

Tele-Mobile Company (a.k.a. Telus Mobility) *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen (Ontario) and Her Majesty The Queen (Canada) *Respondents*

and

Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Canadian Association of Chiefs of Police and Canadian Bankers Association *Interveners*

INDEXED AS: TELE-MOBILE CO. v. ONTARIO

Neutral citation: 2008 SCC 12.

File No.: 31644.

2007: December 13; 2008: March 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF JUSTICE FOR ONTARIO

Criminal law — Production orders — Exemption from compliance — Production orders issued to compel third party to provide police with call records related to separate criminal investigations — Third party arguing compliance without compensation unreasonable — Whether judge can make compensation term or condition of production order — Whether financial costs of compliance with production order unreasonable — Whether exemption should be granted — Meaning of “unreasonable” in Criminal Code’s exemption provision — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.012, 487.015(4).

Amendments to the *Criminal Code* in 2004 introduced a new investigative tool for law enforcement agencies: a production order that would compel third parties to produce documents or data for use in criminal

Société Télé-Mobile (aussi connue sous le nom Telus Mobilité) *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine (Ontario) et Sa Majesté la Reine (Canada) *Intimées*

et

Procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, Association canadienne des chefs de police et Association des banquiers canadiens *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ TÉLÉ-MOBILE c. ONTARIO

Référence neutre : 2008 CSC 12.

N° du greffe : 31644.

2007 : 13 décembre; 2008 : 28 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR DE JUSTICE DE L'ONTARIO

Droit criminel — Ordonnance de communication — Exemption de l'obligation — Ordonnances de communication obtenues pour contraindre un tiers à communiquer à la police des relevés d'appels pour les besoins d'enquêtes criminelles distinctes — Allégation du tiers selon laquelle il est déraisonnable de l'obliger à obtempérer sans l'indemniser — L'indemnisation du tiers fait-elle partie des conditions dont le juge peut assortir l'ordonnance de communication? — Le coût financier de l'obtempération à l'ordonnance de communication est-il déraisonnable? — L'exemption devrait-elle être accordée? — Signification du mot « déraisonnable » employé dans la disposition du Code criminel relative à l'exemption — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.012, 487.015(4).

En 2004, le *Code criminel* a été modifié pour mettre un nouveau moyen d'enquête à la disposition des organismes d'application de la loi, à savoir une ordonnance obligeant un tiers à communiquer des documents ou

investigations. Two production orders required Telus to produce call data records. Telus applied for exemptions from the orders on the grounds that the burden of compliance would be unreasonable without compensation due to the cost of retrieving the archived data. The Ontario Court of Justice dismissed the application for exemptions. Telus appealed directly to the Supreme Court, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, arguing that the broad wording in s. 487.012(4) of the *Criminal Code* permitting a judge to add terms and conditions, allowed for the inclusion of a condition of the production order directing payment of reasonable costs of compliance.

Held: The appeal should be dismissed.

The production order scheme in the *Criminal Code* does not permit a judge to order compensation for compliance with such orders. This interpretation is based on the language of the relevant provisions, the legislative history, the *ex parte* procedural mechanisms set out in the legislation, and the principle that compensation is not ordinarily recoverable in criminal matters. A judge can only consider the financial aspect of compliance with a production order when deciding whether or not an exemption order should be made on the basis that the financial burden associated with compliance is unreasonable. [59]

The outcome of this case depended on the statutory interpretation of the production order scheme. The legislative history was significant in discerning the legislator's intention with respect to compliance. That history shows that the question of whether compensation should be paid to telecommunication service providers for the costs of compliance with court orders was part of an ongoing dialogue with those providers, including Telus. Telus and other affected businesses and organizations consistently urged the government to include express language providing for compensation. Parliament introduced no such language. This reflects an intention that compensation not be paid for compliance with production orders. [29-31] [42-43]

The procedural scheme chosen by Parliament also supports this interpretation. The *ex parte* procedure for obtaining a production order or having an order revoked, renewed or varied is not amenable to determining whether compensation should be a term of the order. Determination of compensation would require information only obtainable by giving notice and

des données pour les besoins d'une enquête criminelle. Deux ordonnances de communication enjoignaient à Telus de communiquer des données d'appels. Telus a demandé une exemption pour chacune des ordonnances, alléguant que sans indemnisation, l'obtempération à celles-ci et la récupération des données archivées lui imposaient un fardeau financier déraisonnable. La Cour de justice de l'Ontario a rejeté la demande d'exemptions. Telus a interjeté appel directement devant la Cour suprême en application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Elle soutient que la formulation générale employée au par. 487.012(4) du *Code criminel* et suivant laquelle le juge peut assortir l'ordonnance de communication des conditions qu'il estime indiquées l'autorisait à y prévoir le paiement des frais raisonnables d'obtempération.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les dispositions du *Code criminel* relatives à l'ordonnance de communication n'autorisent pas le juge à ordonner l'indemnisation de la personne qui obtempère à une telle ordonnance. Cette interprétation s'appuie sur le texte des dispositions en cause, l'historique législatif, la procédure *ex parte* établie dans la loi et le principe selon lequel il n'y a habituellement pas d'indemnisation en matière criminelle. Le juge ne peut se pencher sur l'incidence financière de l'ordonnance de communication que lorsqu'il est appelé à décider s'il y a lieu d'accorder une exemption en raison du caractère déraisonnable des frais d'obtempération. [59]

L'issue du pourvoi tient à l'interprétation des dispositions législatives pertinentes. L'historique législatif importe pour déterminer l'intention du législateur concernant l'indemnisation de la personne visée par une ordonnance de communication. Il en appert que la question de l'indemnisation des frais occasionnés par le respect d'ordonnances judiciaires a fait l'objet d'un dialogue constant avec les fournisseurs de services de télécommunications, y compris Telus. Les entreprises et organisations intéressées, dont Telus, ont toujours exhorté le gouvernement à faire en sorte que la loi prévoie expressément l'indemnisation. Le législateur n'a pas acquiescé à leur demande, ce qui traduit l'intention qu'il n'y ait pas d'indemnisation pour le respect d'une ordonnance de communication. [29-31] [42-43]

La procédure retenue par le législateur milite également en faveur de cette interprétation. Le mécanisme *ex parte* permettant d'obtenir une ordonnance de communication, sa révocation, son renouvellement ou sa modification ne se prête pas à l'examen de la question de savoir si l'ordonnance devrait prévoir une indemnisation. Pour se prononcer à ce sujet, le juge aurait besoin

allowing the subject of the production order to call evidence. Parliament could have provided for a process for notice and standing to third parties, as it has done in other *Criminal Code* provisions, but it did not. [43] [44] [47] [49]

Parliament acknowledges, in s. 487.015(4)(b) of the *Criminal Code*, the potentially unreasonable burden that production orders could impose by providing for an exemption from such orders, rather than compensation for compliance with them. The standard of unreasonableness in s. 487.015(4)(b) is familiar in law and there is no need to further define it. In essence, the financial consequences must be so burdensome that it would be unreasonable in the circumstances to expect compliance. Reasonableness will be informed by a variety of factors, including the breadth of the order being sought, the size and economic viability of the object of the order, and the extent of the order's financial impact on the party from whom production is sought. Where the party is a repeated target of production orders, the cumulative impact of multiple orders may also be relevant. [63] [66-67]

Based on the evidence, Telus had not established in this case that the cost of compliance with the production orders was unreasonable. [69]

Cases Cited

Referred to: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canada (Attorney General) v. Pacific International Securities Inc.* (2005), 209 C.C.C. (3d) 390, 2006 BCCA 303; *Canada (Attorney General) v. Foster* (2006), 215 C.C.C. (3d) 59; *U.S. v. Jones*, 351 F. Supp. 132 (1972); *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4.

Statutes and Regulations Cited

Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 11, 12, 30.11.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 83.28, 462.32(6), 462.33(7), 487.01, 487.012 to 487.017 [ad. 2004, c. 3, s. 7], 487.015(4)(b), 487.02, 708, 809, 839.
Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 107.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231 to 239.

de renseignements qui ne pourraient être obtenus qu'en donnant avis de la demande à l'intéressé et en lui permettant de présenter des éléments de preuve. Comme il le fait dans d'autres dispositions du *Code criminel*, le législateur aurait pu reconnaître au tiers le droit à un avis et la qualité pour agir, mais il s'en est abstenu. [43] [44] [47] [49]

C'est en prévoyant une exemption de l'obligation faite par l'ordonnance de communication, et non une ordonnance d'indemnisation pour le respect de celle-ci, que le législateur reconnaît à l'al. 487.015(4)(b) du *Code criminel* que l'ordonnance de communication peut imposer un fardeau déraisonnable. La notion de raisonnable est courante en droit et n'a pas besoin d'être définie davantage. Essentiellement, les conséquences financières doivent être importantes au point de rendre l'obligation déraisonnable dans les circonstances. Le caractère raisonnable dépend de divers éléments, dont la portée de l'ordonnance demandée, la taille et la situation financière de la personne visée et l'ampleur des conséquences financières de la communication pour cette même personne. Lorsque la personne visée fait fréquemment l'objet d'ordonnances de communication, l'effet cumulatif de celles-ci peut aussi être considéré. [63] [66-67]

Au vu de la preuve offerte en l'espèce, Telus n'a pas démontré le caractère déraisonnable du coût d'obtention aux ordonnances de communication. [69]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Canada (Attorney General) c. Pacific International Securities Inc.* (2005), 209 C.C.C. (3d) 390, 2006 BCCA 303; *Canada (Attorney General) c. Foster* (2006), 215 C.C.C. (3d) 59; *U.S. c. Jones*, 351 F. Supp. 132 (1972); *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28, 462.32(6), 462.33(7), 487.01, 487.012 à 487.017 [aj. 2004, ch. 3, art. 7], 487.015(4)(b), 487.02, 708, 809, 839.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231 à 239.

Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act, R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.).
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 144.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38.

Authors Cited

Canada. Department of Justice. Discussion Paper. *Lawful Access: Operational Fees*, December 12, 2003.
 Canada. Department of Justice. News Release, “Lawful Access Consultation Submission Summary Report Available on Department of Justice Website”, August 6, 2003 (online: http://www.canada.justice.gc.ca/eng/news-nouv/nr-cp/2003/doc_30958.html).
 Canada. Department of Justice. *Summary of Submissions to the Lawful Access Consultation*, prepared by Nevis Consulting Group Inc., gen. ed., April 28, 2003 (online: <http://www.canada.justice.gc.ca/eng/cons/la-al/sum-res/sum-res.pdf>).
 Canada. Department of Justice, Industry Canada, Solicitor General Canada. *Lawful Access — Consultation Document*, August 25, 2002.
 Canada. Department of Justice, Industry Canada, Solicitor General Canada. *Lawful Access Consultation: Response of the Canadian Wireless Telecommunications Association*, December 16, 2002.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 138, 2nd sess., 37th Parl., September 29, 2003, pp. 7933-34.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Justice (Vaillancourt J.) (2006), 81 O.R. (3d) 745, [2006] O.J. No. 2589 (QL), 2006 CarswellOnt 3896, 2006 ONCJ 229, dismissing an application for exemption from a production order. Appeal dismissed.

Paul Burstein and Frank Addario, for the appellant.

Randy Schwartz and Joseph Perfetto, for the respondent Her Majesty the Queen (Ontario).

Janet Henchey and Robert Frater, for the respondent Her Majesty the Queen (Canada).

Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle, L.R.C. 1985, ch. 30 (4^e suppl.).
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 11, 12, 30.11.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 107.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38.
Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 144.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, 2^e sess., 37^e lég., 29 septembre 2003, p. 7933-7934.
 Canada. Ministère de la Justice. Document de travail. *Accès légal : coûts opérationnels*, 12 décembre 2003.
 Canada. Ministère de la Justice. *Résumé des mémoires présentés dans le cadre de la consultation sur l'accès légal*, préparé par Nevis Consulting Group Inc., dir. de réd., 28 avril 2003 (en ligne : <http://www.canada.justice.gc.ca/fra/cons/al-la/res-sum/res-sum.pdf>).
 Canada. Ministère de la Justice. Communiqué, « Le ministère de la Justice publie sur son site Web le résumé des observations présentées dans le cadre des consultations sur l'accès légal », 6 août 2003 (en ligne : http://www.canada.justice.gc.ca/fra/nouv-news/cp-nr/2003/doc_30958.html).
 Canada. Ministère de la Justice, Industrie Canada, Solliciteur général du Canada. *Accès légal — Document de consultation*, 25 août 2002.
 Canada. Ministère de la Justice, Industrie Canada, Solliciteur général du Canada. *Lawful Access Consultation : Response of the Canadian Wireless Telecommunications Association*, 16 décembre 2002.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un jugement de la Cour de justice de l'Ontario (le juge Vaillancourt) (2006), 81 O.R. (3d) 745, [2006] O.J. No. 2589 (QL), 2006 CarswellOnt 3896, 2006 ONCJ 229, qui a rejeté une demande d'exemption de l'obligation découlant d'une ordonnance de communication. Pourvoi rejeté.

Paul Burstein et Frank Addario, pour l'appelante.

Randy Schwartz et Joseph Perfetto, pour l'intimée Sa Majesté la Reine (Ontario).

Janet Henchey et Robert Frater, pour l'intimée Sa Majesté la Reine (Canada).

Brigitte Bussières and Gilles Laporte, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Trevor Shaw and Gordon Comer, for the intervenor the Attorney General of British Columbia.

David Migicovsky and Margaret R. Truesdale, for the intervenor the Canadian Association of Chiefs of Police.

Paul J. Martin and Charles A. Toth, for the intervenor the Canadian Bankers Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — A new investigative tool was introduced to the *Criminal Code* in 2004: the production order. Production orders compel third parties in possession of information relevant to a criminal investigation to produce and generate documents and data for law enforcement agencies. The Tele-Mobile Company (“Telus”) argued that requiring it to comply with production orders without compensation was unreasonable.

[2] The issue in this case is whether a judge has the power to make it a term or condition of a production order that the police compensate a third party for expenses incurred in complying with the order. In my view, there is no power to order compensation under the production order scheme. Where the financial costs of compliance are unreasonable, the remedy lies in a full or partial exemption from the production order.

[3] The parties in this case agree that while there may be a number of factors making a production order unreasonable, this appeal is limited to a consideration of the reasonableness of the financial burden of compliance. The burden on Telus was found not to be unreasonable by Vaillancourt J. I agree with his conclusion.

Background

[4] The scheme governing the use of production orders is found in ss. 487.012 to 487.017 of the

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

Trevor Shaw et Gordon Comer, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

David Migicovsky et Margaret R. Truesdale, pour l’intervenante l’Association canadienne des chefs de police.

Paul J. Martin et Charles A. Toth, pour l’intervenante l’Association des banquiers canadiens.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — En 2004, un nouveau moyen d’enquête a fait son apparition dans le *Code criminel*. Il s’agit de l’ordonnance de communication. Elle fait obligation au tiers qui possède des renseignements pertinents pour une enquête criminelle de communiquer à un organisme d’application de la loi des documents et des données ou d’en préparer à son intention. La Société Télé-Mobile (« Telus ») soutient qu’il était déraisonnable d’exiger qu’elle donne suite à des ordonnances de communication sans qu’elle soit indemnisée à cet égard.

[2] Notre Cour doit décider si, au nombre des conditions dont peut être assortie l’ordonnance de communication, le juge peut ordonner au service de police d’indemniser le tiers des frais engagés pour donner suite à l’ordonnance. À mon sens, le régime législatif ne l’y autorise pas. Lorsque le coût financier du respect de l’ordonnance est déraisonnable, le recours de l’intéressé réside dans l’obtention d’une exemption totale ou partielle.

[3] Les parties conviennent que même si une ordonnance de communication peut-être déraisonnable pour un certain nombre de raisons, la présente affaire ne porte que sur le fardeau financier imposé à Telus. Le juge Vaillancourt a estimé que celui-ci n’était pas déraisonnable, et je partage son avis.

Contexte

[4] Le régime législatif applicable correspond aux art. 487.012 à 487.017 du *Code criminel*, L.R.C.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46. The relevant provisions (added by S.C. 2004, c. 3, s. 7) state:

487.012 (1) [Production order] A justice or judge may order a person, other than a person under investigation for an offence referred to in paragraph (3)(a),

(a) to produce documents, or copies of them certified by affidavit to be true copies, or to produce data; or

(b) to prepare a document based on documents or data already in existence and produce it.

(2) [Production to peace officer] The order shall require the documents or data to be produced within the time, at the place and in the form specified and given

(a) to a peace officer named in the order; or

(b) to a public officer named in the order, who has been appointed or designated to administer or enforce a federal or provincial law and whose duties include the enforcement of this or any other Act of Parliament.

(3) [Conditions for issuance of order] Before making an order, the justice or judge must be satisfied, on the basis of an *ex parte* application containing information on oath in writing, that there are reasonable grounds to believe that

(a) an offence against this Act or any other Act of Parliament has been or is suspected to have been committed;

(b) the documents or data will afford evidence respecting the commission of the offence; and

(c) the person who is subject to the order has possession or control of the documents or data.

(4) [Terms and conditions] The order may contain any terms and conditions that the justice or judge considers advisable in the circumstances, including terms and conditions to protect a privileged communication between a lawyer and their client or, in the province of Quebec, between a lawyer or a notary and their client.

(5) [Power to revoke, renew or vary order] The justice or judge who made the order, or a judge of the same territorial division, may revoke, renew or vary the order on an *ex parte* application made by the peace officer or public officer named in the order.

1985, ch. C-46. Les dispositions en cause (ajoutées par L.C. 2004, ch. 3, art. 7) sont les suivantes :

487.012 (1) [Ordonnance de communication] Sauf si elle fait l'objet d'une enquête relative à l'infraction visée à l'alinéa (3)a), un juge de paix ou un juge peut ordonner à une personne :

a) de communiquer des documents — originaux ou copies certifiées conformes par affidavit — ou des données;

b) de préparer un document à partir de documents ou données existants et de le communiquer.

(2) [Communication à un agent de la paix] L'ordonnance précise le moment, le lieu et la forme de la communication ainsi que la personne à qui elle est faite — agent de la paix ou fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'application ou l'exécution d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale.

(3) [Conditions à remplir] Le juge de paix ou le juge ne rend l'ordonnance que s'il est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment et présentée *ex parte*, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les conditions suivantes sont réunies :

a) une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou est présumée avoir été commise;

b) les documents ou données fourniront une preuve touchant la perpétration de l'infraction;

c) les documents ou données sont en la possession de la personne en cause ou à sa disposition.

(4) [Conditions] L'ordonnance peut être assortie des conditions que le juge de paix ou le juge estime indiquées, notamment pour protéger les communications privilégiées entre l'avocat — et, dans la province de Québec, le notaire — et son client.

(5) [Modification, renouvellement et révocation] Le juge de paix ou le juge qui a rendu l'ordonnance — ou un juge de la même circonscription territoriale — peut, sur demande présentée *ex parte* par l'agent de la paix ou le fonctionnaire public nommé dans l'ordonnance, la modifier, la renouveler ou la révoquer.

487.014 (1) [Power of peace officer] For greater certainty, no production order is necessary for a peace officer or public officer enforcing or administering this or any other Act of Parliament to ask a person to voluntarily provide to the officer documents, data or information that the person is not prohibited by law from disclosing.

(2) [Application of section 25] A person who provides documents, data or information in the circumstances referred to in subsection (1) is deemed to be authorized to do so for the purposes of section 25.

487.015 (1) [Application for exemption] A person named in an order made under section 487.012 and a financial institution, person or entity named in an order made under section 487.013 may, before the order expires, apply in writing to the judge who issued the order, or a judge of the same territorial division as the judge or justice who issued the order, for an exemption from the requirement to produce any document, data or information referred to in the order.

(2) [Notice] A person, financial institution or entity may only make an application under subsection (1) if they give notice of their intention to do so to the peace officer or public officer named in the order, within 30 days after it is made.

(3) [Order suspended] The execution of a production order is suspended in respect of any document, data or information referred to in the application for exemption until a final decision is made in respect of the application.

(4) [Exemption] The judge may grant the exemption if satisfied that

- (a) the document, data or information would disclose information that is privileged or otherwise protected from disclosure by law;
- (b) it is unreasonable to require the applicant to produce the document, data or information; or
- (c) the document, data or information is not in the possession or control of the applicant.

487.017 [Offence] A financial institution, person or entity who does not comply with a production order

487.014 (1) [Pouvoir de l'agent de la paix] Il demeure entendu qu'une ordonnance de communication n'est pas nécessaire pour qu'un agent de la paix ou un fonctionnaire public chargé de l'application ou de l'exécution de la présente loi ou de toute autre loi fédérale demande à une personne de lui fournir volontairement des documents, données ou renseignements qu'aucune règle de droit n'interdit à celle-ci de communiquer.

(2) [Application de l'article 25] La personne qui fournit des documents, données ou renseignements dans les circonstances visées au paragraphe (1) est, pour l'application de l'article 25, réputée être autorisée par la loi à le faire.

487.015 (1) [Demande d'exemption] Toute personne visée par l'ordonnance rendue en vertu de l'article 487.012 ou toute institution financière, personne ou entité visée par l'ordonnance rendue en vertu de l'article 487.013 peut, avant l'expiration de l'ordonnance, demander par écrit au juge qui l'a rendue ou à un autre juge de la circonscription territoriale du juge ou du juge de paix qui l'a rendue de l'exempter de l'obligation de communiquer la totalité ou une partie des documents, données ou renseignements demandés.

(2) [Préavis obligatoire] La personne, l'institution financière ou l'entité ne peut présenter une demande en vertu du paragraphe (1) qu'à la condition d'avoir donné, dans les trente jours suivant celui où l'ordonnance est rendue, un préavis de son intention à l'agent de la paix ou au fonctionnaire public nommé dans l'ordonnance.

(3) [Conséquence de la demande d'exemption] L'exécution de l'ordonnance de communication visée par la demande d'exemption est suspendue à l'égard des documents, données ou renseignements mentionnés dans la demande jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été rendue sur celle-ci.

(4) [Exemption] Le juge peut accorder l'exemption s'il est convaincu que, selon le cas :

- a) la communication révélerait des renseignements protégés par le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges;
- b) il serait déraisonnable d'obliger l'intéressé à communiquer les documents, données ou renseignements;
- c) les documents, données ou renseignements ne sont ni en la possession de l'intéressé ni à sa disposition.

487.017 [Infraction] La personne, l'institution financière ou l'entité qui omet de se conformer à une

made under section 487.012 or 487.013 is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding \$250,000 or imprisonment for a term not exceeding six months, or to both.

[5] This case arises out of two production orders issued pursuant to s. 487.012 of the *Criminal Code*, requiring Telus to produce call records related to separate criminal investigations. The first was granted to the Toronto Police Service on September 30, 2004, compelling Telus to produce a report outlining the call data records relating to one of its subscribers who was the subject of a murder investigation. The order provided:

WHEREAS IT APPEARS UPON the Information of . . . a Peace Officer;

That there are reasonable grounds to believe that an offence against the *Criminal Code* has been committed, namely

First Degree Murder . . .

AND UPON being satisfied that the requested documents will afford evidence in respect of the commission of the offence.

AND UPON being satisfied that the persons who are the subject of this Order have possession or control of the requested data.

IT IS ORDERED that . . . the Director of Regulatory Affairs and Government Relations or any other person occupying that position in a permanent or acting capacity, of the TELE MOBILE COMPANY, otherwise known as Telus Mobility, produce, based on data already in existence, the documents listed below:

- (a) A report setting out all network activity records including dialed numbers for outgoing calls, caller line identification for incoming calls, automatic network registrations if available, and the time, date and duration for each of these network events pertaining to the Telus Mobility wireless telephone service [telephone number] from and including the dates of March 10th, 2004 to March 24th, 2004, and
- (b) A report setting out the cell site location and, if available, cell sector information for all network events pertaining to the Telus Mobility wireless

ordonnance rendue en vertu des articles 487.012 ou 487.013 commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de 250 000 \$ et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines.

[5] Deux ordonnances de communication fondées sur l'art. 487.012 du *Code criminel* sont à l'origine de la présente affaire. Elles enjoignaient à Telus de communiquer des relevés d'appels pour les besoins de deux enquêtes distinctes. La première, obtenue par le service de police de Toronto le 30 septembre 2004, enjoignait à Telus de communiquer des données d'appels sur un abonné faisant l'objet d'une enquête relative à un meurtre; en voici le texte :

[TRADUCTION]

ATTENDU QU'il appert de la dénonciation de [. . .], agent de la paix,

qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction prévue au *Code criminel* a été commise, à savoir :

Meurtre au premier degré . . .

QUE la Cour est convaincue que les documents demandés fourniront une preuve touchant la perpétration de l'infraction

ET QUE les données demandées sont en la possession des personnes en cause ou à leur disposition,

LA COUR ORDONNE au directeur des affaires réglementaires et des relations avec le gouvernement de la SOCIÉTÉ TÉLÉ-MOBILE, aussi connue sous le nom Telus Mobilité, [. . .] ou à toute autre personne occupant ce poste à titre permanent ou intérimaire, de communiquer les documents suivants préparés à partir de données existantes :

- a) un relevé de toute l'activité de réseau, y compris les numéros d'appels sortants composés, l'identification de la ligne appelante pour les appels entrants, les inscriptions de réseau automatique (si possible), ainsi que l'heure, la date et la durée de chacune de ces activités de réseau se rapportant au service de téléphonie cellulaire de Telus Mobilité pour le [numéro de téléphone], du 10 au 24 mars 2004;
- b) un rapport précisant l'emplacement de site cellulaire et, si possible, les renseignements sur le secteur de la cellule pour toutes les activités de réseau

telephone service [telephone number] from and including the dates of March 10th, 2004 to March 24th, 2004.

se rapportant au service de téléphonie cellulaire de Telus Mobilité pour le [numéro de téléphone], du 10 au 24 mars 2004.

This Production Order is subject to the following terms and conditions:

La présente ordonnance de communication est assortie des conditions suivantes :

- (a) Within two business days of receiving a copy of this Order, the person named will provide a report to the Officer indicating how long it will take for the documents/data pursuant to this Order to be produced, and
- (b) Copies of documents produced pursuant to this Order need not be returned to the person named in this Order.

- a) au plus tard deux jours ouvrables après avoir reçu copie de l'ordonnance, la personne nommée précise par écrit à l'agent le temps requis pour communiquer les documents et données demandés;
- b) les copies des documents communiqués conformément à la présente ordonnance ne devront pas lui être retournées.

[6] The second production order was obtained by the Ontario Provincial Police on October 5, 2004, compelling Telus to produce call data records relevant to a drug investigation. Specifically, it required Telus to produce:

[6] Datée du 5 octobre 2004 et obtenue par la Police provinciale de l'Ontario, la seconde ordonnance de communication enjoignait à Telus de communiquer des données d'appels pertinentes pour les besoins d'une enquête sur une affaire de drogue. Elle exigeait plus particulièrement ce qui suit :

A report setting out:

Un document renfermant ce qui suit :

- (a) Records of all incoming and outgoing telephone numbers, automatic network registrations (ie. Subscriber information for each outgoing and incoming telephone number), and the time, date, and duration for each event for the period of August 1, 2003 up to and including January 12, 2004 contained in the form of data storage media otherwise known as magnetic tape or tapes containing raw data showing activity records on the Tele-mobile Company wireless network for the following cellular telephone numbers:

- a) Le relevé des numéros de téléphone correspondant à tous les appels entrants et sortants, les inscriptions de réseau automatique (c.-à-d. les renseignements sur l'autre abonné pour chacun de ces appels), ainsi que l'heure, la date et la durée de chacune de ces activités, du 1^{er} août 2003 au 12 janvier 2004, conservés sur support de données, soit une ou plusieurs bandes magnétiques contenant des données brutes sur l'activité du réseau de téléphonie sans fil de la Société Télé-Mobile pour les numéros de téléphone portable suivants :

. . .

. . .

The manner of production of the documents/data will be:

Modalités de communication des documents et des données :

. . .

. . .

prepare a document described herein based on documents or data already in existence and produce it. Provide an affidavit attesting that the prepared document was prepared from original documents.

Préparation du document exigé aux présentes à partir de documents ou de données existants. Remise d'un affidavit attestant que le document a été préparé à partir d'originaux.

[7] On July 14, 2005, Telus filed two applications under s. 487.015 of the *Criminal Code*, seeking

[7] Le 14 juillet 2005, sur le fondement de l'art. 487.015 du *Code criminel*, Telus a demandé une

exemptions from each of the two production orders on the basis that the financial burden of compliance would be unreasonable without compensation.

[8] Telus had already “archived” the information sought in both production orders, that is, the raw data had been transferred to a magnetic tape and kept offsite. In order to recover the information, the tapes had to be retrieved from the archives, a process described in an affidavit by Telus’ Manager of Production Operations:

The process for the recovery of archived data includes identifying and locating the relevant magnetic tapes, arranging for their transport from an off site location back to our computer processing facilities, mounting the tapes onto a dedicated storage facility, searching the tapes and processing the search results. There are substantial labour and equipment costs engaged by this process.

[9] By the time of the hearing, Telus had complied with both production orders. It had also entered into an agreement with the Toronto Police Service whereby the police would pay Telus “reasonable compensation” for the production of archived data if its exemption application were successful.

[10] The two applications were heard together by Vaillancourt J. in the Ontario Court of Justice ((2006), 81 O.R. (3d) 745, 2006 ONCJ 229). He identified several bases for concluding that the statutory scheme does not allow a court to order that the police compensate a third party for the costs of compliance with production orders. He firstly defined the function of the judge issuing the order as being to “consider the statutory test for the issuance of the order, having regard to the Constitutional rights impacted by the order and the interest of society in the enforcement of its laws, and ultimately to determine if it is reasonable to make the order” (para. 19). In his view, Telus’ claim for compensation had nothing to do with these functions.

exemption pour chacune des deux ordonnances de communication, alléguant que sans indemnisation, l’obtempération à celles-ci lui imposait un fardeau financier déraisonnable.

[8] Telus avait déjà « archivé » les renseignements visés par les deux ordonnances, c’est-à-dire que les données brutes avaient été transférées sur bandes magnétiques puis conservées dans un autre lieu. Pour récupérer les données, les bandes devaient être retrouvées dans les archives, un procédé que le directeur des opérations de production de Telus a décrit comme suit dans son affidavit :

[TRADUCTION] Pour récupérer des données archivées, il faut repérer les bandes, voir à leur acheminement à nos installations de traitement informatique, les monter dans notre installation de stockage spécialisée, les parcourir et traiter les résultats de la recherche, ce qui est coûteux en main-d’œuvre et en matériel.

[9] Lors de l’audition de ses demandes, Telus avait déjà donné suite aux deux ordonnances de communication. Elle avait également conclu avec le service de police de Toronto une entente prévoyant le versement d’une [TRADUCTION] « indemnité raisonnable » en contrepartie de la communication de ses données archivées si sa demande d’exemption était accueillie.

[10] Le juge Vaillancourt de la Cour de Justice de l’Ontario a entendu les deux demandes d’exemption simultanément ((2006), 81 O.R. (3d) 745, 2006 ONCJ 229). Il a invoqué plusieurs motifs pour conclure que les dispositions législatives en cause n’autorisaient pas le tribunal à ordonner au service de police d’indemniser le tiers des frais d’obtempération aux ordonnances de communication. Il a d’abord opiné que le juge saisi de la demande devait [TRADUCTION] « examiner les conditions légales auxquelles l’ordonnance peut être rendue, compte tenu des droits constitutionnels auxquels il est porté atteinte pour l’application des lois dans l’intérêt de la société, puis déterminer s’il était raisonnable de rendre l’ordonnance » (par. 19). Il a estimé que la demande d’indemnisation de Telus n’avait rien à voir avec cette démarche.

[11] Secondly, Vaillancourt J. emphasized that production orders are obtained in *ex parte* proceedings, proceedings which are not therefore conducive to consideration of the issue of compensation. The police making the application would not have the requisite information to enable a judge to determine whether compensation is appropriate. This led Vaillancourt J. to conclude that the design of the procedure did not make adjudicating claims for compensation feasible. In other contexts, he noted, the *Criminal Code* has provided a framework for third parties to assert their interests. This framework is notably absent in connection with production orders.

[12] Finally, Vaillancourt J. found that the exemption provision in s. 487.015 is unambiguous and limits the court's jurisdiction either to granting or not granting an exemption from a production order. The provision gives no jurisdiction to vary or amend the original production order by adding compensation. It is the availability of an exemption that ensures that no unfairness flows from the fact that an issuing judge does not have the power to make an order respecting compensation.

[13] On an exemption application, Vaillancourt J. noted that an applicant has the onus of satisfying the court, on a balance of probabilities, that one or more of the statutory criteria for exemption applies. The only relevant criterion in this case is found in s. 487.015(4)(b), which states that "it is unreasonable to require the applicant to produce the document, data or information". The question then is whether production is "unreasonable" when it is ordered without compensation.

[14] Vaillancourt J. concluded that compliance without compensation, without more, is not itself unreasonable. In his view, citizens and corporations have a duty to assist in the enforcement of the laws of the state. This necessarily requires that reasonable costs be borne. As he stated, "It is only where the costs of providing assistance become overly burdensome that society's interest in the effective enforcement of its laws must yield to the individual

[11] Le juge Vaillancourt a ensuite souligné que la demande d'ordonnance de communication est présentée *ex parte*, de sorte que l'instance n'est pas propice à l'examen de l'opportunité d'une indemnisation, le service de police demandeur ne disposant pas de l'information dont a besoin le juge pour se prononcer sur le bien-fondé d'une telle mesure. Le juge Vaillancourt en a déduit que la procédure n'était pas conçue pour permettre l'examen d'une demande d'indemnisation. Il a fait observer que dans d'autres contextes, le *Code criminel* établissait un cadre permettant aux tiers de faire valoir leurs intérêts, ce qui n'était clairement pas le cas dans le contexte d'une demande d'ordonnance de communication.

[12] Enfin, il a conclu que le libellé de l'art. 487.015 est non équivoque et que le seul pouvoir dont il investit le juge est celui d'accorder ou non l'exemption. Il ne confère pas le pouvoir de modifier l'ordonnance de communication initiale pour y prévoir le versement d'une indemnité. C'est la possibilité d'obtenir une exemption qui fait qu'aucune iniquité ne découle de cette absence de pouvoir d'ordonner une indemnisation.

[13] Le juge Vaillancourt a fait remarquer qu'il appartient au demandeur de convaincre la cour, suivant la prépondérance des probabilités, qu'au moins une des conditions d'octroi de l'exemption est remplie. La seule condition pertinente en l'espèce est qu'« il serait déraisonnable d'obliger l'intéressé à communiquer les documents, données ou renseignements » (al. 487.015(4)b)). La question à trancher est donc celle de savoir si l'obligation de communiquer est « déraisonnable » lorsqu'elle ne s'accompagne d'aucune mesure d'indemnisation.

[14] Le juge Vaillancourt a conclu que l'obtempération sans indemnisation n'est pas déraisonnable en soi, qu'il faut davantage. Selon lui, citoyens et entreprises ont le devoir de prêter leur concours à l'application des lois, ce qui implique nécessairement qu'ils supportent certains frais raisonnables. À son avis, [TRADUCTION] « [l]e droit individuel de vaquer à ses occupations sans ingérence de l'État ne l'emporte sur l'application des lois dans l'intérêt

interest in conducting one's affairs without interference from the state" (para. 43).

[15] The duties placed on other participants in the criminal justice system, like jurors and witnesses reflect this reality, and require that those participants bear their own — often significant — costs. Vaillancourt J. found that it was reasonable to assume that Parliament, by not providing for compensation in production orders, intended the same principles to apply unless compliance became unreasonable.

[16] He rejected the Crown's proposed standard of "undue hardship" as the point at which compliance becomes unreasonable, instead finding that "an applicant must demonstrate that the expenditure is significant to its financial health" (para. 96).

[17] All the parties argued the application using projected annual costs of compliance rather than the financial burden imposed by the two specific production orders in this case. Based on an annual estimated cost to Telus of \$662,000 for the retrieval of archived data, Vaillancourt J. concluded that this projection amounted to

- 0.0087 per cent of Telus Consolidated's Operating Revenue for 2004
- 0.011 per cent of Telus Consolidated's Operating Expenses for 2004
- 0.12 per cent of Telus Consolidated's Net Income for 2004
- 0.023 per cent of Telus Mobility's Operating Revenue for 2004
- 0.039 per cent of Telus Mobility's Operating Expenses for 2004
- 0.058 per cent of Telus Mobility's Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization for 2004 [para. 49]

[18] His overall conclusion on reasonableness was that, based on these figures, the cost of compliance was not unreasonable in the circumstances.

de la société que lorsque le coût de ce concours est excessif » (par. 43).

[15] Cette réalité se traduit également par le devoir qui incombe à d'autres acteurs du système de justice criminelle, tels les jurés et les témoins, et par l'obligation qui leur est faite d'en assumer personnellement le coût, qui est souvent substantiel. Il était donc raisonnable de penser qu'en omettant de prévoir une indemnisation, le législateur a voulu que le même principe s'applique à l'ordonnance de communication, sauf lorsque l'obligation imposée est déraisonnable.

[16] Écartant le critère de la « contrainte excessive » proposé par le ministère public pour déterminer si l'obligation de communiquer est raisonnable ou non, le juge a conclu que [TRADUCTION] « le demandeur doit démontrer que le coût compromet sa santé financière » (par. 96).

[17] Toutes les parties ont présenté leurs arguments au sujet de la demande en s'appuyant sur le coût annuel projeté pour l'obtempération à des ordonnances de communication, plutôt que sur le coût occasionné par les deux ordonnances visées en l'espèce. Estimant à 662 000 \$ ce qu'il en coûterait chaque année à Telus pour répondre aux demandes d'extraction de données archivées, le juge Vaillancourt a conclu que cela équivalait à

[TRADUCTION]

- 0,0087 pour 100 des produits d'exploitation consolidés de Telus pour 2004
- 0,011 pour 100 des charges d'exploitation consolidées de Telus pour 2004
- 0,12 pour 100 du bénéfice net consolidé de Telus pour 2004
- 0,023 pour 100 des produits d'exploitation de Telus Mobilité pour 2004
- 0,039 pour 100 des charges d'exploitation de Telus Mobilité pour 2004
- 0,058 pour 100 du bénéfice avant intérêt, impôt et amortissement de Telus Mobilité pour 2004 [par. 49]

[18] Partant, sa conclusion générale au sujet de la raisonabilité a été que le coût d'obtempération n'était pas déraisonnable dans les circonstances.

[19] Telus appealed directly to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

[20] It is Telus' position that the broad wording in s. 487.012(4), permitting a judge to add terms and conditions, allows for the inclusion in the production order of a condition that the law enforcement agency pay the reasonable costs of compliance where:

1. The expense is greater than *de minimus*;
2. The party is one frequently called upon to assist in the investigation of crime; and,
3. There is expertise involved in retrieving data and providing it to the police.

[21] In Telus' submission, the question of when the expense will be greater than *de minimus* will be determined in an exemption application brought by the object of the order. Once the judge hearing the exemption application determines the cost to be unreasonable, the police can then go back before a judge, pursuant to s. 487.012(5), and request that the order be varied to include a requirement of reasonable compensation. Telus submitted that the amount of reasonable compensation would be worked out between industry and law enforcement agencies, as it was in the agreement it reached with the Toronto police in this case. Over time, Telus argued, an industry standard would develop so that the police know at the outset when a provision for reasonable compensation is required in the order. This would make the intermediate step of an exemption application unnecessary.

[22] Telus sought to distinguish itself from other unpaid or under-compensated actors in the criminal justice system, such as jurors and witnesses, on the basis that it is called upon repeatedly to assist in law enforcement. It has a "Fraud and Wireless Security Management" department to facilitate timely responses to requests from law enforcement agencies for customer information. In 2004, it responded to 2,823 warrants seeking customer records. That, it argued, makes it more like those

[19] Telus a porté la décision en appel directement devant notre Cour en application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26.

[20] Telus soutient que la formulation générale employée au par. 487.012(4) et suivant laquelle le juge peut assortir l'ordonnance des conditions qu'il estime indiquées permet d'ordonner à l'organisme d'application de la loi de payer les frais raisonnables d'obtempération lorsque

1. ces frais ne sont pas minimes,
2. la personne visée est souvent appelée à prêter son concours à une enquête criminelle et
3. la récupération des données et leur communication à la police requièrent certaines compétences.

[21] Selon Telus, il appartiendra au juge saisi d'une demande d'exemption de déterminer si les frais sont minimes ou non. S'il conclut qu'ils sont déraisonnables, la police pourra alors se prévaloir du par. 487.012(5) et demander la modification de l'ordonnance pour y prévoir une indemnisation raisonnable. À l'instar de Telus et du service de police de Toronto en l'espèce, l'entreprise et l'organisme d'application de la loi conviendront du montant de l'indemnité. Avec le temps, une norme se dégagera pour le secteur d'activité, et les services de police sauront dès le départ s'il convient de prévoir dans l'ordonnance le versement d'une indemnité raisonnable. L'étape intermédiaire de la demande d'exemption deviendra alors inutile.

[22] Telus prétend qu'elle se distingue des autres participants au système de justice criminelle qui ne sont pas rémunérés ou qui le sont insuffisamment, tels les jurés et les témoins, en ce qu'elle est souvent appelée à prêter son concours aux forces de l'ordre. Elle a même mis sur pied un service de gestion des fraudes et de la sécurité sans fil pour répondre rapidement aux demandes de renseignements que lui adressent les organismes d'application de la loi. En 2004, elle a donné suite à 2 823 mandats visant sa

who have regular contact with the justice system, such as judges and expert witnesses, who are compensated for their contribution.

[23] The Canadian Bankers Association intervened. Its members are frequently the object of production orders. The Association argued that while it would rarely be appropriate for a judge to impose a term requiring payment of reasonable costs of compliance with a production order on the original *ex parte* application, a production order will be “unreasonable” — and therefore subject to an exemption under s. 487.015 — when compliance with the order would have a considerable adverse operational or financial impact on the party subject to it. Upon finding such an impact, the judge’s powers are not limited to granting the exemption; they extend to variation of the production order, including the addition of terms for payment of costs or extended time for compliance. This interpretation, it argued, is consistent with the desire to facilitate compliance while avoiding unreasonable burdens.

[24] The position of the Crowns (Federal, Ontario, Quebec and British Columbia) is that it is clear from a plain reading of the legislation that a judge has no authority under ss. 487.012(4), (5) or 487.015 to make an order for compensation. The permissible terms and conditions of a production order relate solely to factors pertaining to the execution of the order. These terms do not include terms designed to minimize the financial impact of compliance.

[25] The Crowns submitted that only in exceptional circumstances, where the costs of compliance amount to “undue hardship”, does the object of the production order have a remedy in the form of an exemption pursuant to s. 487.015. This threshold denotes an oppressive burden that amounts to more than just a significant or considerable impact. The need for citizens to be involved in the efficient administration of the criminal justice system is well established. Like jury duty, the *Criminal Code* provides the option of being excused from compliance with a production order if the burden is too onerous to be reasonably borne. In both cases, the

clientèle. C’est pourquoi elle prétend s’apparenter davantage à un participant habituel dont l’apport est rétribué, tel un juge ou un témoin expert.

[23] L’Association des banquiers canadiens s’est constituée partie intervenante au présent pourvoi. Ses membres font souvent l’objet d’ordonnances de communication. Selon elle, même s’il est rarement indiqué que le juge ordonne, lors de l’audition *ex parte* de la demande initiale, le paiement des frais raisonnables d’obtempération, une ordonnance de communication sera « déraisonnable » et pourra donc justifier une exemption en vertu de l’art. 487.015 si elle inflige à la personne tenue d’y obtempérer un préjudice opérationnel ou financier important. Le juge qui conclut à l’existence d’un tel préjudice pourra non seulement accorder l’exemption, mais aussi modifier l’ordonnance de communication, notamment en y ordonnant le paiement des frais ou la prorogation du délai imparti. L’Association soutient que son interprétation est compatible avec le vœu de faciliter l’obtempération et d’éviter la contrainte excessive.

[24] Pour les différents ministères publics (fédéral, Ontario, Québec et Colombie-Britannique), il ressort du libellé des par. 487.012(4) et 487.012(5) et de l’art. 487.015 que le juge n’a pas le pouvoir d’ordonner l’indemnisation. Les conditions dont il peut assortir l’ordonnance de communication n’ont trait qu’aux modalités de la communication, ce qui exclut l’atténuation du préjudice financier subi.

[25] Les ministères publics soutiennent que la personne visée par une ordonnance de communication ne dispose d’un recours — l’exemption prévue à l’art. 487.015 — que dans le cas exceptionnel où le coût qu’elle doit supporter lui inflige une « contrainte excessive ». Il doit s’agir d’un fardeau abusif, et non seulement d’une incidence importante ou considérable. La nécessité de la participation des citoyens à la bonne administration du système de justice criminelle est bien établie. Comme pour le juré, le *Code criminel* prévoit que la personne visée par une ordonnance de communication peut être dispensée de s’y conformer lorsque

Crowns argued, the exempting conditions must be strict.

[26] The Canadian Association of Chiefs of Police agreed with the Crowns' submission that an exemption from compliance under s. 487.015 should only be available when the financial burden amounts to undue hardship.

Analysis

[27] Three questions are to be answered in this case:

1. Do ss. 487.012(4), (5), and/or 487.015 of the *Criminal Code* give a judge the power to make it a term or condition of a production order that the police reimburse an innocent third party for reasonable expenses incurred in complying with the order?
2. When should an exemption order be made on the basis that the financial burden associated with compliance is "unreasonable"?
3. Should an exemption have been granted to Telus in this case?

[28] As previously noted, Telus relied on the language of s. 487.012(4) to argue that even though the power to do so is not specifically mentioned, a judge issuing a production order has the authority to make reasonable compensation a term of the production order. That provision states:

(4) [Terms and conditions] The order may contain any terms and conditions that the justice or judge considers advisable in the circumstances, including terms and conditions to protect a privileged communication between a lawyer and their client or, in the province of Quebec, between a lawyer or a notary and their client.

Telus argued that s. 487.012(5) implicitly confers the same power:

(5) [Power to revoke, renew or vary order] The justice or judge who made the order, or a judge of the same

le fardeau imposé est si important qu'il ne peut raisonnablement être supporté. Les ministères publics font valoir que dans les deux cas, les conditions d'exemption doivent être strictes.

[26] L'Association canadienne des chefs de police convient avec les ministères publics que l'exemption prévue à l'art. 487.015 ne devrait être accordée que lorsque le fardeau financier imposé constitue une contrainte excessive.

Analyse

[27] La Cour doit trancher trois questions :

1. Les paragraphes 487.012(4) et 487.012(5) et l'art. 487.015 du *Code criminel*, ou l'un d'eux, confèrent-ils au juge le pouvoir de conditionner l'ordonnance de communication par l'obligation faite au service de police de rembourser le tiers innocent des frais raisonnables engagés pour donner suite à l'ordonnance?
2. Dans quel cas une exemption doit-elle être accordée en raison du caractère « déraisonnable » du fardeau financier imposé par le respect de l'ordonnance?
3. Une exemption aurait-elle dû être accordée à Telus en l'espèce?

[28] Rappelons que Telus s'appuie sur le texte du par. 487.012(4) pour faire valoir que même si le pouvoir de le faire ne lui est pas expressément conféré, le juge qui rend l'ordonnance de communication peut l'assortir de la condition de verser une indemnité raisonnable :

(4) [Conditions] L'ordonnance peut être assortie des conditions que le juge de paix ou le juge estime indiquées, notamment pour protéger les communications privilégiées entre l'avocat — et, dans la province de Québec, le notaire — et son client.

Elle soutient que le par. 487.012(5) confère tacitement le même pouvoir :

(5) [Modification, renouvellement et révocation] Le juge de paix ou le juge qui a rendu l'ordonnance — ou

territorial division, may revoke, renew or vary the order on an *ex parte* application made by the peace officer or public officer named in the order.

[29] The outcome of this case depends on statutory interpretation. The legislation makes no reference to compensation. This ambiguity requires us to examine the scheme, object and context of the production order provisions.

[30] A review of the history preceding the creation of the production order scheme is significant in discerning what the legislature's intention was in connection with compensation for compliance. That history shows that the question of whether compensation should be paid to telecommunications service providers for the costs of compliance with court orders has been part of an ongoing conversation between these providers and the government for some time.

[31] The position of telecommunications service providers, including Telus, has consistently been that they are entitled to be reimbursed for expenses incurred in complying with court orders. Parliament's decision not to include an express right of compensation in the scheme is given added significance when understood in light of this history. In view of its critical role in this interpretive analysis, and of Telus' active part in it, the history is set out in some detail.

[32] In 1999, telecommunications service providers asserted their claim to compensation before the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC"). Telus had initiated the proceeding, proposing a tariff that would apply to court-ordered wiretaps and production of confidential subscriber information to law enforcement agencies. Telus' application was opposed by several police and government departments.

[33] The CRTC issued Order No. 2000-676 on July 21, 2000, concluding that it did not have jurisdiction to approve the tariff under the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38:

un juge de la même circonscription territoriale — peut, sur demande présentée *ex parte* par l'agent de la paix ou le fonctionnaire public nommé dans l'ordonnance, la modifier, la renouveler ou la révoquer.

[29] L'issue du présent pourvoi tient donc à l'interprétation des dispositions législatives. Or, la loi ne fait mention d'aucune indemnisation. C'est pourquoi il nous faut examiner le régime législatif, son objet et son contexte.

[30] Il convient d'examiner le processus ayant mené à l'adoption des dispositions en cause pour déterminer l'intention du législateur concernant l'indemnisation de la personne visée par une ordonnance de communication. Il appert que la question de l'indemnisation des frais occasionnés par le respect d'ordonnances judiciaires fait l'objet d'échanges soutenus entre les fournisseurs de services de télécommunications et le gouvernement depuis un certain temps.

[31] Telus et les autres fournisseurs de services de télécommunications ont toujours soutenu avoir droit au remboursement des frais engagés pour se conformer à une ordonnance judiciaire. Par conséquent, la décision du législateur de ne pas reconnaître expressément le droit à l'indemnisation est d'autant plus significative. Étant donné l'importance cruciale de ces interventions antérieures pour les besoins de la présente analyse, et vu la part active que Telus y a prise, il convient d'en faire état de manière assez détaillée.

[32] En 1999, les fournisseurs de services de télécommunications ont fait valoir leur droit à l'indemnisation devant le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC »). Telus avait saisi le CRTC d'un projet de tarif pour les ordonnances relatives à l'écoute électronique et à la communication de renseignements confidentiels sur les abonnés aux organismes d'application de la loi. Plusieurs ministères et services de police s'y étaient opposés.

[33] Le 21 juillet 2000, le CRTC a rendu l'ordonnance 2000-676 statuant qu'il n'avait pas compétence pour approuver ce tarif en application de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 :

In the circumstances, the Commission considers that compensation for compliance with court orders, notwithstanding the ancillary involvement of telecommunications, is best dealt with by the courts.

If there is a concern that the current regime (where compensation for compliance with court orders is left to the discretion of the courts) is not appropriate given the potentially mounting costs, it is open to Parliament to address the issue explicitly through legislative amendments. [paras. 12-13]

[34] Industry and law enforcement representatives debated, inconclusively, the meaning of this Order, as noted by the Department of Justice in a discussion paper:

Some law enforcement agencies interpreted the decision as a partial victory because the Commission refrained from exerting its jurisdiction with respect to court-ordered “services”. These law enforcement agencies took the position that if the CRTC would not tariff such “services”, Telus could not charge fees for such “services”. On the other hand, Telus believed, it would appear, that the decision does not mean that telecommunications service providers were prohibited from charging a fee for “services” rendered pursuant to a court order.

(Department of Justice, Discussion Paper, *Lawful Access: Operational Fees*, December 12, 2003, at p. 15)

[35] The issue gained renewed visibility when the Department of Justice, jointly with Industry Canada and the Solicitor General Canada, released a consultation document inviting submissions on how to improve and modernize law enforcement’s ability to intercept communications and obtain information of assistance in the investigation of crime. The document identified the following as the bases for the exercise:

(1) the need to bring the provisions of the law into concordance with new telecommunications technology; (2) the need for all telecommunications service providers to ensure that the technical capability in their facilities permits lawful access by law enforcement and national security agencies; and (3) the need for Canada to adopt statutory measures that will permit ratification of the Council of Europe *Convention on Cyber-Crime* [CETS

Dans les circonstances, le Conseil estime que ce sont plutôt les tribunaux qui devraient traiter les questions de compensation relatives à la conformité avec l’ordonnance d’un tribunal, même si ces questions visent indirectement des services de télécommunications.

Quant aux préoccupations concernant la pertinence du régime actuel (auquel la compensation relative à la conformité avec les ordonnances de tribunaux est laissée à la discrétion des tribunaux), compte tenu de la possibilité que les coûts augmentent, il appartient au Parlement de traiter directement de cette question par le biais de modifications législatives. [par. 12-13]

[34] Fournisseurs et organismes d’application de la loi ont débattu en vain de la portée de cette ordonnance, comme le signale le ministère de la Justice dans un document de travail :

Certains organismes d’application de la loi y ont vu une victoire partielle du fait que le Conseil s’est abstenu d’exercer ses pouvoirs à l’égard des « services » mandatés par une ordonnance. Ces organismes d’application de la loi ont estimé que si le CRTC n’allait pas tarifier ces « services », Telus ne pouvait pas les facturer. Par contre, il semble que Telus ait estimé que la décision ne veut pas dire que les fournisseurs de services de télécommunication ne peuvent pas facturer un service mandaté par une ordonnance judiciaire.

(Ministère de la Justice, document de travail, *Accès légal : coûts opérationnels*, 12 décembre 2003, p. 16)

[35] La question est revenue à l’avant-scène lorsque le ministère de la Justice, en collaboration avec Industrie Canada et le solliciteur général du Canada, a publié un document de consultation invitant les intéressés à proposer des façons d’améliorer et de moderniser l’interception de communications et la collecte de renseignements pour les besoins d’une enquête criminelle. Le document énonçait trois objectifs fondamentaux :

1) que les textes législatifs soient adaptés aux nouvelles technologies de télécommunications; 2) que les fournisseurs de services en télécommunications se dotent des moyens techniques permettant aux organismes responsables de l’application de la loi et de la sécurité nationale de recourir à l’accès légal; 3) que le Canada prenne les mesures législatives nécessaires pour ratifier la *Convention sur la cybercriminalité* du Conseil

No. 185, Article 18(1), requiring participating countries to legislate the availability of production orders].

(Government of Canada, *Lawful Access — Consultation Document*, August 25, 2002, at p. 6)

This document generated more than 300 submissions (Canada, Department of Justice, News Release: “Lawful Access Consultation Submission Summary Report Available on Department of Justice Website”, August 6, 2003).

[36] Among the groups making submissions on behalf of industry were Telus, the Canadian Cable Television Association, and the Canadian Wireless Telecommunications Association. Their position with respect to the costs of compliance with lawful access requests was summarized in a government report entitled *Summary of Submissions to the Lawful Access Consultation*, April 28, 2003:

The legislation should ensure that law enforcement agencies remain responsible for reasonable costs incurred by service providers making operational assistance available to law enforcement agencies in carrying out lawful interception, seizure and preservation orders. These costs should be worked out between each service provider and the agency concerned rather than being based on universal tariffs laid out in the regulations for various types of support. Industry Canada and the Solicitor General, or an independent arbitrator, should mediate any disputes about fees for service between a [communication service provider] and a law enforcement agency. [p. 7]

The Canadian Wireless Telecommunications Association submitted “that the new legislation should enshrine the principle that law enforcement should pay service providers for assistance provided” (*Lawful Access Consultation: Response of the Canadian Wireless Telecommunications Association*, December 16, 2002, at para. 62).

[37] In response to contrary submissions by law enforcement agencies who argued that no compensation be payable, Telus’ EVP - Corporate Affairs and General counsel wrote a letter in April 2003 to the then Minister of Justice seeking express

de l’Europe [STCE n° 185, art. 18(1), obligeant les États participants à légiférer pour permettre l’ordonnance de communication].

(Gouvernement du Canada, *Accès légal — Document de consultation*, 25 août 2002, p. 7-8)

Plus de 300 mémoires ont été présentés (Canada, ministère de la Justice, communiqué : « Le ministère de la Justice publie sur son site Web le résumé des observations présentées dans le cadre des consultations sur l’accès légal », 6 août 2003).

[36] Au nombre des auteurs appartenant au secteur d’activité, mentionnons Telus, l’Association canadienne de télévision par câble et l’Association canadienne des télécommunications sans fil. Leur position concernant les frais occasionnés par les demandes d’accès légal est résumée comme suit dans le rapport gouvernemental intitulé *Résumé des mémoires présentés dans le cadre de la consultation sur l’accès légal*, 28 avril 2003 :

La législation proposée doit veiller à ce que les organismes d’application de la loi assument les frais raisonnables engagés par les fournisseurs de services pour les aider à mener à bien leurs opérations d’interception légale, de saisie ou d’exécution d’une ordonnance de conservation. Ces frais devraient être négociés entre chaque fournisseur de services et l’organisme concerné, plutôt que d’être précisés à titre de tarifs universels dans les règlements. Industrie Canada et le Solliciteur général, ou encore un arbitre indépendant, devraient agir comme médiateur en cas de différend entre un [fournisseur de services de communication] et un organisme d’application de la loi. [p. 7]

L’Association canadienne des télécommunications sans fil a fait valoir [TRADUCTION] « que les nouvelles dispositions devraient consacrer le principe de l’indemnisation des fournisseurs de services par les organismes d’application de la loi pour l’aide consentie » (*Lawful Access Consultation : Response of the Canadian Wireless Telecommunications Association*, 16 décembre 2002, par. 62).

[37] En avril 2003, en réponse aux organismes d’application de la loi qui écartaient toute indemnisation, le vice-président directeur, Affaires générales et chef du contentieux de Telus a adressé une lettre au ministre de la Justice d’alors lui demandant

language in the proposed legislation which would require that compensation be paid for providing lawful information to law enforcement agencies:

Currently, a couple of law enforcement agencies refuse to pay TELUS for court-ordered services, relying on the fact that the court order usually does not require that compensation be paid. It should be noted, however, that these orders are obtained by [law enforcement agencies] on an *ex parte* basis, and the court is not asked to consider whether compensation should be required. If the court were asked to turn its mind to this issue and to consider the cost to the service provider of complying with the order, it is likely that some compensation would be ordered.

I agree . . . that we need a legislated resolution to this issue. Consistent with the views expressed by other telecom carriers, TELUS recommends that the proposed legislation expressly require that [law enforcement agencies] compensate service providers for their reasonable costs of providing lawful access services. To the extent that [law enforcement agencies] may require additional funds to do so, this support should be provided by government and ultimately by the general taxpayer. . . . [C]lear legislation will put an end to the current confusion and will benefit both law enforcement and the telecommunications industry. [Emphasis added.]

[38] On December 12, 2003, the Department of Justice published its discussion paper entitled *Lawful Access: Operational Fees*, setting out the “circumstances that gave rise to the complexity of lawful access operational fees in the telecommunications sphere” (p. 1) and suggesting options to address those fees. The authors of the paper noted:

Based on some of the wording of the *Criminal Code* in relation to the issuance of the various court orders and the interpretation of that wording, some argue that the courts might have an implied discretion to make terms and conditions, including compensatory terms, in relation to warrants and other legal demands. However, it would be surprising if courts would be in a position to exert such jurisdiction absent express and clear wording in the *Criminal Code*. Section 840 of the *Criminal Code* is the only section that contains a schedule of fees. This schedule relates to a number of criminal

que les nouvelles dispositions prévoient expressément le versement d’une somme pour la communication légale de renseignements à un organisme d’application de la loi :

[TRADUCTION] Quelques organismes d’application de la loi refusent actuellement d’indemniser TELUS pour les services exigés par une ordonnance judiciaire, au motif que celle-ci ne prescrit habituellement pas le versement d’une somme. Il faut toutefois signaler qu’ils obtiennent l’ordonnance *ex parte*. La cour n’est donc pas appelée à déterminer si une indemnisation s’impose. Si elle l’était et qu’elle tenait compte de ce qu’il en coûte au fournisseur de services pour obéir à l’ordonnance, il est probable qu’elle ordonnerait quelque indemnisation.

Je conviens [. . .] que le règlement de la question appelle une mesure législative. Dans la foulée des avis exprimés par d’autres entreprises de télécommunications, TELUS recommande que les dispositions législatives proposées obligent expressément [les organismes d’application de la loi] à indemniser les fournisseurs de services des frais raisonnables engagés pour assurer l’accès légal. Si [les organismes d’application de la loi] ont besoin de fonds supplémentaires, il appartient au gouvernement et, en fin de compte, au contribuable, de les dégager [. . .] [U]ne loi claire dissipera la confusion actuelle et bénéficiera tant aux organismes d’application de la loi qu’aux entreprises de télécommunications. [Je souligne.]

[38] Le 12 décembre 2003, le ministère de la Justice a publié un document de travail intitulé *Accès légal : coûts opérationnels* dans lequel il précisait les « circonstances qui expliquent la complexité des frais de service associés à l’accès légal dans le domaine des télécommunications » (p. 1), et faisait état des avenues possibles. En voici un extrait :

Selon le libellé du *Code criminel* concernant la délivrance des diverses ordonnances judiciaires et l’interprétation de ce texte, certains font valoir que les tribunaux pourraient avoir la discrétion implicite de décider de modalités et de conditions, y compris des modalités [d’indemnisation], en rapport avec les mandats de perquisition et autres exigences judiciaires. Mais il serait surprenant que les tribunaux soient en mesure d’exercer cette compétence en l’absence d’un libellé clair et précis dans le *Code criminel*. L’article 840 du *Code criminel* est le seul qui prévoit des honoraires et des allocations.

procedural matters, but only in relation to proceedings taken before summary conviction courts or justices. There is no schedule of payments for proceedings commenced by way of indictment in the *Criminal Code*. In some provinces, witness fees are established in relevant administration of justice legislation. [Emphasis added; p. 8.]

[39] Notably, the question of compensation for compliance with production orders was squarely in view:

An additional factor that needs to be recognized in determining whether or not third parties should be compensated for helping to execute court orders is the impact of the new procedural tools being proposed within the context of the lawful access initiative. The *Lawful Access* consultation document proposes the creation of a number of new procedural tools to help law enforcement agencies in performing their tasks whether or not in the context of the fight against cyber-crime. Such proposals have raised significant concerns from third parties other than service providers, such as banks or securities organizations, that have raised concerns about the additional tasks that could be imposed on them as a result of these new court orders. Their main concern, especially in relation to the proposed production orders, relates to law enforcement agencies relying more and more on private sector entities to do the work law enforcement agencies would be tasked with through the issuance of such search warrants.

One way of alleviating the previously noted concern would be to specifically provide in the legislation creating these orders for the possibility for courts to provide for third parties to be compensated for the payment of any unduly burdensome or unreasonable costs. However, any specific provision to that effect would open once again the issue of why third parties should be compensated for work they undertake pursuant to their duties as good corporate citizens. Although the increased workload resulting from the multiplication of court orders in relation to specific types of third parties (e.g., service providers) is certainly an argument that cannot be discounted, a general obligation on governments (either *per se* or through its law enforcement agencies) to pay for assistance with the execution of court orders would create a financial strain on already limited resources in the field of the administration of justice. [Emphasis added; footnote deleted; pp. 33-34.]

Ces honoraires se rapportent à un certain nombre de poursuites criminelles, mais uniquement à l'égard des procédures devant les cours des poursuites sommaires et devant les juges de paix. Le *Code criminel* ne prévoit pas d'honoraire ou d'allocation à l'égard des procédures qui commencent par une mise en accusation. Dans certaines provinces, des honoraires sont prévus pour les témoins dans le cadre de lois portant sur l'administration de la justice. [Je souligne; p. 8-9.]

[39] Fait à signaler, la question du paiement des frais d'obtempération à une ordonnance de communication se posait clairement :

L'impact des nouveaux outils de procédure proposés dans le contexte de l'initiative de l'accès légal sont un autre facteur dont il faut tenir compte pour décider si des tiers devraient être [indemnisés] pour aider à exécuter des ordonnances judiciaire[s]. Le document de consultation sur l'accès légal propose la création d'un certain nombre de nouveaux outils de procédure afin d'aider les organismes d'application de la loi à effectuer leurs tâches, que ce soit ou non dans le contexte de la lutte contre la cybercriminalité. Des tiers autres que les fournisseurs de services, comme les banques ou les maisons de courtage, se sont inquiétés du fardeau supplémentaire qui leur serait imposé [par] ces nouvelles ordonnances judiciaires. Leur principale inquiétude, surtout en ce qui concerne les ordonnances de [communication] proposées, a trait au fait que les organismes d'application de la loi devront [s'en remettre] de plus en plus [à des] entités du secteur privé pour faire le travail qui devrait normalement être fait par les organismes d'application de la loi autorisés par mandats de perquisition.

Pour répondre à ces préoccupations, il faudrait notamment prévoir dans la loi qui crée ces ordonnances la possibilité pour les tribunaux [d'assurer l'indemnisation des tiers pour les] coûts trop élevés ou déraisonnables. Mais une disposition de ce genre soulèverait à nouveau toute la question de savoir pourquoi les tiers devraient être [indemnisés] pour le travail qu'ils exécutent pour s'acquitter de leur devoir de bon citoyen. Bien que la charge de travail découlant de la multiplication des ordonnances judiciaires à l'égard de certains types de tiers (p. ex., les fournisseurs de services) soit certainement un argument valable, l'obligation imposée aux gouvernements (en tant que tels ou par le biais de leurs organismes d'application de la loi) de payer pour aider à l'exécution des ordonnances [judiciaires] ajouterait des contraintes financières à l'administration de la justice dont les ressources sont déjà limitées. [Je souligne; note en bas de page omise; p. 34-35.]

[40] On June 12, 2003, Bill C-46, *An Act to amend the Criminal Code (capital markets fraud and evidence-gathering)*, was introduced. The Bill proposed various amendments to the *Criminal Code*, including the creation of the new production order scheme found in ss. 487.012 to 487.017. At second reading, Paul Harold Macklin, the Parliamentary Secretary to the then Minister of Justice, explained the impetus behind the new investigative tool:

Production orders are similar to search warrants. Whereas a search warrant allows police to search a certain place for evidence, a production order compels a person to produce the relevant information to the police.

Although this investigative tool is new to the Criminal Code, it already exists in Canadian law, notably under the Competition Act and in limited circumstances under other statutes. Further, it could also be characterized as a codification of current practices. For example, today when a police officer enters a bank with a warrant to seize record[s], he does not usually shut down the bank to get those records. Nor will he seize the bank's computer system.

What generally happens is that the holder of the information sought in the warrant will generally produce that information to the police himself. The reason for this is twofold: first, it is more convenient for the bank, since its business operations are not being interrupted; and second, it is more cost effective and less time consuming for the police.

. . .

Law enforcement agencies and crown prosecutors have been asking for a new investigative tool for some time and with the proliferation of the Internet and the widespread adoption of new communications technologies, the timing is right for this form of investigative tool.

The production orders will solve a number of nagging issues for investigators including extraterritorial searches and timing issues. Under these new orders, persons who have possession or control of documents, data or information will have to produce that information whether it resides in Canada or abroad. Thus, as long as they have possession or control over the relevant information, they will be required to produce it no matter where it is located. This solves the problem that

[40] Le 12 juin 2003, le projet de loi C-46 (*Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*) a été déposé. Il proposait diverses modifications, dont la création de l'ordonnance de communication prévue aux art. 487.012 à 487.017. En deuxième lecture, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice d'alors, Paul Harold Macklin, a expliqué la raison d'être de ce nouveau moyen d'enquête :

[L]es ordonnances de [communication] s'apparentent à des mandats de perquisition. Mais si ceux-ci permettent aux policiers de perquisitionner un endroit pour y trouver des éléments de preuve, les ordonnances de [communication] obligent la personne à [communiquer] des informations pertinentes à la police.

Bien que ce moyen d'enquête soit tout nouveau dans le Code criminel, il existe déjà dans le droit canadien, notamment dans la Loi sur la concurrence. On en fait également un recours limité en vertu d'autres lois. Il s'agirait donc d'étendre l'usage de pratiques existantes. Ainsi, lorsqu'un policier se présente dans une banque avec un mandat pour saisir des dossiers, il ne ferme [habituellement] pas la banque [. . .] pour se procurer ces dossiers. Et il ne saisit pas non plus le système informatique de la banque.

D'habitude, celui qui possède l'information recherchée au moyen de l'ordonnance communiquera lui-même l'information à la police. Il y a deux raisons pour cela : premièrement, c'est plus pratique pour l'institution bancaire, car ses activités ne sont pas interrompues; deuxièmement, c'est plus rentable et cela mobilise moins de temps des policiers.

. . .

Les organismes chargés d'appliquer la loi et les procureurs de la Couronne réclamaient un nouvel outil d'enquête depuis un certain temps et, avec la popularité d'Internet et l'adoption généralisée de nouvelles technologies de communication, la création de cet outil d'enquête tombe à point nommé.

Les ordonnances de communication régleront un certain nombre de problèmes embêtants pour les enquêteurs, dont les enquêtes à l'étranger et les problèmes de délais. Conformément à ces nouvelles ordonnances, la personne qui aura en sa possession les documents, données ou renseignements requis ou qui en aura la garde devra produire ceux-ci, qu'ils se trouvent au Canada ou à l'étranger. Par conséquent, dans la mesure où la personne possède les renseignements pertinents ou en

has in part been created by inexpensive overseas data warehousing.

Second, the new production orders will be time sensitive so that the third party served with the order will either have to produce the information within the time specified in the order or report back to the court within the specified time as to why he or she cannot comply. This solves the problem of the inherent nature of informal arrangements which is they are informal and they often lack specific mechanisms such as timing mechanisms.

. . . .

. . . Before issuing the order, the judge or justice must be satisfied that there are reasonable grounds to believe an offence has been committed, that the specific documents or data will afford evidence relating to the commission of the offence and that the recipient of the order has possession or control of these documents or data. These are the same basic judicial safeguards as required by the existing Criminal Code search warrant provisions. [Emphasis added.]

(House of Commons Debates, vol. 138, 2nd sess., 37th Parl., September 29, 2003, at pp. 7933-34)

[41] There is no mention of compensation for the cost of compliance with the orders. Instead, the only conditions of which the issuing judge must be satisfied are those set out in s. 487.012(3), namely that

(a) an offence against this Act or any other Act of Parliament has been or is suspected to have been committed;

(b) the documents or data will afford evidence respecting the commission of the offence; and

(c) the person who is subject to the order has possession or control of the documents or data.

Notably, no mention is made of any factors relating either to hardship or costs incurred by the object of the order.

[42] While it cannot be said that legislative silence is necessarily determinative of legislative intention,

à la garde, elle devra les produire, peu importe où ils se trouvent. Cela règle le problème attribuable, en partie, à l'entreposage de données outremer à peu de frais.

Deuxièmement, les nouvelles ordonnances de communication devront être exécutées rapidement; ainsi, la tierce partie à qui on aura signifié une ordonnance devra produire les renseignements dans les délais prescrits dans l'ordonnance ou elle devra faire rapport au tribunal, dans les délais prévus, afin d'expliquer pourquoi elle ne peut se conformer à l'ordonnance. Cela règle le problème inhérent aux ententes officieuses, c'est-à-dire leur caractère officieux et le fait qu'elles sont souvent dépourvues de conditions particulières à respecter, par exemple, des délais.

. . . .

. . . Avant d'émettre une telle ordonnance, le juge doit être convaincu qu'il y a de bonnes raisons de croire qu'une infraction a été commise, que des documents ou des données spécifiques fourniront une preuve relative à l'infraction commise et que la personne visée par l'ordonnance a ces documents ou ces données en sa possession ou [à sa disposition]. Il s'agit là des mêmes mesures de protection juridiques fondamentales que prévoient actuellement les dispositions du Code criminel pour un mandat de perquisition. [Je souligne.]

(Débats de la Chambre des communes, vol. 138, 2^e sess., 37^e lég., 29 septembre 2003, p. 7933-7934)

[41] Nulle mention n'est faite d'une indemnisation pour l'obtempération à l'ordonnance. Les seules conditions qui doivent emporter la conviction du juge saisi de la demande figurent au par. 487.012(3) :

a) une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou est présumée avoir été commise;

b) les documents ou données fourniront une preuve touchant la perpétration de l'infraction;

c) les documents ou données sont en la possession de la personne en cause ou à sa disposition.

Mais surtout, aucune allusion n'est faite aux difficultés ou aux coûts occasionnés à la personne que vise l'ordonnance.

[42] Le silence du législateur n'est pas nécessairement déterminant quant à son intention,

in this case the silence is Parliament's answer to the consistent urging of Telus and other affected businesses and organizations that there be express language in the legislation to ensure that businesses can be reimbursed for the reasonable costs of complying with evidence-gathering orders. I see the legislative history as reflecting Parliament's intention that compensation not be paid for compliance with production orders.

[43] The procedural scheme chosen by Parliament also reflects an intention that compensation not be ordered for complying with production orders.

[44] The process outlined in s. 487.012 and s. 487.015 is triggered when a peace officer makes an *ex parte* application before a judge (s. 487.012(3)). The judge may issue the order requiring the production or preparation of documents or data where there are reasonable grounds to believe that an offence has been or is suspected to have been committed, that the information sought is relevant to an ongoing investigation and that it is in the possession of the object of the order (s. 487.012(1) and (3)). The order may include "any terms and conditions that the justice or judge considers advisable in the circumstances" (s. 487.012(4)). The peace officer named in the order can apply at any time to the issuing justice or a judge in the jurisdiction, in an *ex parte* application, to revoke, renew or vary the original order (s. 487.012(5)).

[45] The object of the order can apply at any time before it expires for an exemption from compliance on the basis that the information sought is privileged, that it is not in the object's possession or control, or that it would be unreasonable to require the object to produce the information (s. 487.015(1) and (4)). Initiation of the exemption application suspends the execution of the order (s. 487.015(3)). A production order is unnecessary if parties make their own arrangements for the voluntary provision of the documents or information, so long as they are not prohibited by law from disclosing the information (s. 487.014).

mais en l'espèce, il répond à la demande pressante de Telus et des autres entreprises et organisations intéressées que la loi prévoit expressément la possibilité d'un remboursement des frais raisonnables engagés pour communiquer des éléments de preuve conformément à une ordonnance. L'historique législatif confirme selon moi que le législateur n'a pas voulu qu'une indemnité soit versée pour l'obtempération à une ordonnance de communication.

[43] Le mécanisme établi par le législateur traduit aussi l'intention qu'il n'y ait pas d'ordonnance d'indemnisation pour le respect d'une ordonnance de communication.

[44] La procédure prévue aux art. 487.012 et 487.015 est engagée sur demande présentée *ex parte* par un agent de la paix (par. 487.012(3)). Le juge saisi peut ordonner la communication ou la préparation de documents ou de données lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou est présumée avoir été commise, que l'information demandée est pertinente pour une enquête en cours et que cette information se trouve en la possession de la personne en cause (par. 487.012(1) et (3)). L'ordonnance peut être assortie « des conditions que le juge de paix ou le juge estime indiquées » (par. 487.012(4)). L'agent de la paix nommé dans l'ordonnance peut à tout moment saisir *ex parte* le juge qui l'a rendue ou un juge de la même circonscription d'une demande de modification, de renouvellement ou de révocation (par. 487.012(5)).

[45] Avant l'expiration de l'ordonnance, la personne visée peut demander une exemption au motif que les renseignements sont protégés, qu'ils ne sont ni en sa possession ni à sa disposition ou qu'il serait déraisonnable de l'obliger à les communiquer (par. 487.015(1) et (4)). La demande d'exemption suspend l'exécution de l'ordonnance (par. 487.015(3)). Point n'est besoin d'obtenir d'ordonnance lorsqu'une personne accepte de communiquer volontairement les documents ou les renseignements et qu'aucune règle de droit ne lui interdit de le faire (art. 487.014).

[46] The process set out in ss. 487.012 and 487.015 for obtaining a production order confirms that Parliament did not intend the issuing judge to consider the potentially complex and contentious question of cost at the stage of issuing the production order, since to do so would contradict Parliament's intention to create a cost-effective and timely mechanism for obtaining information related to an investigation.

[47] The *ex parte* procedure delineated in the legislation is not a procedure amenable to determining whether compensation should be a term of the order, which would require the issuing judge to have information about the cost of compliance with the order and its impact on the person required to comply. That information could only be obtained by giving notice to that person and allowing him or her to call some evidence to support a claim for compensation. Neither contingency is provided for in the legislation. Moreover, as Vaillancourt J. observed, “[t]he adjudication of costs at this stage of the proceedings would have the potential of hindering the confidentiality of the investigation and frustrate the investigative goals of the authorities” (para. 30).

[48] Similarly, a judge considering whether to “revoke, renew or vary the order” under s. 487.012(5), does so in an *ex parte* application “made by the peace officer or public officer named in the order”. Again, had Parliament intended this procedure be used to adjudicate the issue of compensation, it could reasonably be expected to have provided for a process whereby any party could bring an application to vary the order so that the application could be heard *inter partes*.

[49] In other contexts, the *Criminal Code* does include provisions for giving notice and standing to third parties whose interests are engaged. In his reasons, Vaillancourt J. points to the following examples:

— Section 278 of the Code deals with the notice (s. 278.3(5)) and standing (s. 278.4(2)) provided to a

[46] Le mécanisme prévu aux art. 487.012 et 487.015 confirme qu'il n'était pas dans l'intention du législateur que le juge se penche sur la question potentiellement complexe et litigieuse du coût au moment de rendre l'ordonnance. Cela aurait en effet été contraire à la volonté du Parlement de créer un mécanisme efficient et rapide d'obtention de renseignements pour les besoins d'une enquête policière.

[47] La procédure *ex parte* établie dans la loi ne se prête pas à l'examen de la question de savoir si l'ordonnance devrait prévoir l'indemnisation. En effet, pour trancher cette question, le juge aurait besoin de renseignements sur le coût de l'obtempération à l'ordonnance et les répercussions de celle-ci sur la personne visée. Pareils renseignements ne peuvent être obtenus qu'en donnant avis de la demande à l'intéressé et en lui permettant de justifier son indemnisation. Or, aucune de ces mesures n'est prévue dans les dispositions applicables. De plus, comme le juge Vaillancourt l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « [s]tatuer sur les frais à cette étape de l'instance pourrait compromettre le secret de l'enquête et empêcher les autorités d'atteindre leurs objectifs » (par. 30).

[48] De même, le juge appelé à « modifier [l'ordonnance, la] renouveler ou la révoquer » en application du par. 487.012(5) est saisi « sur demande présentée *ex parte* par l'agent de la paix ou le fonctionnaire public nommé dans l'ordonnance ». Là encore, si le législateur avait voulu que le juge puisse alors statuer sur l'indemnisation, il aurait vraisemblablement établi un mécanisme permettant à l'une ou l'autre des parties de présenter une demande de modification de l'ordonnance, de sorte que la demande puisse être entendue *inter partes*.

[49] D'autres dispositions du *Code criminel* reconnaissent au tiers dont les intérêts sont en jeu le droit à un avis et la qualité pour agir. Le juge Vaillancourt relève les cas suivants :

— [TRADUCTION] L'article 278 du Code reconnaît au plaignant ou au témoin, relativement à la

complainant or witness regarding the production of their confidential records.

- Part XII.2 of the Code involving the proceeds of Crime provides notice (ss. 462.32(5); 462.33(5); 462.41) and a detailed application process for innocent third parties (ss. 462.41(3); 462.42) as well as an appeal process (s. 462.44).
- Sections 490.1-490.9 [deal] with offence related property and claims to that property by persons with a valid interest in the property. Provisions for notice (s. 490.4), the application process (s. 490.5) and appeal (s. 490.6) are included. [para. 31]

[50] The conclusion that a judge cannot order compensation for compliance with a production order also accords with what this Court affirmed as a general “moral” and “social” duty imposed on citizens. Dickson C.J. explained the duty in his dissenting reasons in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, as follows:

Society as a whole bears responsibility for the maintenance of law and order; co-operation between the public and the police is essential to the effective fulfilment of the already difficult tasks performed by the police. [p. 19]

(See also *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 576, and *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, at p. 447.)

[51] Wigmore’s reflections on the burdens imposed on witnesses in criminal trials also resonate:

[I]t may be a sacrifice of time and labor, and thus of ease, of profits, of livelihood. This contribution is not to be regarded as a gratuity, or a courtesy, or an ill-required favor. It is a duty not to be grudged or evaded. Whoever is impelled to evade or to resent it should retire from the society of organized and civilized communities, and become a hermit. He who will live by society must let society live by him, when it requires to.

(*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at §2192, p. 72)

communication de renseignements confidentiels les concernant, le droit à un avis (par. 278.3(5)) et la qualité pour agir (par. 278.4(2)).

- La partie XII.2 du Code portant sur les produits de la criminalité renferme des dispositions en matière d’avis (par. 462.32(5), par. 462.33(5) et art. 462.41) et prévoit une procédure de demande détaillée à l’intention du tiers innocent (par. 462.41(3) et art. 462.42), ainsi qu’une procédure d’appel (art. 462.44).
- Les articles 490.1 à 490.9 portent sur les biens infractionnels et les personnes qui prétendent avoir un droit sur eux. Ils prévoient notamment l’avis (art. 490.4), la demande (art. 490.5) et l’appel (490.6). [par. 31]

[50] La conclusion voulant que le juge ne puisse ordonner d’indemnisation pour l’obtempération à une ordonnance de communication est également compatible avec le devoir « moral » et « social » du citoyen reconnu par la Cour dans l’arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. Dissident, le juge en chef Dickson a précisé la teneur de cette obligation :

C’est la société en général qui est responsable du maintien de l’ordre public; la coopération entre le grand public et les forces policières est essentielle à l’accomplissement efficace des tâches déjà difficiles qui incombent à ces dernières. [p. 19]

(Voir aussi *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 576, et *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, p. 447.)

[51] Les réflexions de Wigmore sur l’obligation faite au témoin dans un procès criminel sont également pertinentes :

[TRADUCTION] [I] peut s’agir de sacrifier temps et labeur et, partant, aisance, profits, moyens de subsistance. Cette contribution ne doit pas être vue comme une faveur accordée à titre gracieux ou par courtoisie ni comme une faveur extorquée. C’est un devoir qu’il ne faut ni esquiver ni remplir à contrecœur. Quiconque est enclin à s’y dérober ou à s’en plaindre devrait quitter nos sociétés organisées et civilisées et se faire ermite. Celui qui tire avantage de la société doit lui rendre la pareille lorsqu’elle en fait la demande.

(*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, §2192, p. 72)

[52] This duty does not, however, give the state a licence to abusively exploit the public's civic responsibilities. That is why the scheme for production orders includes relief in the form of an exemption where compliance would be "unreasonable".

[53] The duty to assist in the administration of justice was recently canvassed by the Courts of Appeal of British Columbia and Ontario in cases dealing with whether the evidence-gathering provisions found in the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.), permit a court to order that the object of the order be compensated for the production of evidence.

[54] In *Canada (Attorney General) v. Pacific International Securities Inc.* (2005), 209 C.C.C. (3d) 390, 2006 BCCA 303, the British Columbia Court of Appeal concluded that there was no power to order compensation. The Ontario Court of Appeal, on the other hand, concluded in *Canada (Attorney General) v. Foster* (2006), 215 C.C.C. (3d) 59, that there was discretion in the provisions to order compensation where failure to do so would amount to undue hardship.

[55] The statutory scheme under consideration in those cases was significantly different from the production order scheme, but in their reasons, both courts expressed general legal principles relevant to the interpretive exercise before us. In *Foster*, Rosenberg J.A. noted:

In considering a costs order, the paramount principle to bear in mind is that in criminal matters costs are ordinarily not recoverable from, nor paid to, the Crown, the accused or third parties, even where there is a statutory basis for awarding costs. . . .

. . . Absent an express statutory basis, as for example can be found in the victim compensation and restitution provisions of the *Criminal Code*, a court dealing

[52] Toutefois, ce devoir n'autorise pas l'État à exploiter abusivement le sens civique. C'est pourquoi le régime considéré en l'espèce permet d'obtenir une exemption lorsque l'obligation faite par l'ordonnance de communication est « déraisonnable ».

[53] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique et celle de l'Ontario se sont récemment penchées sur l'obligation de contribuer à l'administration de la justice. La question était celle de savoir si les dispositions de la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. 1985, ch. 30 (4^e suppl.), relatives à l'obtention d'éléments de preuve autorisaient le tribunal à ordonner l'indemnisation du tiers qui communique des éléments de preuve.

[54] Dans l'affaire *Canada (Attorney General) c. Pacific International Securities Inc.* (2005), 209 C.C.C. (3d) 390, 2006 BCCA 303, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu à l'inexistence du pouvoir d'ordonner l'indemnisation. Dans l'affaire *Canada (Attorney General) c. Foster* (2006), 215 C.C.C. (3d) 59, la Cour d'appel de l'Ontario a par contre statué que les dispositions en cause conféraient le pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'indemnisation lorsque l'absence d'une telle mesure infligeait une contrainte excessive.

[55] Le régime législatif considéré dans ces affaires différait sensiblement de celui de l'ordonnance de communication, mais dans leurs motifs, les cours d'appel ont énoncé des principes de droit généraux utiles à l'interprétation qui s'impose en l'espèce. Dans l'arrêt *Foster*, le juge Rosenberg a fait observer :

[TRADUCTION] S'agissant d'une ordonnance relative aux dépens, il faut se rappeler le principe primordial selon lequel, en matière pénale, le ministère public, l'accusé ou les tiers ne paient pas de dépens ni n'en obtiennent, même lorsqu'il existe un fondement légal à leur adjudication. . . .

. . . À défaut d'un fondement légal comme les dispositions du *Code criminel* relatives à l'indemnisation des victimes et à la restitution des biens, le tribunal statuant

with criminal matters is not ordinarily concerned with compensation for losses incurred in the course of criminal proceedings. Compensation of innocent third parties is generally left to civil proceedings. Common law courts have consistently recognized that the investigation of crime is a responsibility of society as a whole that includes an obligation to provide evidence, even though the cost of doing so may be burdensome financially and psychologically.

The general rule that witnesses and other innocent third parties (like the innocent accused) are not compensated for losses and expenses occasioned by the criminal process exists despite the fact that these costs can be onerous. [Emphasis added; paras. 56, 59 and 65.]

[56] In *Pacific*, Ryan J.A., writing for the majority of the British Columbia Court of Appeal, observed:

... the [*Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*] should be examined in the context of the long-standing practice in criminal law that neither costs nor expenses are recoverable by persons involved in the proceedings except in exceptional circumstances. Witnesses and jurors are not paid their lost wages as a result of their compelled participation in the criminal process. Witnesses who produce documents for use at the trial are not entitled to be compensated for the expense of their production. . . . [T]his policy stems from the accepted principle that the criminal justice system functions for the good of all members of society. Consequently, society requires members of the public to contribute to its effective operation. [para. 54]

[57] This basic public duty finds expression in several laws. There is, for example, no legislated right to compensation for compliance with general warrants and assistance orders (ss. 487.01 and 487.02 of the *Criminal Code*). In addition, s. 83.28 of the *Criminal Code*, though no longer in force, required a person named in an “order for the gathering of information” to attend before a judge as a witness and produce material to assist in the evidence-gathering process, with no legislated right of compensation. There are also provisions in federal and provincial regulatory statutes compelling the production of documents and testimony with no legislated right to compensation for the costs

en matière pénale ne se prononce habituellement pas sur l’indemnisation du préjudice imputable à une instance criminelle. L’indemnisation d’un tiers innocent ne peut généralement être obtenue qu’au civil. Les tribunaux de common law ont toujours reconnu qu’enquêter sur un crime est une obligation de la société dans son ensemble qui englobe celle de communiquer des éléments de preuve même lorsque cela comporte un coût financier ou psychologique.

La règle générale veut que les témoins et les autres tiers innocents (tel l’accusé innocent) ne soient pas indemnisés du préjudice financier ou autre découlant de l’instance pénale même si ce préjudice peut être important. [Je souligne; par. 56, 59 et 65.]

[56] Dans l’arrêt *Pacific*, au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, la juge Ryan a fait remarquer :

[TRADUCTION] . . . l’examen de la [*Loi sur l’entraide juridique en matière criminelle*] doit tenir compte d’une pratique de longue date en matière pénale, à savoir que les personnes prenant part à une instance n’ont pas droit au remboursement de leurs dépenses, sauf circonstances exceptionnelles. Les témoins et les jurés ne sont pas indemnisés du manque à gagner imputable à leur participation forcée à l’instance criminelle. Les témoins qui déposent des documents devant servir lors du procès ne sont pas indemnisés des frais engagés pour le faire [. . .] [I]l en est ainsi parce que le système de justice criminelle sert le bien commun, de sorte que la société demande aux citoyens de contribuer à son bon fonctionnement. [par. 54]

[57] L’obligation civique fondamentale considérée dans ces affaires trouve son expression dans plusieurs lois. Par exemple, les art. 487.01 et 487.02 du *Code criminel* ne prévoient pas d’indemnisation pour la personne qui se conforme à un mandat général ou à une ordonnance d’assistance. En outre, l’ancien art. 83.28 du *Code criminel* prévoyait qu’un juge pouvait rendre une « ordonnance autorisant la recherche de renseignements » qui oblige la personne visée à se présenter devant lui à titre de témoin et à lui remettre les choses exigées, mais il ne prévoyait aucune indemnisation à cet égard. D’autres lois fédérales ou provinciales de nature réglementaire contraignent certaines personnes à

of compliance (aside from ordinary witness fees), such as the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 11, 12 and 30.11; *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 107; *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231 to 239; and the *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 144.

[58] On the other hand, there are provisions in the *Criminal Code* where courts are explicitly given jurisdiction to award costs:

- Sections 462.32(6) and 462.33(7), authorizing the seizure and restraint of proceeds of crime, which state that the issuing judge shall require an undertaking from the Attorney General of Canada for the payment of damages or cost, or both, in relation to the execution of the order;
- Section 708, which provides that a court may order the payment of costs incidental to the service of process in relation to a conviction for contempt;
- Section 809, which gives a summary conviction court the power to order such costs as it considers reasonable; and
- Section 839, which provides that orders of costs may be made in relation to summary conviction appeals.

[59] In the absence of a specific provision permitting the recovery of costs in the production order scheme, therefore, and in light of the legislative history, the *ex parte* procedural mechanisms set out in the legislation, and the principle that compensation is not ordinarily recoverable in criminal matters (*Foster*, at para. 56), I agree with Vaillancourt J. that s. 487.012(4) and (5) cannot be interpreted so broadly as to permit a judge to order compensation for compliance with production orders.

[60] I accept Telus' concern that because of the nature of its business, it will necessarily be the object of repeated production orders but, as an American court observed in connection with banks, another entity from whom requests for information are routinely sought, such requests are neither unanticipated nor aberrational:

témoigner ou à produire des documents sans pourvoir à leur indemnisation (hormis l'indemnité de témoin ordinaire) : p. ex., la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 11, 12 et 30.11, la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 107, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231 à 239, et la *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 144.

[58] Par contre, certaines dispositions du *Code criminel* confèrent expressément au tribunal le pouvoir de statuer sur le paiement des frais :

- les paragraphes 462.32(6) et 462.33(7), qui autorisent la saisie et le blocage des produits de la criminalité, prévoient que le juge qui rend l'ordonnance doit exiger du procureur général du Canada un engagement à l'égard du paiement des dommages et des frais entraînés par l'exécution de l'ordonnance;
- l'article 708 dispose que le tribunal peut ordonner le paiement des frais résultant de la signification de tout acte judiciaire se rapportant à une condamnation pour outrage au tribunal;
- l'article 809 confère à la cour des poursuites sommaires le pouvoir d'adjuger et d'ordonner le paiement des frais qu'elle estime raisonnables;
- l'article 839 prévoit qu'une ordonnance peut être rendue quant aux frais relativement à un appel en matière de poursuite sommaire.

[59] Vu l'absence, donc, d'une disposition permettant précisément le recouvrement des frais d'obtempération et compte tenu de l'historique législatif, de la procédure *ex parte* établie dans la loi et du principe selon lequel il n'y a habituellement pas d'indemnisation en matière criminelle (*Foster*, par. 56), je conviens avec le juge Vaillancourt qu'on ne saurait interpréter les par. 487.012(4) et (5) de manière si large que le juge puisse ordonner l'indemnisation de la personne qui obtempère à une ordonnance de communication.

[60] Telus a raison d'affirmer que la nature de son entreprise l'expose nécessairement à faire régulièrement l'objet d'ordonnances de communication. Mais comme un tribunal américain l'a fait observer dans le cas des banques, qui sont elles aussi couramment appelées à communiquer des renseignements, ces démarches ne sont ni imprévues ni insolites :

Any further expenses incurred in connection with this investigation and examination of these records, such as the salary of employees that may be necessarily assigned to this project, are expenses to be borne by the bank. . . . They are reasonably incident to the bank's normal operations, and they are reasonable expenses that the bank can be and should be prepared to sustain when it opens and operates as a bank, knowing full well that some of its depositors will from time to time get investigated by the Internal Revenue Service.

(*U.S. v. Jones*, 351 F. Supp. 132 (M.D. Ala. 1972), per Johnson C.J., at p. 134)

[61] The object of an unreasonable production order is not without remedy. It lies in an application for an exemption pursuant to s. 487.015, the applicable portions of which are repeated here:

487.015 (1) [Application for exemption] A person named in an order made under section 487.012 and a financial institution, person or entity named in an order made under section 487.013 may, before the order expires, apply in writing to the judge who issued the order, or a judge of the same territorial division as the judge or justice who issued the order, for an exemption from the requirement to produce any document, data or information referred to in the order.

While there are three possible grounds for an exemption under s. 487.015(4), only para. (b) is engaged in this case, namely that a judge may grant an exemption if satisfied that

it is unreasonable to require the applicant to produce the document, data or information;

[62] The authority given to a judge is limited to granting “an exemption from the requirement to produce any document, data or information referred to in the order”. Exemption from compliance is the remedy Parliament has provided when a judge is satisfied that the burden of compliance is unreasonable. I agree with Vaillancourt J. when he says “there is no statutory power whereby a judge on an exemption hearing can make an order for compensation” (para. 40). To the extent that a judge hearing an exemption application considers the financial consequences of the order, it is in the context of determining whether to grant an exemption from full or partial compliance.

[TRANSLATION] Les frais supplémentaires engagés en liaison avec l'enquête et l'examen des documents, comme le salaire des employés affectés à cette tâche, sont à la charge de la banque [. . .] Ils ont un lien suffisant avec les activités normales de la banque et il s'agit de frais raisonnables que la banque peut ou devrait être disposée à supporter dans l'exercice de ses activités, sachant très bien que le fisc enquêtera de temps à autre sur certains de ses déposants.

(*U.S. c. Jones*, 351 F. Supp. 132 (M.D. Ala. 1972), le juge en chef Johnson, p. 134)

[61] La personne visée par l'ordonnance de communication n'est pas dépourvue de recours, car elle peut demander une exemption sur le fondement de l'art. 487.015, dont je reproduis le paragraphe applicable.

487.015 (1) [Demande d'exemption] Toute personne visée par l'ordonnance rendue en vertu de l'article 487.012 ou toute institution financière, personne ou entité visée par l'ordonnance rendue en vertu de l'article 487.013 peut, avant l'expiration de l'ordonnance, demander par écrit au juge qui l'a rendue ou à un autre juge de la circonscription territoriale du juge ou du juge de paix qui l'a rendue de l'exempter de l'obligation de communiquer la totalité ou une partie des documents, données ou renseignements demandés.

Le paragraphe 487.015(4) énonce trois motifs d'exemption, mais seul celui prévu à l'al. b) s'applique en l'espèce :

b) il serait déraisonnable d'obliger l'intéressé à communiquer les documents, données ou renseignements;

[62] Le juge qui entend la demande est seulement autorisé à « exempter [l'intéressé] de l'obligation de communiquer la totalité ou une partie des documents, données ou renseignements demandés ». C'est la mesure pour laquelle a opté le Parlement pour le cas où le juge serait convaincu du caractère déraisonnable de l'obligation créée par l'ordonnance. Je conviens avec le juge Vaillancourt que [TRANSLATION] « la loi ne confère nullement au juge saisi d'une demande d'exemption le pouvoir d'ordonner une indemnisation » (par. 40). Lorsque le juge se penche sur les répercussions financières de l'ordonnance c'est pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une exemption totale ou partielle.

[63] Parliament has thereby acknowledged that production orders potentially represent an unreasonable burden, but expressed its intention that there be an exemption from such orders rather than an order for compensation for compliance with them. This is not to say, however, that although a judge cannot make compensation a term of the order, the parties cannot make their own arrangements in the face of a likely finding of unreasonableness. The Ontario Crown accepted that possibility in its factum when it observed:

If an exemption is ordered because the costs of complying with a production order cause undue financial hardship, the decision as to how to proceed at that point belongs to the police. They may decide to forego the evidence, or they may *agree* to compensate the target and obtain the evidence, despite the budgetary impact that may have. Thus, the police retain control over the evidence gathering process. No evidence is lost. [Emphasis in original; para. 49.]

[64] As earlier noted, it is the reasonableness of the *financial* burden of compliance about which the parties argued in this case. The Crowns and the Chiefs of Police argued that “unreasonable” in this context requires application of a standard of “undue hardship”. Each interprets that phrase slightly differently. Quebec, for example, argued that it would only be met in circumstances nearing an abuse of process. According to British Columbia, an applicant should be required to show near irreparable harm. The Canadian Bankers Association, on the other hand, proposed a standard of “considerable adversity”. Telus proposed a significantly lower threshold, one triggered almost automatically for those who are the frequent objects of production orders.

[65] Vaillancourt J. rejected the proposed standard of “undue hardship” and adopted instead a threshold which was met when “the expenditure is significant to [the applicant’s] financial health” (para. 96).

[63] Le législateur a donc reconnu que l’ordonnance de communication pouvait imposer un fardeau déraisonnable, mais il a exprimé l’intention qu’il y ait alors exemption, et non une ordonnance d’indemnisation. Toutefois, même si le juge ne peut faire de l’indemnisation l’une des conditions de l’ordonnance de communication, les parties peuvent convenir de certaines mesures lorsque l’obligation imposée sera vraisemblablement jugée déraisonnable. Le ministère public ontarien le concède d’ailleurs dans son mémoire :

[TRADUCTION] Lorsque l’exemption est accordée parce que l’obtempération à l’ordonnance de communication inflige une contrainte financière excessive, il appartient au service de police de décider de la suite. Il peut renoncer à l’élément de preuve ou *convenir* d’indemniser l’intéressé et obtenir l’élément malgré les conséquences financières que cela peut avoir. La police demeure donc maître de la constitution de la preuve, et aucun élément n’est perdu. [Souligné dans l’original; par. 49.]

[64] Rappelons que les parties font valoir en l’espèce le caractère raisonnable ou déraisonnable du fardeau *financier* qu’impose le respect de l’ordonnance. Les ministères publics et les chefs de police soutiennent que dans ce contexte, le terme « déraisonnable » commande l’application du critère de la « contrainte excessive », mais chacun interprète cette expression de manière légèrement différente. Par exemple, le procureur général du Québec prétend qu’il n’y a contrainte excessive que lorsque les circonstances s’apparentent à l’abus de procédure, tandis que pour celui de la Colombie-Britannique, le demandeur doit prouver qu’il subirait un préjudice pratiquement irréparable. L’Association des banquiers canadiens préconise pour sa part l’application du critère de la [TRADUCTION] « situation très préjudiciable ». Telus met de l’avant un critère beaucoup moins strict auquel satisferaient presque automatiquement ceux qui font souvent l’objet d’ordonnances de communication.

[65] Le juge Vaillancourt a écarté le critère de la « contrainte excessive » pour retenir plutôt celui du [TRADUCTION] « coût qui compromet [l]a santé financière [du demandeur] » (par. 96).

[66] I agree with Vaillancourt J. that there is no need to adopt an “undue hardship” standard. I see no reason to embellish the statutory language. The standard chosen by the legislature — unreasonableness — is a familiar one in law. La Forest J. observed: “‘Reasonable’ is a flexible criterion that permits adjustments to different situations” (*B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 92). And in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, McLachlin C.J., writing for the majority, explained:

... the law has long used reasonableness to delineate areas of risk, without incurring the dangers of vagueness. ... The criminal law also relies on it. The *Criminal Code* expects that police officers will know what constitutes “reasonable grounds” for believing that an offence has been committed, such that an arrest can be made (s. 495); that an individual will know what constitutes “reasonable steps” to obtain consent to sexual contact (s. 273.2(b)); and that surgeons, in order to be exempted from criminal liability, will judge whether performing an operation is “reasonable” in “all the circumstances of the case” (s. 45). These are merely a few examples; the criminal law is thick with the notion of “reasonableness”.

The reality is that the term “reasonable” gives varying degrees of guidance, depending upon the statutory and factual context. [paras. 27-28]

[67] In essence, the financial consequences must be so burdensome that it would be unreasonable in the circumstances to expect compliance. This, I readily acknowledge, is a somewhat tautological explanation, but I see no purpose in offering alternative definitions for a term so well known and understood as having a fact-specific compass. What is reasonable will be informed by a variety of factors, including the breadth of the order being sought, the size and economic viability of the object of the order, and the extent of the order’s financial impact on the party from whom production is sought. Where the party is a repeated target

[66] Je partage l’avis du juge Vaillancourt qu’il n’est pas nécessaire d’appliquer le critère de la « contrainte excessive ». Je ne vois aucune raison d’ajouter au texte de loi. Le critère retenu par le législateur — le caractère « déraisonnable » — est courant en droit. Dans l’arrêt *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, le juge La Forest a fait remarquer que « [l]e caractère “raisonnable” est un critère souple qui permet de s’ajuster aux différentes situations » (par. 92). Dans l’arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, la juge en chef McLachlin a précisé ce qui suit au nom des juges majoritaires :

... le droit recourt depuis longtemps au caractère raisonnable pour délimiter des sphères de risque, sans pour autant tomber dans le piège de l’imprécision. [...] Le droit criminel y recourt également. Selon le *Code criminel*, les policiers sont censés savoir ce qui constitue des « motifs raisonnables » de croire qu’une infraction a été commise, de manière à pouvoir effectuer une arrestation (art. 495), une personne est censée savoir quelles « mesures raisonnables » sont requises pour obtenir le consentement à un contact sexuel (al. 273.2b)), et, afin d’échapper à toute responsabilité pénale, les chirurgiens sont censés déterminer s’il est « raisonnable » de pratiquer une opération compte tenu de « toutes les [...] circonstances de l’espèce » (art. 45). Ce ne sont là que quelques exemples; le droit criminel est imprégné de la notion de « caractère raisonnable ».

En réalité, le terme « raisonnable » offre plus ou moins d’indications, selon le contexte législatif et factuel. [par. 27-28]

[67] Essentiellement, les conséquences financières doivent être importantes au point de rendre l’obligation déraisonnable dans les circonstances. Cette explication, je l’ai déjà reconnu, tient quelque peu de la tautologie, mais il n’y a pas lieu de définir autrement une notion aussi courante et dont la portée est tributaire des faits. Le caractère raisonnable dépend de divers éléments, dont la portée de l’ordonnance demandée, la taille et la situation financière de la personne visée et l’ampleur des conséquences financières de la communication pour cette même personne. Lorsque la personne visée fait fréquemment l’objet d’ordonnances de

of production orders, the cumulative impact of multiple orders may also be relevant.

[68] In this case, the parties argued the application of the test of “unreasonableness” using the annual costs of compliance to Telus, not just the cost of the two specific production orders. Vaillancourt J. found that the annual estimated cost of Telus’ compliance with production orders fell within a range of \$400,000 to \$800,000. Based on the figures before him at the hearing, he projected an annual cost to Telus of \$662,000 and found that this represented 0.058 percent of Telus’ earnings before interest, taxes, depreciation and amortization, and 0.023 percent of Telus’ operating revenue for 2004. This, as the Ontario Crown pointed out, is the equivalent of a person earning \$100,000 a year having to spend up to \$58 to comply with jury duty.

[69] Vaillancourt J.’s conclusion, based on the financial information before him, was, essentially, that Telus had not met its onus of satisfying him that the cost of compliance was unreasonable:

I agree that a number in and of itself is not the determining fact when dealing with the issue of unreasonableness. Granted, \$662,000 is not a mere bagatelle. However, the cost of compliance must be viewed in the context of the overall impact that figure has on a corporation’s total financial picture. In the circumstances of this application, I find that the expenditure is of no particular great moment.

... A court must consider the actual expense to the third party. This amount must be considered in light of the overall fiscal health of the third party. ... [A]n applicant must show that there is a significant impact on the third party in all of the circumstances. The nature of [the] third party’s business is also an underlying consideration. In the case at bar, the applicant certainly would have or should have been aware that the nature of its business leaves it open for production orders or like procedures. I have found that at this particular time, the applicant has not been so inconvenienced by the current production orders as to require the court to grant an exemption from the production orders. [paras. 97 and 118]

[70] I see no basis in this record for interfering with his conclusion. I agree with Vaillancourt J.

communication, l’effet cumulatif de celles-ci peut aussi être considéré.

[68] En l’espèce, les parties ont invoqué le caractère « déraisonnable » de l’obligation en se fondant sur le coût annuel supporté par Telus, et non sur le coût occasionné par les deux ordonnances en cause. Le juge Vaillancourt a estimé que ce coût annuel se situait entre 400 000 \$ et 800 000 \$. Au vu des chiffres présentés à l’audience, il l’a évalué à 662 000 \$, ce qui représentait 0,058 % du bénéfice avant intérêt, impôt et amortissement et 0,023 % des produits d’exploitation de Telus pour 2004. Comme l’a souligné le ministère public de l’Ontario, c’est comme si une personne gagnant 100 000 \$ par année devait déboursier 58 \$ pour accomplir son devoir de juré.

[69] Vu les données financières présentées, le juge Vaillancourt a essentiellement conclu que Telus n’avait pas réussi à le convaincre du caractère déraisonnable du coût d’obtempération :

[TRADUCTION] Je conviens qu’un chiffre n’est pas en soi concluant pour trancher la question de la raisonnablement. Une somme de 662 000 \$ est assurément substantielle. Or, les frais d’obtempération doivent être considérés dans le contexte de leur effet global sur la situation financière de l’entreprise dans sa totalité. En l’espèce, je suis d’avis que ces frais ne sont pas si considérables.

... La cour doit prendre en considération le coût réel pour le tiers, au regard de la situation financière globale de ce dernier. [...] [L]e tiers demandeur doit prouver l’effet substantiel eu égard à toutes les circonstances. La nature de l’entreprise en cause importe aussi. Dans la présente affaire, il est certain que le demandeur devait ou aurait dû savoir, étant donné la nature de ses activités, qu’il était susceptible de faire l’objet d’ordonnances de communication ou d’ordonnances apparentées. Pour l’heure, je suis d’avis que les ordonnances de communication visées en l’espèce ne lui ont pas causé de difficultés telles que la cour doive l’exempter de l’obligation de s’y conformer. [par. 97 et 118]

[70] Le dossier ne révèle aucun élément justifiant de revenir sur cette conclusion. À l’instar du

that in these circumstances, Telus has not demonstrated that it would be unreasonable to require it to comply with the production orders.

[71] I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Burstein, Unger, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen (Ontario): Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen (Canada): Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Québec.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Bankers Association: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

juge Vaillancourt, j'estime que Telus n'a donc pas démontré qu'il serait déraisonnable de l'obliger à obtempérer aux ordonnances de communication.

[71] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Burstein, Unger, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine (Ontario) : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine (Canada) : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.