt de l’État et du « droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations » : facteur 3; *Nouveau-Brunswick*, p. 481; *Lessard*, p. 445.

[141] À mon avis, une protection indépendante et distincte découlant de l’al. 2b) exige une approche qui viserait explicitement ces droits, ainsi que les droits à la vie privée que garantit l’art. 8. Selon moi, une approche fondée uniquement sur le droit à la vie privée prévu à l’art. 8 n’est plus viable. La reconnaissance d’une protection distincte pour la presse à l’al. 2b) de la *Charte* signifie qu’elle ne serait plus seulement la « toile de fond » dont il était question dans *Nouveau-Brunswick*. Plutôt que de simplement

interest in investigating crime, it is now a balance between the state's investigatory interest and both the media's s. 8 privacy rights *and* its s. 2(b) media rights.

[142] The fact that *both* constitutional rights for the press are engaged suggests a new harmonized analysis, in which the media's right to be secure against unreasonable search and seizure *as well* as its right to be protected from undue interference with legitimate newsgathering activities, are explicitly taken into account. I agree with counsel for the intervener, the International Coalition, that what this requires, in addition to the important baseline standards established under s. 8, is a proportionality inquiry showing essentially that the salutary effects of the production order outweigh the deleterious effects.

[143] Once the statutory preconditions for authorizing the order are met, in other words, the authorizing judge should be satisfied that the benefit of the state's interests in obtaining the information outweighs the harmful impact on the media's constitutionally protected s. 8 and s. 2(b) rights, including being satisfied that the production order interferes with the media's rights no more than is necessary.

[144] Balancing the benefit against the harm, authorizing judges would consider what the impact of the production order is on the media's s. 8 and s. 2(b) rights. A harmonized approach means that among the considerations authorizing judges would weigh are: the media's reasonable expectation of privacy; whether there is a need to target the press at all, since "[t]he media should be the last rather than the first place that authorities look for evidence" (*Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba (Attorney General)* (2009), 250 C.C.C. (3d) 61 (Man. C.A.), at para. 74); whether the evidence is available from any other source, and if so, whether reasonable steps were taken to obtain it (*Lessard*, at p. 445, factor 5); and

rechercher un équilibre entre le droit constitutionnel à la *vie privée* de la presse et l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes, il s'agit maintenant d'établir un équilibre entre l'intérêt de l'État en matière d'enquête, d'une part, et le droit à la vie privée de la presse protégé par l'art. 8 *et* ses droits protégés par l'al. 2b), d'autre part.

[142] Le fait que les *deux* droits constitutionnels de la presse soient engagés suggère qu'il faille adopter une nouvelle analyse harmonisée, dans laquelle on tiendrait compte explicitement du droit de la presse d'être à l'abri des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives *ainsi que* de son droit d'être protégé contre toute ingérence indue dans ses activités légitimes de collecte d'informations. Je suis d'accord avec l'avocat de l'intervenante, l'International Coalition, pour dire que ce qu'il faut, en plus de satisfaire aux critères de base importants établis en application de l'art. 8, c'est une analyse de la proportionnalité démontrant essentiellement que les effets bénéfiques de l'ordonnance de communication l'emportent sur ses effets préjudiciables.

[143] Autrement dit, une fois qu'il est satisfait aux conditions préalables au prononcé de l'ordonnance, le juge saisi de la demande devrait être convaincu que le bénéfice que retirerait l'État de l'obtention de l'information l'emporte sur l'atteinte aux droits de la presse protégés constitutionnellement par l'art. 8 et l'al. 2b), et notamment que l'ordonnance de communication ne porterait pas plus atteinte aux droits de la presse que nécessaire.

[144] En mettant en balance l'avantage et le préjudice, les juges saisis de telles demandes tiendraient compte de l'incidence de l'ordonnance de communication sur les droits des médias garantis par l'art. 8 et l'al. 2b). L'adoption d'une approche harmonisée signifie que les juges prendraient en considération notamment les facteurs suivants : l'attente raisonnable des médias en matière de respect de la vie privée; s'il est nécessaire de cibler la presse, puisque [TRADUCTION] « [I]es médias devraient être le dernier endroit et non le premier où les autorités cherchent des éléments de preuve » (*Canadian Broadcasting Corp. c. Manitoba (Attorney General)* (2009), 250 C.C.C. (3d) 61 (C.A. Man.), par. 74); si

whether the proposed order is narrowly tailored to interfere with the media's rights no more than necessary (*Lessard*, at p. 445, factor 7).

[145] The authorizing judge must balance the state's investigatory interest with the press' s. 8 and s. 2(b) rights. The authorizing judge should be satisfied that the interests of the state in investigating and prosecuting crimes outweigh the press' s. 8 privacy rights. Those rights, in turn, cannot be assessed without also considering the distinct constitutional protection for the press under s. 2(b). Only where the authorizing judge is satisfied that the state's beneficial interest outweighs the harmful impact on the press should a production order be made.

[146] Generally, the more intrusive the proposed order is on the s. 8 privacy and s. 2(b) rights of the media, that is, the more it seeks to get access to confidential or "off the record" communications with sources, or to journalistic work products like private notes and contact lists, the greater the impact on the media's ability to gather and publish the news. And, in turn, the greater the harmful impact on the public's right to know the fruits of the press' activities. In *National Post*, Binnie J. expanded on this impact, citing with approval the dissent of McLachlin J. in *Lessard*:

The ways in which police search and seizure may impinge on the values underlying freedom of the press are manifest. First, searches may be physically disruptive and impede efficient and timely publication. Second, retention of seized material by the police may delay or forestall completing the dissemination of the news. Third, confidential sources of information may be fearful of speaking to the press, and the press may lose opportunities to cover various events because of fears on the part of participants that press files will be readily available to the authorities. Fourth, reporters may be deterred from recording and preserving their recollections for future use. Fifth, the

la preuve est disponible d'une autre source et, dans l'affirmative, si des mesures raisonnables ont été prises pour l'obtenir (*Lessard*, p. 445, facteur 5); et si l'ordonnance proposée est étroitement adaptée pour ne porter atteinte aux droits de la presse que dans la mesure nécessaire (*Lessard*, p. 445, facteur 7).

[145] Le juge appelé à autoriser la perquisition doit mettre en balance l'intérêt de l'État à mener une enquête, d'une part, et les droits de la presse protégés par l'art. 8 et l'al. 2b), d'autre part. Il doit être convaincu que les intérêts de l'État à découvrir et à poursuivre les criminels l'emportent sur le droit au respect de la vie privée de la presse garanti par l'art. 8. Ce droit, à son tour, ne peut être apprécié par le juge sans qu'il tienne compte de la protection constitutionnelle distincte dont jouit la presse aux termes de l'al. 2b). Ce n'est que lorsqu'il est convaincu que l'intérêt dont bénéficie l'État l'emporte sur l'atteinte aux droits de la presse qu'il devrait rendre une ordonnance de communication.

[146] Généralement, plus l'ordonnance proposée est intrusive à l'égard des droits des médias garantis par l'art. 8 et par l'al. 2b) — c'est-à-dire que plus elle cherche à avoir accès à des communications confidentielles ou « faites à titre confidentiel » par des sources, ou à des produits journalistiques comme des notes privées et des listes de contacts —, plus l'impact sur la capacité de la presse de recueillir et de publier les nouvelles et, par conséquent, plus l'atteinte au droit du public de connaître les fruits des activités de la presse est grand. Dans *National Post*, le juge Binnie a traité de cet impact, citant avec approbation la dissidence de la juge McLachlin dans *Lessard* :

Les façons dont les perquisitions et les saisies effectuées par la police peuvent empiéter sur les valeurs qui sous-tendent la liberté de la presse sont manifestes. Premièrement, les perquisitions peuvent entraîner des perturbations sur le plan matériel et empêcher la publication efficace et opportune du journal. Deuxièmement, la retenue par les policiers d'objets saisis peut retarder ou empêcher la diffusion complète des informations. Troisièmement, les sources confidentielles de renseignements peuvent craindre de parler aux journalistes, et la presse peut ainsi perdre des chances d'assurer la couverture de différents événements en raison des craintes des

processing of news and its dissemination may be chilled by the prospect that searches will disclose internal editorial deliberations. Finally, the press may resort to self-censorship to conceal the fact that it possesses information that may be of interest to the police in an effort to protect its sources and its ability to gather news in the future. All this may adversely impact on the role of the media in furthering the search for truth, community participation and self-fulfillment.

(*National Post*, at para. 78, citing *Lessard*, at p. 452)

[147] As this quote demonstrates, an obvious collateral impact on the press of being required to comply with a production order is a chilling effect not only on the particular press being targeted, but on the press generally. The extent of the chill may vary from case to case, but its existence can hardly be questioned.

[148] On the other side of the balance is the strength of the state's interest in obtaining the order. As Cory J. held in *Lessard*, "all members of the community have an interest in seeing that crimes are investigated and prosecuted" (p. 446). In particular, the "investigation of a serious and violent crime [is] of importance to the state", and in circumstances where a crime is ongoing or where there is a risk that further crimes will be committed, "some urgency in conducting the search must be recognized" (*New Brunswick*, at p. 476). In other words, the more serious the crime under investigation, the more cogent the evidence sought and the more urgent the investigative need, the stronger the state's interest will be.

[149] While the cogency of the evidence is a relevant consideration, I agree with the Crown that in assessing the strength of the state's interest it would not be appropriate to require an assessment of whether the evidence is *necessary* for the Crown

participants que les autorités puissent facilement prendre connaissance des dossiers de la presse. Quatrièmement, cela peut dissuader les journalistes d'enregistrer et de conserver les renseignements recueillis pour s'en servir ultérieurement. Cinquièmement, le traitement et la diffusion des informations peuvent être gênés par l'éventualité que les délibérations internes de la rédaction soient rendues publiques à la suite de perquisitions. En dernier lieu, la presse peut recourir à l'autocensure pour cacher le fait qu'elle est en possession de renseignements qui peuvent intéresser les policiers, dans le but de protéger ses sources et sa capacité de recueillir des informations à l'avenir. Tout cela peut avoir des répercussions néfastes sur le rôle joué par les médias pour favoriser la recherche de la vérité, la participation au sein de la collectivité et l'accomplissement personnel.

(*National Post*, par. 78, citant *Lessard*, p. 452)

[147] Comme l'illustre cette citation, une incidence collatérale évidente du fait que la presse puisse être contrainte de se conformer à une ordonnance de communication est un effet dissuasif non seulement sur l'organe de presse ciblé, mais aussi sur la presse en général. L'ampleur de l'effet dissuasif peut varier d'un cas à l'autre, mais on ne peut guère remettre son existence en cause.

[148] Le pendant de cet effet dissuasif est l'importance de l'intérêt de l'État à ce que l'ordonnance soit rendue. Comme le juge Cory l'a affirmé dans *Lessard*, « tous les citoyens ont un intérêt à ce que les actes criminels fassent l'objet d'enquêtes et de poursuites » : p. 446. Plus particulièrement, « [l]'enquête relative à un crime grave et violent [est] importante pour l'État », et lorsqu'un crime est en cours ou lorsqu'il existe un risque que d'autres crimes soient commis, « il faut reconnaître qu'il y [a] une certaine urgence à effectuer la perquisition » : *Nouveau-Brunswick*, p. 476. Autrement dit, plus le crime faisant l'objet de l'enquête est grave, plus la preuve recherchée est convaincante et plus le besoin d'enquête est urgent, plus l'intérêt de l'État est élevé.

[149] Bien que la force probante de la preuve soit une considération pertinente, j'estime, comme la Couronne, que pour évaluer le degré d'intérêt de l'État, il ne serait pas approprié d'exiger une évaluation de la *nécessité* qu'il présente les éléments

to obtain a conviction. Production orders are often a preliminary part of the Crown's efforts to marshal a case. What will ultimately be necessary to prove the Crown's case at trial is unknowable at the early stages of an investigation, where the police's role is "to locate, examine and preserve all the evidence relevant to events which may have given rise to criminal liability", not to "decide whether the essential elements of an offence are made out" (*CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 22).

[150] Recognizing that s. 2(b) requires a more rigorous approach to authorizations against the press, also compels clarification of some aspects of the impact on the media's rights that have emerged in the jurisprudence. One is the relevance of "prior publication". In *Lessard* and *New Brunswick*, the material sought was video footage of events said to constitute criminal activity, which had already been broadcast by the press. The Court held that the fact that the information sought had been published in whole or in part attenuated the media's claim to s. 8 privacy protection in the footage (*Lessard*, at pp. 446-47; *New Brunswick*, at p. 477).

[151] But one of the media's core functions is the exercise of discretion over what is and is not published, and there is often an expanse of unpublished material behind each published story. It seems to me that prior publication is a factor to be addressed on a case-by-case basis. If a journalist obtains a number of documents and decides to publish only some or part of them, the publication in "part" should not undermine protection for the *unpublished* portion, since state access to it clearly interferes with both privacy and newsgathering.

de preuve en cause pour obtenir une déclaration de culpabilité. Les ordonnances de communication ne constituent souvent qu'une étape préliminaire des efforts de la Couronne pour mener à bien une affaire. Tôt durant l'enquête, il est impossible de savoir ce qui sera ultimement nécessaire pour prouver la cause de la Couronne au procès, dans la mesure où le rôle de la police consiste à « découvrir, [à] examiner et [à] conserver tous les éléments de preuve se rapportant à des événements susceptibles de donner lieu à une responsabilité criminelle » et non pas à « décider si les éléments essentiels d'une infraction sont établis » : *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 22.

[150] Si l'on reconnaît que l'al. 2b) exige d'adopter une approche plus rigoureuse pour autoriser des perquisitions contre la presse, il faut également clarifier certains éléments qui ressortent de la jurisprudence et qui ont une incidence sur la décision relative aux droits de la presse. Une de ces incidences est la pertinence de la « publication antérieure ». Dans *Lessard* et *Nouveau-Brunswick*, l'information que la police cherchait à obtenir était une bande vidéo déjà diffusée par la presse d'événements qui auraient constitué une activité criminelle. La Cour a conclu que le fait que l'information recherchée avait été publiée en tout ou en partie atténuait la prétention des médias à la protection de la vie privée protégée par l'art. 8 relativement aux séquences : *Lessard*, p. 446-447; *Nouveau-Brunswick*, p. 477.

[151] Cela dit, les médias ont notamment pour fonction principale d'exercer un pouvoir discrétionnaire pour décider ce qui est publié et ce qui ne l'est pas, et derrière chaque article publié ou reportage diffusé, il y a souvent une quantité importante d'informations qui n'est pas rendue publique. Il me semble que la publication antérieure est un facteur qui doit être étudié au cas par cas. Si un journaliste obtient un grand nombre de documents et qu'il décide de n'en publier que certains ou qu'une partie, la publication « partielle » ne devrait pas miner la protection pour l'information *qui n'a pas été publiée*, puisque, autrement, l'accès qu'aurait l'État serait clairement une ingérence tant dans la vie privée du média que dans ses activités de collecte d'informations.

[152] There is also the issue of how to deal with sources, some of whom ask for full confidentiality, while others say certain things “off the record” despite being otherwise unconcerned about being identified as a source. For this latter group, the desire to remain anonymous *with respect to those particular communications* may be no less significant to their willingness to communicate with the journalist than a desire for blanket confidentiality such as was at issue in *National Post*. Where part or all of a communication with a journalist was intended or understood to be “off the record”, it too is entitled to protection from disclosure requirements. This aligns with the approach taken by the Chamberland Commission, which noted the need to protect journalists’ source materials even where the identification of a confidential source is not at issue (Chamberland Commission Report, at pp. 175-80).

[153] And the final aspect warranting discussion is whether a production order should be made against the press without the press at the hearing. This Court, in applying *Criminal Code* provisions similar to s. 487.014(1), has interpreted them to permit, but not require, *ex parte* proceedings in order to ensure that a judge is not deprived of the option of having a hearing on notice “to ensure reasonableness and fairness in the circumstances” (*R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, at para. 56; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 16). There are strong rationales for providing notice to the press in cases like this. If the authorizing judge lacks evidence and submissions from the party exclusively in possession of the information needed for the balancing — the innocent media third party whose s. 2(b) rights are engaged — then there is nothing to balance. And the authorizing judge would have no way of knowing some highly relevant facts, such as the nature of the relationship between a source and a journalist. For this reason, the Court in *National Post* held that “the media should have the opportunity to put their case against the warrant at the earliest reasonable opportunity”, and that absent urgent circumstances, the issuing judge “may well

[152] La question du traitement des sources doit aussi être résolue, dans la mesure où certaines d’entre elles requièrent une totale confidentialité, tandis que d’autres révèlent certains éléments « à titre confidentiel » sans par ailleurs se soucier d’être nommées comme source. Pour ce dernier groupe, le souhait de rester anonymes *quant à ces communications en particulier* peut ne pas être moins important eu égard à leur volonté de communiquer avec le journaliste que le désir d’une confidentialité absolue comme celle dont il était question dans *National Post*. Lorsqu’une partie ou la totalité d’une communication avec un journaliste était destinée à être faite « à titre confidentiel » ou comprise comme devant être telle, elle aussi a droit à une protection contre les exigences en matière de communication. Cette vision est conforme à l’approche adoptée par la Commission Chamberland, qui a souligné la nécessité de protéger l’information fournie par les sources des journalistes même lorsque l’identification d’une source confidentielle n’est pas en litige : Rapport de la Commission Chamberland, p. 175-180.

[153] Le dernier aspect qui mérite d’être discuté est celui de savoir s’il est opportun qu’une ordonnance de communication soit prononcée contre un média qui n’est pas présent à l’audience. Lorsqu’elle a appliqué des dispositions du *Code criminel* similaires au par. 487.014(1), la Cour les a interprétées pour qu’elles permettent, mais pas pour qu’elles exigent, la tenue de procédures *ex parte*, de manière à garantir que le juge ne soit pas privé de la possibilité de tenir une audience après signification d’un avis « afin de garantir le caractère juste et raisonnable des procédures dans les circonstances » : *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, par. 56; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 16. Dans de tels cas, il existe de bonnes raisons pour que la presse soit avisée. Si le juge saisi de la demande n’a pas été informé par la partie qui est la seule à disposer — le média tiers innocent dont les droits protégés par l’al. 2b) sont en cause — de certains éléments de preuve ou de certaines allégations dont il a besoin pour mettre en balance les différents intérêts en cause, il n’aura alors rien à mettre en balance. En outre, ce juge n’aura aucun moyen de connaître certains faits hautement pertinents, comme la nature de la

conclude that it is desirable to proceed on notice” (para. 83). While the issue of notice is ultimately a matter within the discretion of the authorizing judge, it is, obviously, highly preferable in most cases to proceed on notice to the media rather than *ex parte*.

[154] In rare cases where the Crown can show that there are exigent circumstances or that there is a real risk of the destruction of evidence, notice may not be feasible. A real risk, for example, that the press would act to move evidence “beyond the reach of [the] Canadian court process”, as the ITO in this case asserted, might also militate against giving notice. In those circumstances, an order should be made for sealing and preserving the evidence that is obtained pending notice to the press and an opportunity to contest the order before a reviewing judge. The possibility that the press may not “cooperate with police”, which was also suggested in the ITO, does not raise the same concerns. In those cases, it remains preferable to proceed on notice so that the media can oppose the order at the earliest possible opportunity.

[155] That brings us to the approach for reviewing production orders. Once an authorization has been granted, the person targeted by the order can challenge it. A challenge to an ordinary search warrant or production order by a third party typically occurs by way of *certiorari* in the Superior Court (Scott C. Hutchison et al., *Search and Seizure Law in Canada* (loose-leaf), at pp. 16-53 to 16-55). The target can argue that the record before the authorizing judge was insufficient to establish the requisite statutory grounds for issuance. Alternatively, he or she can argue that the record did not accurately reflect what

relation qui unit une source et un journaliste. Pour cette raison, dans *National Post*, la Cour a conclu que « les médias devraient avoir la possibilité de faire valoir leurs arguments contre la délivrance du mandat à la première occasion raisonnable », et que, à défaut d’une situation d’urgence, le juge saisi de la demande « pourrait conclure à bon droit qu’il est préférable d’aviser le média » : par. 83. Bien que la question de l’avis soit ultimement une question qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande, il est évidemment nettement préférable dans la plupart des cas d’aviser le média plutôt que d’entendre la demande *ex parte*.

[154] Par ailleurs, dans les rares cas où la Couronne peut démontrer qu’il existe des circonstances qui l’exigent ou un risque réel de destruction d’éléments de preuve, l’envoi d’un avis pourrait ne pas être possible. Un risque réel, par exemple, que la presse prenne des mesures pour mettre la preuve [TRADUCTION] « hors de la portée [du] système judiciaire canadien », comme l’indique la dénonciation en l’espèce, pourrait également militer contre l’envoi d’un avis. Dans ces circonstances, il y a lieu de rendre une ordonnance de mise sous scellés et de conservation des éléments de preuve obtenus jusqu’à ce que le média soit avisé et qu’il ait l’occasion de contester l’ordonnance devant un juge siégeant en révision. La possibilité que la presse ne « collabore pas avec les services de police », ce qui a également été suggéré dans la dénonciation en l’espèce, ne soulève pas les mêmes préoccupations. Dans de tels cas, il demeure préférable d’aviser le média de sorte qu’il puisse s’opposer à l’ordonnance dès qu’il en a l’occasion.

[155] Voilà qui nous amène à l’approche qu’il convient d’adopter pour examiner les ordonnances de communication. Une fois qu’une autorisation a été accordée, la personne visée par l’ordonnance peut la contester. Habituellement, un mandat de perquisition ou une ordonnance de communication par un tiers est contesté au moyen d’un bref de *certiorari* en Cour supérieure : Scott C. Hutchison et autres, *Search and Seizure Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 16-53 à 16-55. La personne visée peut plaider que le juge saisi de la demande ne disposait pas d’un dossier suffisant pour établir les motifs de délivrance prescrits

the affiant knew or ought to have known and that, if it had, the authorization would not have been granted (Robert W. Hubbard, Peter M. Brauti and Scott K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure* (loose-leaf), at section 8.5.2).

[156] This Court set out the orthodox approach for reviewing authorizations in *Garofoli*. Under that approach, the reviewing judge “does not substitute his or her view for that of the authorizing judge” (p. 1452). Instead, he or she is confined to determining whether, in light of the record as amplified on review, “there continues to be any basis for the decision of the authorizing judge” (*ibid.*). Even where the record reveals “the existence of fraud, non-disclosure, misleading evidence and new evidence”, if the authorizing judge “could have granted the authorization”, the reviewing judge should *not* interfere (*ibid.* (emphasis added); see also *R. v. Nero* (2016), 334 C.C.C. (3d) 148 (Ont. C.A.); *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992).

[157] The combination of the *Garofoli* approach with *ex parte* authorization proceedings may make sense in the ordinary search warrant context, where the amplification of the record on review does not generally change the interests at stake. Any new evidence on review still typically relates to whether the statutory preconditions for issuance have been satisfied, namely, whether there were reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed and evidence of it would be obtained. As this Court has said, “[w]hat matters is what the affiant knew or ought to have known at the time the affidavit in support of the . . . authorization was sworn” (*World Bank Group v. Wallace*, [2016] 1 S.C.R. 207, at para. 119). As a result, this Court has held that the scope for cross-examination of an affiant is usually narrow, and “[e]ven if it is established that information contained within the affidavit is inaccurate, or that a material fact was not disclosed, this will not necessarily detract from the existence of the statutory pre-conditions” (*R. v. Pires*, [2005] 3 S.C.R. 343, at para. 30). New facts are not relevant if the affiant

par la loi. Il peut aussi faire valoir que le dossier ne reflétait pas correctement ce que savait ou aurait dû savoir l’affiant et que, s’il l’avait reflété, l’autorisation n’aurait pas été accordée : Robert W. Hubbard, Peter M. Brauti et Scott K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure* (feuilles mobiles), par. 8.5.2.

[156] La Cour a énoncé l’approche traditionnelle pour réviser les autorisations dans *Garofoli*. Suivant cette approche, le juge chargé de la révision « ne substitue pas son opinion à celle du juge qui a accordé l’autorisation » : p. 1452. Il doit plutôt se limiter à déterminer si, à la lumière du dossier étoffé dans le cadre de la demande de révision, « il existe encore un fondement quelconque à la décision du juge qui a accordé l’autorisation » : *ibid.* Même lorsque le dossier révèle l’existence « [de] fraude, [d’une] non-divulgaration, [d’une] déclaration trompeuse et [de] nouveaux éléments de preuve », si le juge qui a accordé l’autorisation « pouvait le faire », le juge qui siège en révision *ne* devrait pas intervenir : *ibid.* (italiques ajoutés); voir également *R. c. Nero* (2016), 334 C.C.C. (3d) 148 (C.A. Ont.); *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992.

[157] La combinaison de l’approche *Garofoli* et de la procédure d’autorisation *ex parte* peut avoir un sens dans le contexte d’un mandat de perquisition ordinaire, où l’étoffement du dossier lors de l’examen ne change généralement pas les intérêts en jeu. Tout nouvel élément de preuve présenté à l’étape de la révision porte généralement sur la question de savoir s’il a été satisfait aux conditions légales préalables, c’est-à-dire s’il y avait des motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction a été commise et si des preuves de cette infraction seraient obtenues. Comme la Cour l’a affirmé, « [c]e qui importe, c’est ce que le déposant savait ou aurait dû savoir au moment où il a souscrit l’affidavit accompagnant la dénonciation » : *Groupe de la Banque mondiale c. Wallace*, [2016] 1 R.C.S. 207, par. 119. Ainsi, la Cour a conclu que la portée du contre-interrogatoire d’un affiant est généralement limitée, et que « [m]ême s’il est établi que les renseignements contenus dans l’affidavit sont inexacts, ou qu’un fait substantiel n’a pas été communiqué, cela ne réfutera pas nécessairement la présence des conditions légales préalables » : *R. c.*

could not reasonably have known of them (*World Bank Group*, at para. 122).

[158] But this highly deferential approach was not designed to scrutinize whether s. 2(b) *Charter* rights were sufficiently protected. In fact, this Court has never directly analysed what approach should be applied for reviewing a production order against the press. In proceedings where the press is involved, and there has been no notice before the authorizing judge, the press will not have had the opportunity to explain how the order would interfere with its work until after the authorization is made. At that stage, irrespective of the new evidence, under the *Garofoli* approach the court would not be entitled to conduct a fresh balancing. Instead, it could only set aside the order if it felt the authorizing judge could not have come to any other conclusion than to deny the order.

[159] Although all production orders involve infringements of constitutional privacy rights, those infringements are usually knowable in advance and require little additional elaboration. The nature and extent of the impacts on the press are, by contrast, fact-dependent and contextual. A challenge to an *ex parte* authorization against a journalist may, and necessarily does, involve the introduction of facts on review that the police affiant had little to no way of knowing. And, unlike in an ordinary *Garofoli* review, those facts are *highly* relevant, because the inquiry is not about the sincerity or reasonableness of the affiant's beliefs, it is about whether the order reflects a proportionate balancing.

[160] Most significantly, if the authorizing judge's decision has been made without the benefit of any submissions or evidence from the press, it is hard

Pires, [2005] 3 R.C.S. 343, par. 30. Les nouveaux éléments de preuve ne sont pas pertinents si l'affiant ne pouvait pas raisonnablement en avoir eu connaissance : *Groupe de la Banque mondiale*, par. 122.

[158] Cette approche hautement empreinte de déférence n'a toutefois pas été conçue pour examiner si les droits visés à l'al. 2b) de la *Charte* avaient été suffisamment protégés. En fait, la Cour n'a jamais analysé directement quelle approche conviendrait pour réviser une ordonnance de communication rendue contre la presse. Dans les procédures auxquelles elle prend part sans avoir été avisée de la demande dont le juge est saisi, la presse n'aura pas eu l'occasion avant que l'autorisation soit accordée d'expliquer comment l'ordonnance interférerait avec son travail. À cette étape, indépendamment de l'existence ou non de nouveaux éléments de preuve, suivant l'approche *Garofoli*, la cour ne serait pas autorisée à mettre les intérêts en jeu de nouveau en balance. Elle ne pourrait plutôt qu'annuler l'ordonnance si elle estimait que le juge qui a accordé l'autorisation n'aurait pas pu conclure autrement que par un refus de prononcer l'ordonnance.

[159] S'il est vrai que toutes les ordonnances de communication entraînent des atteintes aux droits à la vie privée protégés par la Constitution, ces atteintes sont généralement connues à l'avance et requièrent bien peu qu'on élabore à leur sujet. En revanche, la nature et l'étendue de l'incidence de ces ordonnances sur la presse sont tributaires des faits et du contexte. La contestation d'une autorisation *ex parte* prononcée contre un journaliste peut mener, et mène nécessairement, lors de la révision, à la présentation de faits que le policier signataire de l'affidavit n'avait bien peu sinon aucun moyen de connaître. En outre, contrairement à la situation qui prévaut dans le contexte d'une révision de type *Garofoli* ordinaire, ces faits sont *hautement* pertinents, parce que l'examen ne porte pas sur la sincérité ou sur le caractère raisonnable des croyances de l'affiant, mais sur la question de savoir si l'ordonnance est le fruit d'une mise en balance proportionnée.

[160] Fait le plus important, si la décision du juge qui a accordé l'autorisation a été prise sans qu'il ait pu prendre connaissance des observations ou

to see why it would be entitled to deference. In my view, where the press has not had a chance to appear before the authorizing judge, it is entitled to a *de novo* balancing on the review. It would be an artificial exercise to defer to the conclusions of a decision maker who does not possess some or all of the most relevant facts in order to balance the interests at play. As well, a *de novo* hearing provides a more straightforward process for all parties, minimizing the number of steps and interim decisions, and enabling the judge to zero in on the substantive issues. If, on the other hand, the press was present and able to make its case before the authorizing judge, the more deferential *Garofoli* approach would be justified.

[161] A final note about the analysis. Some of the parties referred to the new *Journalistic Sources Protection Act*, S.C. 2017, c. 22, for the general purpose of showing that Parliament intended to strengthen press protection. None of its provisions, however, was at issue before us. As a result, these reasons have intentionally avoided addressing or applying any of them.

Application

[162] In this case, Vice Media has put forward all of the evidence and argument that would have been weighed in the balance. Based on that record, in my view, the production order strikes a proportionate balance between the rights and interests at stake.

[163] The order is narrowly tailored and targets only Mr. Makuch's communications with Mr. Shirdon, and, apart from Vice Media's claim that the Crown could somehow use published media accounts as a substitute for the evidence it seeks, there is no suggestion that those communications are available from any other source. Balancing the harms and benefits of the order, although any production order against a journalist is serious, the harmful impact of this order is, in my view, minimal. In saying so I do not rely on

des éléments de preuve de la presse, il est difficile de concevoir pourquoi elle mériterait d'être traitée avec déférence. À mon avis, lorsque la presse n'a pas eu l'occasion de comparaître devant le juge qui a accordé l'autorisation, elle a droit à ce qu'une *nouvelle* mise en balance soit faite dans le contexte de la révision. Il serait artificiel de s'en remettre aux conclusions d'un décideur qui ne disposait pas de certains des éléments de preuve les plus pertinents, ou d'aucun d'entre eux, pour mettre en balance les intérêts en jeu. En outre, une *nouvelle* audience offre un processus plus direct à toutes les parties, et minimise le nombre d'étapes ainsi que de décisions intérimaires, tout en permettant au juge de se concentrer sur les questions de fond. Si, par contre, la presse était présente et a eu l'occasion de présenter sa thèse au juge saisi de la demande, il serait justifié d'adopter l'approche plus déférente adoptée dans *Garofoli*.

[161] J'ajouterais un dernier élément concernant l'analyse. Certaines parties ont renvoyé à la nouvelle *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22, dans le but général de démontrer que le Parlement voulait renforcer la protection de la presse. Or, aucune disposition de cette loi n'était en cause devant nous. En conséquence, j'évite intentionnellement d'aborder ou d'appliquer cette loi dans les présents motifs.

Application

[162] En l'espèce, Média Vice a présenté tous les éléments de preuve et plaidé tous les arguments qui auraient pesé dans la balance. En conséquence, à mon avis, l'ordonnance de communication représente une mise en balance proportionnée des droits et intérêts en jeu.

[163] L'ordonnance a une portée limitée et vise uniquement les communications entre M. Makuch et M. Shirdon. En outre, mis à part la prétention de Média Vice selon laquelle la Couronne pourrait d'une quelconque façon utiliser les comptes rendus médiatiques publiés plutôt que les éléments de preuve qu'il cherche à obtenir, rien ne laisse à penser que ces communications pourraient être obtenues d'une autre source. En dépit du sérieux de toutes les ordonnances de communication prononcées contre

the Crown's submission that Vice Media's privacy interest in these documents was undermined by "prior publication". Rather, it is because the specific facts of this case undermine the strength of Vice Media's suggestion that the production order would interfere with its newsgathering and publication functions.

[164] The unusual lens through which this appeal must be viewed is that we are dealing with information from a source in circumstances where the source wanted everything he said to be made public. I do not deny the seriousness of journalists being seen to be participating in or conscripted into the investigation of crime. That perception could most decidedly undermine the media's perceived independence, resulting in a "loss of credibility and appearance of impartiality" (*Manitoba*, at para. 74). But the concern shrivels in the context of this case.

[165] It bears repeating that Mr. Shiridon was not a confidential source, or even one who so much as intimated that he wished Mr. Makuch to conceal his identity. On the contrary, he went to Mr. Makuch with the express purpose of broadcasting his extremist views to the public. Crucially, Mr. Makuch's lengthy, detailed affidavit contains no suggestion whatsoever that anything Mr. Shiridon said was intended or understood to be "off the record", and Vice Media has never argued otherwise.

[166] Vice Media points out that Mr. Shiridon did not initially identify himself to Mr. Makuch and used a pseudonym. But this does not amount to a confidentiality agreement. More pertinently, Mr. Makuch's own conduct shows that the relationship was not confidential in any way. It was Mr. Makuch, not the police, who identified Mr. Shiridon to the public, by publishing the articles that linked Abu Usamah to

un journaliste, j'estime que la mise en balance des avantages et des inconvénients de l'ordonnance en l'espèce mène à la conclusion que ces derniers sont minimes. Pour énoncer cette affirmation, je ne me fonde pas sur l'argument de la Couronne selon lequel il a déjà été porté atteinte aux intérêts à la vie privée de Média Vice en ce qui a trait à ces documents par une « publication antérieure ». Je me prononce ainsi plutôt parce que les faits précis de la présente cause affaiblissent la force de la suggestion de Média Vice selon laquelle l'ordonnance de communication constituerait une ingérence dans ses fonctions de collecte d'informations et de publication.

[164] La lentille inhabituelle à travers laquelle il faut voir le présent appel découle de ce que nous traitons de renseignements provenant d'une source dans des circonstances où cette dernière souhaitait que tous ses propos soient rendus publics. Je ne nie pas la gravité de la perception de la participation ou de la conscription des journalistes à l'enquête sur les crimes. Cette perception pourrait assurément miner la perception d'indépendance des médias, ce qui entraînerait [TRADUCTION] « une perte de leur crédibilité et de l'apparence de leur impartialité » : *Manitoba*, par. 74. Cette préoccupation perd toutefois de son importance dans le contexte de la présente affaire.

[165] Il vaut la peine de répéter que M. Shiridon n'était pas une source confidentielle, ni même une source qui aurait même laissé entendre qu'il souhaitait que M. Makuch dissimule son identité. Au contraire, il a approché ce dernier précisément pour que ses opinions extrémistes soient diffusées publiquement. Fait crucial, l'affidavit long et détaillé de M. Makuch ne contient aucune suggestion que tout ce que M. Shiridon a dit était destiné à être révélé « à titre confidentiel » ou compris comme tel, et Média Vice n'a jamais plaidé le contraire.

[166] Média Vice souligne que, initialement, M. Shiridon n'a pas révélé son identité à M. Makuch et a utilisé un pseudonyme. Cela n'équivaut toutefois pas à un accord de confidentialité. Fait plus pertinent, la conduite de M. Makuch lui-même illustre que la relation n'était aucunement confidentielle. C'est lui, et non pas la police, qui a révélé l'identité de M. Shiridon au public, en publiant les articles

Farah Shirdon and the YouTube video. It cannot be said, therefore, that this case involved *state* interference with a journalist-source relationship. No one, in fact, interfered with Mr. Shirdon's anonymity or privacy since he himself was the person who willingly gave up both in order to have a public platform for his views — a fact confirmed by Mr. Makuch's apparent lack of concern about identifying Mr. Shirdon in his articles.

[167] Vice Media argues that being required to comply with *any* production order, regardless of whether it covers confidential or quasi-confidential communications, and regardless of whether there is any appearance of connection between the journalist and the police, will chill sources. With respect, accepting that submission would amount to a universal, automatic immunity from production orders for the press. While the risk of a chilling effect can be presumed in such cases, the particular factual context of each case may amplify, diminish, or displace that presumption. In this case, the deliberately non-confidential nature of the source and the communications at issue diminish the risk of a chill.

[168] As for the strength of the state's interest, Vice Media does not dispute that Mr. Shirdon's alleged offences are extremely serious. Nor does Vice Media dispute that the communications between Mr. Makuch and Mr. Shirdon are likely to reveal strong evidence of Mr. Shirdon's alleged terrorist conduct. What it says instead is that the Crown does not really need these communications to succeed in its prosecution of Mr. Shirdon — a prosecution, moreover, that Vice Media says is unlikely to occur soon, if ever. But, as previously noted, whether the evidence sought is *necessary* for the Crown to obtain a conviction is not part of assessing the strength of the state's interests.

qui établissaient un lien entre Abu Usamah et Farah Shirdon et qui faisaient état de la vidéo présente sur YouTube. Il n'est donc pas possible de prétendre qu'il est question, en l'espèce, d'une ingérence de l'*État* dans la relation entre un journaliste et une source. En fait, personne ne s'est ingéré dans l'anonymat ou dans la vie privée de M. Shirdon, puisque c'est lui-même qui a renoncé à l'un comme à l'autre de manière à obtenir un forum pour faire connaître ses opinions — un fait confirmé par l'absence apparente de préoccupation de M. Makuch au sujet de l'identification de M. Shirdon dans ses articles.

[167] Média Vice plaide que le fait d'être tenu de se conformer à *quelque* ordonnance de communication *que ce soit*, qu'elle concerne ou non des communications confidentielles ou quasi confidentielles, et qu'il y ait ou non une quelconque apparence de lien entre le journaliste et la police, aura pour effet de dissuader les sources de parler aux journalistes. Soit dit en tout respect, si nous devons accepter une telle prétention, cela reviendrait à reconnaître une immunité universelle et automatique contre toutes les ordonnances de communication visant la presse. Bien qu'on puisse présumer qu'il y aurait un risque de dissuasion dans de tels cas, le contexte factuel particulier de chaque cas peut amplifier, diminuer ou repousser cette présomption. En l'espèce, la nature délibérément non confidentielle de la source et les communications en cause diminuent le risque d'effet dissuasif.

[168] Quant au degré d'intérêt de l'*État*, Média Vice ne conteste pas que les infractions reprochées à M. Shirdon soient très graves. Elle ne conteste pas non plus que les communications entre M. Makuch et M. Shirdon révéleront vraisemblablement une preuve solide de la conduite terroriste alléguée de ce dernier. Ce que Média Vice affirme plutôt, c'est que la Couronne n'a pas réellement besoin de ces communications pour avoir gain de cause dans sa poursuite contre M. Shirdon — une poursuite, en outre, dont Média Vice soutient qu'elle n'aura vraisemblablement pas lieu prochainement, le cas échéant. Or, comme je l'ai déjà mentionné, la question de savoir si les éléments de preuve recherchés sont *nécessaires* pour que la Couronne obtienne une déclaration de culpabilité ne relève pas de l'évaluation du degré d'intérêt de l'*État*.

[169] Nor can I accept Vice Media's argument that the production order should not be issued unless and until Mr. Shirdon returns to Canada and a prosecution here becomes imminent. Fleeing from Canada to join ISIS is part of the very conduct for which Mr. Shirdon is charged. It would be incongruous to use his flight from Canada as a basis for delaying an investigation of his conduct.

[170] This leads to the conclusion that the benefit of the state's interest in obtaining the messages outweighs any harm to Vice Media's rights.

[171] I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: St. Lawrence Barristers, Toronto; Linden & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

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

Solicitors for the interveners the Aboriginal Peoples Television Network, the Advocates in Defence of Expression in Media, the Canadian Association of Journalists, the Canadian Journalists for Free Expression, the Canadian Media Guild/Communications Workers of America Canada, the Centre for Free Expression, Global News, a Division of Corus Television Limited Partnership and Postmedia Network Inc.: Stockwoods, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation: Canadian Broadcasting Corporation, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Muslim Lawyers Association: Mirza Kwok Defence Lawyers, Mississauga; Hameed Law, Ottawa.

[169] Je ne peux pas accepter non plus l'argument de Média Vice selon lequel l'ordonnance de communication ne devrait pas être rendue à moins que M. Shirdon ne revienne au Canada et tant et aussi longtemps qu'il ne l'aura pas fait et qu'une poursuite ici ne sera pas imminente. Sa fuite du Canada pour rejoindre DAECH fait partie intégrante du comportement précis pour lequel M. Shirdon est accusé. Il serait incongru d'utiliser sa fuite du Canada comme fondement pour reporter une enquête sur sa conduite.

[170] Ainsi, il faut conclure que les avantages pour l'intérêt de l'État à obtenir les messages l'emportent sur le préjudice causé aux droits de Média Vice.

[171] Je suis donc d'avis de rejeter l'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : St. Lawrence Barristers, Toronto; Linden & Associates, Toronto.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenants le Réseau de télévision des peuples autochtones, les Avocats pour la défense de l'expression dans les médias, l'Association Canadienne des Journalistes, Canadian Journalists for Free Expression, la Guilde canadienne des médias/Syndicat des Communications d'Amérique Canada, Centre for Free Expression, Global News, a Division of Corus Television Limited Partnership et Postmedia Network Inc. : Stockwoods, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Société Radio-Canada : Société Radio-Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats musulmans : Mirza Kwok Defence Lawyers, Mississauga; Hameed Law, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Media Legal Defence Initiative, Reporters Without Borders, the Reporters Committee for Freedom of the Press, the Media Law Resource Centre, the International Press Institute, Article 19, Pen International, Pen Canada the Canadian Centre of Pen International, the Index on Censorship, the Committee to Protect Journalists, the World Association of Newspapers and News Publishers and the International Human Rights Program: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

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

Procureurs des intervenants Media Legal Defence Initiative, Reporters Sans Frontières, Reporters Committee for Freedom of the Press, Media Law Resource Centre, International Press Institute, Article 19, Pen International, Pen le Centre Canadien de Pen International, Index on Censorship, Committee to Protect Journalists, World Association of Newspapers and News Publishers et International Human Rights Program : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

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